

ADiM
Accademia Diritto e Migrazioni



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DELLA
TUSCIA

ANNUARIO ADiM
2022

Raccolta di scritti di diritto dell'immigrazione

A cura di

Giulia Del Turco
Cristina Milano
Mario Savino
Michela Tuozzo
Daniela Vitiello

Questo Volume è stato realizzato con il contributo economico del Dipartimento di studi linguistico-letterari, storico-filosofici e giuridici (DISTU) dell'Università della Tuscia, nell'ambito del Progetto di eccellenza 2018-2022. L'iniziativa è promossa dall'Accademia di Diritto e Migrazioni (ADiM), rete scientifica che riunisce studiosi italiani e stranieri impegnati in attività ricerca e formazione in materia di immigrazione.

Tutti i diritti sono riservati

© Editoriale Scientifica srl 2023
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
979-12-5976-722-6

INDICE

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

PARTE I: LA GESTIONE DELLE FRONTIERE EUROPEE

LE FRONTIERE ESTERNE

MARIO SAVINO, Il passo falso del Governo Meloni sulle navi ONG e il rischio di isolamento dell'Italia nell'Unione	15
ELISABETTA G. ROSAFIO, <i>Port State Control</i> e attività sistematica di ricerca e soccorso di persone nelle acque internazionali del Mar Mediterraneo	24
FRANCESCA ROMANA PARTIPILO, Frontex at a Turning Point? Fabrice Leggeri's Resignation and Some Prospects for the EU Border and Coast Guard Agency	32
LAURA SALZANO, MARIANA GKLIATI, Mysteriousness by Design: The Case of Frontex and the Regulation on Public Access to Documents	41
SIMONE PENASA, <i>Smart borders o invisible walls?</i> L'utilizzo di sistemi "intelligenti" al confine tra politiche migratorie e garanzie per gli stranieri	52
FRANCESCA TASSINARI, A Revolutionary Schengen Information System? From the First to the Second-second Generation of the SIS	59
CRISTINA MILANO, La situazione dei migranti ai confini con la Bielorussia: le richieste di adozione di misure provvisorie al vaglio della Corte di Strasburgo	69
SIMONE PENASA, La gestione dei confini nazionali ed europei nella più recente giurisprudenza della Corte EDU: costanti e variabili di un approccio ondivago	78
LORENDO BERNARDINI, SILVIA RIZZUTO FERRUZZA, Closing Eyes on Collective Expulsions at the Border: Is the ECtHR still a Guarantor of Foreigners' Fundamental Rights?	85
GUSTAVO MINERVINI, <i>H.F. and Others v. France</i> : Has the Time Finally Come to Rethink Extraterritorial Jurisdiction?	92
GIUSEPPE TERRANOVA, Il mondo nuovo e la ritrovata centralità del Mediterraneo	104

LE FRONTIERE INTERNE

MARCO BORRACCETTI, Nuove regole per lo spazio Schengen: uno sguardo alle proposte della Commissione europea	111
ANNA BRAMBILLA, ELEONORA CELORIA, Le proposte di riforma del Codice Frontiere Schengen e del Regolamento Eurodac: una manovra a tenaglia per la criminalizzazione dei movimenti secondari	120
POLA CEBULAK, MARTA MORVILLO, Who Can End the Border Controls within Schengen? Implementing the CJEU's Judgment in <i>NW v. Steiermark</i>	131
FRANCESCA TASSINARI, Il Consiglio di Stato risponde alla Corte di giustizia dell'UE: la Francia proseguirà a frontiere chiuse!	141

PARTE II:**IL DIRITTO D'ASILO E LA GESTIONE DELL'EMERGENZA****EVOLUZIONE E CRISI DELL'ASILO IN EUROPA**

DANIELA VITIELLO, Il diritto d'asilo in Europa e l'eterogenesi dei fini	148
MARCELLA COMETTI, La nuova Agenzia dell'Unione europea per l'asilo: verso un effettivo meccanismo di monitoraggio del SECA?	165
GIULIA CILIBERTO, The (Non-)Penalisation of Asylum Seekers for Irregular Entry: The Refugee Convention Put to the Test by the ECtHR	174
CECILIA MANZOTTI, The (Mis)Identification of Stateless Asylum-Seekers in the Italian Asylum Procedure	184
FRANCESCO GARGALLO DI CASTEL LENTINI, La concessione del visto di validità territoriale limitata per fatti notori. Il pregiudizio imminente ed irreparabile nel nuovo Emirato islamico d'Afghanistan	193
FRANCESCA ROMANA PARTIPILO, The UK-Rwanda Migration Partnership under the Scrutiny of the Strasbourg Court: Externalising Asylum while Bypassing Refugee Law?	199

IL CONFLITTO RUSSO-UCRAINO E LA PROTEZIONE TEMPORANEA

MARIO SAVINO, FRANCESCO LUIGI GATTA, La guerra in Ucraina: verso una nuova crisi dei rifugiati?	208
MARILÙ PORCHIA, L'attuazione della Direttiva 55/2001 sulla protezione temporanea: verso un nuovo concetto di solidarietà?	215

CHIARA SCISSA, Ucraini/e in fuga prima dell'invasione russa: status di rifugiato sur place o protezione sussidiaria?	225
GIUSEPPE TERRANOVA, La crisi umanitaria ucraina tra geopolitica e nuove frontiere dell'asilo	231

CLIMATE CHANGE E TUTELA DELLE CATEGORIE VULNERABILI

SUSANA BORRÀS-PENTINAT, Climate Migration from a Gender Perspective: Legal Avenues to Address Invisibility	239
ANNA FAZZINI, La tutela dell'ambiente entra in Costituzione. Un nuovo riferimento normativo per la protezione dei migranti ambientali?	250
ANNA LAZZARO, Permesso di soggiorno per calamità naturali e ingiustificata inerzia dell'amministrazione	259
FEDERICA PASSARINI, Oltre il caso <i>Teitiota</i> : la tutela dei migranti ambientali nelle recenti pronunce della Cassazione italiana	265
GIULIA SANTOMAURO, L'accertamento dell'età di fronte la Corte di Strasburgo: garanzie procedurali e sostanziali per il minore straniero non accompagnato richiedente asilo	273
LORENZO BERNARDINI, SILVIA RIZZUTO FERRUZZA, "General Situation of Violence" and Lack of Due Diligence Pending Detention: A Step Towards A Total Ban of Transfers to China?	281
ADELE DEL GUERCIO, "The Never Ending Story" dei rifugiati palestinesi tra regimi speciali e vuoti di protezione	289
MARTINA MILLEFIORINI, La Suprema Corte sulle persecuzioni per motivi religiosi in materia di protezione internazionale: per un orientamento rigoroso e consolidato sulla tutela della libertà religiosa	307

PARTE III:

L'INCLUSIONE E L'ESCLUSIONE DELLO STRANIERO

L'ACCOGLIENZA TRA PROSPETTIVE DI RINNOVAMENTO E CARENZE SISTEMICHE

FRANCESCO LUIGI GATTA, La Corte EDU interviene sull'"emergenza" accoglienza in Belgio. Prime osservazioni sulle misure provvisorie ordinate nei confronti dei richiedenti asilo senza dimora	314
LUCA GALLI, I rapporti "pubblico-privato" e "centro-periferia" nel sistema di accoglienza dei richiedenti asilo: quale futuro alla luce delle ultime riforme?	322

SALVATORE ORLANDO, MARIATERESA VELTRI, Il caso Riace: le anomalie nell'accoglienza (e nelle motivazioni)	332
MARCELLO COMETTI, Un sistema davvero inefficiente? Il doppio standard di protezione di ucraini e richiedenti asilo in Grecia	344

L'ACCESSO ALLA CITTADINANZA

SERENA STACCA, La concessione della cittadinanza tra ostacoli e contraddizioni	355
ELSA FERNANDO-GONZALO, Arbitrariness in the Denial of Nationality to Children of Foreign Parents: Limits to National Decisions in a System of <i>ius soli</i>	363
ROBERTO CHERCHI, Il diniego di riconoscimento della cittadinanza fondato su precedenti penali e di polizia e il sindacato estrinseco sulla discrezionalità amministrativa	369

L'ACCESSO AI SERVIZI E ALLE PRESTAZIONI SOCIALI

FRANCESCA BIONDI DAL MONTE, Da Roma a Lussemburgo e ritorno. L'accesso degli stranieri alle prestazioni familiari	376
LUCIA BUSATTA, L'accessibilità come soluzione: sui nodi di effettività nella risposta ai bisogni di salute degli stranieri	384
FRANCESCO GARGALLO DI CASTEL LENTINI, Il diritto all'iscrizione al SSN per i familiari extracomunitari di un cittadino italiano	392
FRANCESCO DI NOIA, Stranieri e reddito di cittadinanza: per la Consulta è ragionevole il requisito del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo	398
LUCIA BUSATTA, Legittimo affidamento e divieto di discriminazioni: sui criteri di accesso al fondo ligure per le disabilità	405

L'ACCESSO AL LAVORO

CLAUDIO DE MARTINO, Il d.l. 73/2022 sul rilascio del nulla osta al lavoro: un'opportunità non priva di rischi	414
VITTORIA MARCHESE, Il Consiglio di Stato e il riconoscimento dei titoli di studio nell'Unione europea: il caso dell'abilitazione all'insegnamento	423
LAURA PERGOLIZZI, Il procedimento di conversione del permesso di soggiorno per minore età in altro titolo di soggiorno (nota a T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, 5 maggio 2022, n. 424)	430

**PARTE IV:
LA DETENZIONE AMMINISTRATIVA E LO STRUMENTO PENALE**

IL TRATTENIMENTO DEI RICHIEDENTI ASILO

ELEONORA CELORIA, Controllo delle frontiere e detenzione dei richiedenti asilo: la CEDU non esce dalla sua “ <i>comfort zone</i> ”	443
LORENZO BERNARDINI, “La storia infinita”. (Ancora) detenzioni arbitrarie e torture ai confini tra Ungheria e Serbia	452
FRANCESCA RONDINE, La finzione di non ingresso nel nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo: detenzione sistematica ai confini dell’Europa?	460
GIULIA MENTASTI, Si chiude la procedura di monitoraggio dell’esecuzione della sentenza <i>Kblaifia c. Italia</i> ma permangono criticità sul trattenimento dei migranti negli <i>hotspot</i>	469
MARILÙ PORCHIA, Il trattenimento sistematico di migranti a Malta e l’esecuzione della sentenza <i>Feilazoo</i> della Corte EDU	478
FRANCESCA RONDINE, <i>Thiam c. l’Italie</i> : il trattenimento presso le zone di transito aeroportuali italiane tra prassi illegittime e vuoti di tutela	487

IL TRATTENIMENTO IN VISTA DELL’ESPULSIONE

ELENA VALENTINI, Riflessioni sparse sui presupposti applicativi del trattenimento “in uscita”	496
FRANCESCO GARGALLO DI CASTEL LENTINI, Espulsione dello straniero e non luogo a procedere. La Cassazione torna sull’interpretazione dell’art. 13, comma 3- <i>quater</i> , T.U.I.	505
ELENA MATTEVI, Inosservanza dell’ordine di allontanamento del questore e sussistenza del giustificato motivo	510
LORENZO BERNARDINI, Il trattenimento degli stranieri sotto la lente del processualpenalista. Una misura sanzionatoria di natura penale?	516

CRIMINALIZZAZIONE DELL’ASSISTENZA UMANITARIA E TUTELA PROCESSUALE

CECILIA SICCARDI, L’incostituzionalità parziale dell’art. 12, lett. d), del Testo Unico sull’immigrazione: profili sostanziali e processuali	530
ANGELO RAFFAELE SALERNO, Diritto di asilo e criminalizzazione dell’assistenza ai migranti in Ungheria	539
FRANCESCA CURI, “Prezzo della sposa” e impiego di minori nell’accattonaggio: l’incidenza del fattore culturale	547

VALENTINA FAGGIANI, I diritti e le garanzie processuali come limite all'uso delle dichiarazioni dei testimoni assenti nel dibattimento in <i>Al Alo c. Slovacchia</i>	557
GIULIA MENTASTI, L'incriminazione delle condotte di soccorso e assistenza ai migranti al vaglio della <i>crimmigration</i>	565

INTRODUZIONE

Il Volume prosegue la serie degli Annuari dell'Accademia di Diritto e Migrazioni (ADiM), giunta alla terza edizione e destinata a raccogliere gli scritti pubblicati di anno in anno nell'ADiM Blog. Nato come spazio *on-line* di confronto interdisciplinare tra studiosi delle migrazioni e dell'asilo, il Blog è oramai riconosciuto, non solo in Italia, come importante sede di dialogo tra l'area giuridica e le altre scienze sociali in tale settore. Gli scritti ivi pubblicati nell'anno 2022, qui raccolti, testimoniano la ricchezza del dibattito scientifico che il Blog attrae, nonché la centralità dei temi trattati nell'agenda politica nazionale ed europea.

Nel corso del 2022, nuovi e significativi eventi geopolitici hanno scosso l'ordine mondiale, determinando l'incremento dei movimenti migratori alle frontiere europee. In particolare, l'aggressione dell'Ucraina da parte della Russia ha rappresentato un test di primaria importanza per la tenuta delle politiche europee di immigrazione e asilo, stante il conseguente afflusso massiccio di sfollati attraverso le frontiere orientali europee¹. La reazione dell'Unione europea è stata immediata e solidale: per la prima volta, il Consiglio ha attivato la Direttiva 2001/55/CE, individuando nella protezione temporanea lo strumento più adeguato a far fronte alle conseguenze dell'invasione militare in Ucraina. La guerra alle porte dell'Europa ha rinvigorito la dimensione solidaristica, come dimostrano la mobilitazione della società civile nell'accoglienza dei profughi ucraini e il supporto finanziario assicurato dall'Unione attraverso i fondi di coesione.

Si è così sperimentato un differente approccio alla gestione delle crisi migratorie, fondato su un meccanismo di volontarietà, solidarietà, nonché di libera circolazione e automatico riconoscimento della protezione: un paradigma lontano da quello dominante, imperniato su strategie di contenimento ed esternalizzazione, nonché su procedure di asilo complesse e sulla prevenzione dei movimenti secondari.

Nonostante il considerevole successo conseguito, delle lezioni apprese dalla gestione “liberale” della crisi ucraina non vi è traccia nella riforma del

¹ Consiglio dell'Unione europea, *Afflusso di rifugiati dall'Ucraina*, 16 marzo 2023, disponibile qui: <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/eu-migration-policy/refugee-inflow-from-ukraine/>.

sistema europeo di asilo in corso, avviata nel settembre 2020 e ormai giunta a uno stadio decisivo delle negoziazioni. Resta, tuttavia, l'impressione che esista un'alternativa ragionevole e sostenibile al paradigma dominante. Questa e altre questioni relative alla riforma delle politiche europee di immigrazione e asilo, e alle modalità attraverso le quali la dimensione emergenziale della gestione dei flussi migratori incide sul godimento dei diritti dei migranti, attraversano l'intero Volume.

La prima e la seconda parte dell'Annuario, in particolare, accolgono riflessioni sulle tendenze trasformative e sulle sfide poste dalla gestione delle frontiere europee, nella duplice prospettiva sovranazionale e nazionale. In relazione alla prima, emerge la centralità del rapporto tra la sorveglianza delle frontiere esterne e l'abolizione dei controlli interni nello spazio Schengen, anche alla luce della controversa questione dei controlli alle frontiere interne reiterati per anni da parte di numerosi Stati membri². In relazione alla dimensione nazionale, se nella prima parte del 2022 l'accento è posto sulle sfide attuative della protezione temporanea, nell'autunno, con il cambio di governo, tornano di attualità il contrasto dell'immigrazione irregolare e una nuova "stretta" nei confronti delle navi ONG impegnate in attività di ricerca e soccorso. Il naufragio del 26 febbraio 2023 al largo delle coste calabresi ha, del resto, evidenziato l'urgenza di interrogarsi sull'adeguatezza delle procedure SAR esistenti, nonché, più in generale, sulla necessità di procedure di ingresso protetto per i richiedenti asilo.

La criminalizzazione dell'assistenza umanitaria e del soccorso in mare, insieme al trattenimento dei richiedenti asilo e alla detenzione amministrativa dello straniero sono oggetto di trattazione nella parte quarta del Volume, che accoglie altresì una riflessione sul contributo delle corti sovranazionali all'individuazione delle funzioni e dei limiti dello strumentario penale e delle misure coercitive nella gestione delle migrazioni e dell'asilo. Da questo punto di vista, il 2022 è stato sicuramente un anno ricco di pronunce di rilievo.

La Corte di Strasburgo è intervenuta, in particolare, con un ricorso sistematico alle misure *ad interim* ai sensi dell'art. 39 del suo Regolamento: si pensi alle misure provvisorie ordinate nei confronti dei richiedenti asilo senza dimora nell'ambito della c.d. "emergenza accoglienza" in Belgio³; o, ancora, alla conces-

² CGUE (Grande Sezione), sentenza 26 aprile 2022, *NW c. Landespolizeidirektion Steiermark, Bezirksbauernmännschaft Leibnitz*, C-368/20 e C-369/20, ECLI:EU:C:2022:298.

³ Si veda, *ex multis*, Corte Edu, comunicato stampa 2 novembre 2022 concernente le richieste di adozione di misure provvisorie in relazione al caso *Camara c. Belgio*, ric. n. 49255/22, ECHR 336 (2022); Corte Edu, comunicato stampa 16 novembre 2022 concernente

sione delle misure d'urgenza per impedire i trasferimenti forzati previsti dall'Accordo Regno Unito-Ruanda⁴. Inoltre, i giudici di Strasburgo hanno riservato particolare attenzione alle garanzie procedurali e sostanziali per l'accertamento dell'età del minore non accompagnato richiedente asilo⁵, al problema dell'esercizio della giurisdizione extraterritoriale⁶, nonché al controllo dei confini europei, con specifico riferimento alla tematica delle espulsioni collettive. A tal riguardo, nella sentenza *A.A. c. Macedonia del Nord*⁷, la Corte ha di fatto confermato i principi già sanciti nella controversa pronuncia resa nel caso *N.D. e N.T. c. Spagna*, ponendo l'accento sul dovere dello Stato di predisporre punti di ingresso "legale" e sul conseguente diritto statale di concedere l'accesso al territorio solo in quei punti. Benché il tentativo di contemperamento tra la tutela dei diritti convenzionali e le esigenze statali di governo dei flussi in ingresso non appaia sempre riuscito, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha contribuito alla rilettura di istituti chiave per il trattamento dello straniero, dal divieto di espulsioni collettive all'obbligo di *non-refoulement*.

Analogamente, la Corte di Lussemburgo è stata chiamata ad affrontare nuove questioni inerenti ai temi della migrazione e dell'asilo. Circoscrivendo l'angolo visuale agli aspetti esaminati nella parte quarta di questo Volume, le sentenze della Corte di giustizia UE che hanno maggiormente animato il dibattito scientifico riguardano le attività di soccorso in mare⁸, l'accesso alla protezione internazionale durante la dichiarazione dello stato di emergenza⁹, le condizioni della detenzione amministrativa in istituti penitenziari¹⁰ e i poteri d'ufficio delle autorità giudiziarie nel controllo di legittimità delle misure di trattenimento¹¹.

le richieste di adozione di misure provvisorie in relazione ai casi *Msallem e altri* 147 c. *Belgio*, ric. n. 48987/22 e altri 147, ECHR 363 (2022)

⁴ Corte Edu, comunicato stampa 14 giugno 2022 concernente le richieste di adozione di misure provvisorie in relazione al caso *N.S.K. c. Regno Unito*, ric. n. 28774/22, ECHR 197 (2022).

⁵ Corte Edu, sentenza del 21 luglio 2022, *Darboe e Camara c. Italia*, ric. n. 5797/17.

⁶ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 14 settembre 2022, *H.F. e altri c. Francia*, ric. n. 24384/19 e 44234/20.

⁷ Corte Edu, sentenza del 5 aprile 2022, *A.A. c. Macedonia del Nord*, ric. n. 55798/16 et al.

⁸ CGUE, sentenza 1° agosto 2022, *Sea Watch eV c. Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Capitaneria di porto di Palermo, Capitaneria di porto di Porto Empedocle*, C-15/21 e C-14/21, ECLI:EU:C:2022:604.

⁹ CGUE, sentenza 30 giugno 2022, *M.A. c. Valstybės sienos apsaugos tarnyba*, C-72/222 PPU, ECLI:EU:C:2022:505.

¹⁰ CGUE, sentenza 10 marzo 2022, *C. c. Landkreis Gifhorn*, C-519/20, ECLI:EU:C:2022:178.

¹¹ CGUE (Grande Sezione), sentenza 8 novembre 2022, *Staatssecretaris van Justitie en*

In ambito interno, va segnalata la pronuncia della Corte costituzionale italiana sulla questione di legittimità dell'art. 12, co. 3, lett. d), del t.u. immigrazione¹², relativo alle circostanze aggravanti del reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. La Corte ha giudicato sproporzionato il quadro edittale, ritenendo eccessivo e non giustificato il differente trattamento sanzionatorio tra la fattispecie di base e quelle aggravate dall'utilizzo di servizi internazionale di trasporto e di documenti contraffatti, alterati o illeciti. La pronuncia, peraltro, presenta un ulteriore profilo di interesse legato all'apertura del giudizio costituzionale al contributo tecnico del mondo universitario. Per la prima volta è stata ammessa l'opinione *amicus curiae* di un ente di ricerca: la nostra Accademia di Diritto e Migrazioni (ADiM), che ha redatto l'opinione nell'ambito del suo Laboratorio avanzato sulla giurisprudenza costituzionale (COST Lab).

Nella parte terza dell'Annuario, dedicata alle dinamiche di inclusione ed esclusione dello straniero, sono esaminate altre sentenze rilevanti delle corti sovranazionali e nazionali: da quelle sul ricongiungimento familiare e sul contenuto essenziale dei diritti conferiti dal suo *status* di cittadinanza europea¹³; a quelle della Corte costituzionale italiana sui diritti sociali dello straniero e, in particolare, sul reddito di cittadinanza¹⁴ e sull'assegno di natalità e maternità¹⁵. Tale giurisprudenza conferma che il riconoscimento dei diritti sociali allo straniero dipende dalla natura della prestazione: più stretta è la connessione con i bisogni primari della persona, più limitata è la possibilità per il legislatore di modularne il riconoscimento in relazione al titolo o alla durata del soggiorno. Di qui, il rigetto della questione di legittimità relativa al reddito di cittadinanza e, all'opposto, l'accoglimento della questione relativa all'assegno di natalità e maternità, provvidenze entrambe riconosciute ai soli titolari del permesso per soggiornanti UE di lungo periodo e tuttavia diversamente correlate a bisogni primari¹⁶.

Veiligheid c. C. e B., X c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid, C-704/20 e C-39/21, ECLI:EU:C:2022:858.

¹² Corte costituzionale, sentenza 8 febbraio 2022, n. 63.

¹³ CGUE, sentenza 5 maggio 2022, *Subdelegación del Gobierno en Toledo c. XU e QP*, C-451/19 e C-532/1, ECLI:EU:C:2022:354.

¹⁴ Corte cost., sentenza 25 gennaio 2022, n. 19.

¹⁵ Corte cost., sentenza 4 marzo 2022, n. 54.

¹⁶ Nel secondo caso, la pronuncia della Corte costituzionale è stata adottata all'esito del dialogo con la Corte di giustizia, la quale ha riconosciuto che gli assegni di natalità e maternità rientrano nell'ambito di applicazione del diritto alla parità di trattamento (in base all'art. 12

Se i percorsi delineati in questo Annuario segnalano le principali tendenze emerse nel diritto dell'immigrazione nel 2022, a partire dalla efficacia dell'approccio "liberale" sperimentato dall'Unione nell'accoglienza di milioni di profughi ucraini, l'anno in corso (2023) potrebbe essere anch'esso feroce di profonde trasformazioni. Per un verso, la riforma del quadro normativo sovranazionale, avviata con il Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo, è entrata nella fase decisiva delle negoziazioni e pare destinata a concludersi entro la fine dell'anno. Per altro verso, emerge con sempre maggiore nitore la propensione dei poteri pubblici a utilizzare la tecnologia nella gestione dei flussi e delle frontiere: un processo di lungo periodo, destinato, attraverso l'impiego di algoritmi e dell'intelligenza artificiale, a dischiudere prospettive innovative, dense di problemi e potenzialità, sia nel controllo delle frontiere, sia nella gestione, auspicabilmente più efficiente, della mobilità umana.

Nuove e stimolanti sfide attendono, dunque, le studiose e gli studiosi dell'Accademia di Diritto e Migrazioni. Nel prepararci ad esse, vi auguriamo una buona lettura!

Viterbo, giugno 2023

*Giulia Del Turco, Cristina Milano, Mario Savino,
Michela Tuozzo, Daniela Vitiello*

PARTE I

LA GESTIONE DELLE FRONTIERE EUROPEE

Le frontiere esterne

IL PASSO FALSO DEL GOVERNO MELONI SULLE NAVI ONG E IL RISCHIO DI ISOLAMENTO DELL'ITALIA NELL'UNIONE

Mario Savino*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il debole fondamento giuridico dei “decreti Piantedosi”. – 3. Il rischio di isolamento dell'Italia nell'Unione europea.

1. *Introduzione*

Insediatosi il 22 ottobre 2022, il Governo guidato da Giorgia Meloni non ha adottato, nei primi quaranta giorni di attività, provvedimenti legislativi in materia di immigrazione, né ha lasciato intravedere l'intenzione di riformare aspetti salienti del sistema di gestione dei flussi in arrivo. Per formulare un giudizio compiuto, occorrerà, dunque, attendere.

Tuttavia, la cifra del nuovo corso traspare dai primi provvedimenti adottati e annunciati. Il riferimento più ovvio è alle misure di interdizione e “sbarco selettivo” contenute nei decreti interministeriali del 4 e 6 novembre, destinati a due navi ONG impegnate in operazioni di ricerca e soccorso (*search and rescue* – SAR) nel Mediterraneo centrale. Ma nello stesso senso sembrano deporre le linee programmatiche che emergono dall'informativa urgente sulla gestione dei flussi migratori resa dal Ministro dell'interno in Parlamento il 16 novembre¹.

In questo testo, intendo affrontare due problemi sollevati dalla condotta del governo in questo suo primo mese di attività. Il primo riguarda il fondamento – come si dirà, discutibile – delle misure di interdizione all'ingresso o alla sosta nelle acque territoriali delle navi ONG impegnate in operazioni SAR. Il secondo attiene alle ricadute di una politica dei porti chiusi sulla collocazione dell'Italia nelle negoziazioni del Nuovo Patto a Bruxelles.

* Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università della Tuscia.

¹ Disponibile al seguente link: <https://agenparl.eu/2022/11/16/informativa-urgente-del-ministro-dellinterno-matteo-piantedosi-sulla-gestione-dei-flussi-migratori-e-in-particolare-sui-recenti-interventi-di-assetto-navali-di-organizzazioni-non-governativ/>.

2. *Il debole fondamento giuridico dei “decreti Piantedosi”*

I due decreti del 4 e 6 novembre – adottati dal Ministro dell'interno Piantedosi, di concerto con il Ministro della difesa Crosetto e il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti Salvini nei confronti, rispettivamente, della nave *Humanity 1*, della ONG *Sos Humanity*, battente bandiera tedesca, e della nave *Geo Barents* di Medici Senza Frontiere, battente bandiera norvegese – dispongono il divieto di «sostare nelle acque territoriali nazionali oltre il tempo necessario ad assicurare le operazioni di soccorso delle persone che versino in condizioni emergenziali e in precarie condizioni di salute segnalate dalle competenti Autorità nazionali»². In riferimento a tali decreti e, in particolare, al tentativo di selezionare i migranti da sbarcare in base a requisiti di vulnerabilità, sono stati sollevati nel dibattito dubbi di compatibilità con le norme nazionali, europee e internazionali³. In questa sede, mi limiterò a qualche considerazione sulla norma di base, su cui poggiano i decreti.

Il divieto ivi previsto si fonda sull'art. 1, co. 2, del d.l. n. 130 del 2020 (c.d. decreto Lamorgese), che assegna al ministro dell'interno, di concerto con i ministri della difesa e delle infrastrutture e dei trasporti, il potere di limitare o vietare il transito e la sosta nel mare territoriale «per motivi di ordine e sicurezza pubblica». Ma in che senso l'ingresso nelle acque territoriali di navi ONG impegnate in operazioni SAR può considerarsi una minaccia *per l'ordine e la sicurezza pubblica*?

In base alla più rigorosa accezione di ordine pubblico – quella *materiale*, costituzionalmente necessitata – è tale una minaccia legata a una condotta suscettibile di condurre alla violazione (non di una qualsiasi norma, si badi, ma) di una norma penale⁴. Così, l'interdizione dell'ingresso in acque territoriali può essere disposta per motivi di ordine pubblico, ad esempio, nei confronti di navi militari straniere in assetto offensivo o a navi che si sospetta siano dedite ad attività di pirateria. Più difficile è comprendere quali ragioni

² Qui il testo del primo decreto, indirizzato alla *Humanity 1*: https://sos-humanity.org/wp-content/uploads/2022/11/IT_Decree_HUM1_IT.pdf.

³ Tra gli altri, C. FAVILLI, *La stagione dei porti semichiusi: ammissione selettiva, respingimenti collettivi e responsabilità dello Stato di bandiera*, in *Questione giustizia*, 8 novembre 2022; L. MASERA, *Gli sbarchi selettivi e l'assenza della giurisdizione*, in *Id.*, 14 novembre 2022; F. PARTIPILO, *La chiusura dei porti alle navi umanitarie nel diritto internazionale: diritti ed obblighi di Stati e capitani*, in *Sistema penale*, 9 novembre 2022.

⁴ Basti il rinvio al classico G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979.

di ordine pubblico – cioè di prevenzione della commissione di reati – possano giustificare l'interdizione dell'ingresso o della sosta di una nave ONG, posto che il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina non può configurarsi nel caso di «attività di soccorso e assistenza umanitaria» (art. 12, co. 2, TUI). L'assenza di motivazione del provvedimento interministeriale non aiuta a sciogliere l'enigma. Né aiutano i precedenti, giacché tutti i procedimenti penali avviati nei confronti delle ONG si sono conclusi con l'archiviazione dei reati ipotizzati⁵.

L'altro presupposto di esercizio del potere di interdizione può essere tuttora rinvenuto nella conduzione da parte della nave straniera di attività in «violazione delle leggi di immigrazione vigenti». In tal caso, il passaggio della nave può essere considerato «offensivo» e perciò vietato in base all'art. 19, co. 2, lett. g) della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare. L'art. 1, co. 2, d.l. n. 130/2020, nella versione convertita, non fa più esplicito riferimento a quella norma e connessa motivazione (si limita a un generico richiamo alla «conformità alle previsioni della Convenzione delle Nazioni Unite»), che compare invece nei decreti Piantedosi. Ma quali norme sull'immigrazione sarebbero lese per effetto dell'ingresso nelle acque territoriali di una nave ONG che trasporta naufraghi salvati in mare?

In linea generale, l'arrivo non autorizzato di un migrante a bordo di una nave può ritenersi contrario alla disciplina sull'ingresso nel territorio dello Stato (art. 4 TUI). Tuttavia, ove il migrante privo dei documenti per l'ingresso chieda la protezione internazionale, ad esso va rilasciato un titolo di soggiorno, sia pure temporaneo, e il suo *status* non può considerarsi irregolare fino all'esito (negativo) della procedura di asilo. In base alle norme vigenti, tale procedura non potrebbe svolgersi a bordo di una nave, perché la domanda deve essere presentata ed esaminata presso i competenti uffici e commissioni territoriali⁶. Pertanto, prima dello sbarco e della sottoposizione ai controlli di frontiera, lo *status* del migrante non può essere accertato e non è quindi configurabile, neppure sotto questo profilo, una violazione delle norme sull'immigrazione. Il fatto che una nave ONG trasporti migranti privi della documentazione necessaria all'ingresso di per sé non basta a ritenere violate le leggi di immigrazione: l'adozione di una misura di interdizione nei confronti di quella nave non sembra potersi fondare neppure su quest'altro presupposto previsto dall'art. 1, co. 2, del d.l. n. 130/2020.

Occorre del resto ricordare che quando una nave, sia essa pubblica o

⁵ Cfr. L. MASERA, *Op. cit.*, § 3.

⁶ *Amplius*, C. FAVILLI, *Op. cit.*, §§ 3-4.

privata, è impegnata in una operazione SAR, le esigenze di contrasto dell'immigrazione irregolare diventano recessive fino al momento dello sbarco. Le norme internazionali stabiliscono l'assolutezza dell'obbligo di salvare le persone in mare e il suo rilievo prioritario rispetto alle funzioni di polizia. E la Corte di Cassazione, nel caso *Rackete*, ha chiarito che l'operazione di soccorso non termina con il recupero dei migranti a bordo della nave, ma «comporta l'obbligo accessorio e conseguente di sbarcarli in un luogo sicuro»⁷. Pertanto, è soltanto dal momento dello sbarco che le esigenze di contenimento dei flussi irregolari giustificano la sottoposizione dei naufraghi ai controlli di frontiera⁸.

L'utilizzo da parte del Governo Conte I del potere di interdizione delle navi ONG, sulla base di una interpretazione estensiva della disciplina introdotta con l'art. 1 del d.l. n. 53/2019 (c.d. decreto Salvini bis), aveva già generato una forte tensione con il regime internazionale sul salvataggio in mare. Per superarlo, il decreto Lamorgese ha riscritto la norma, escludendo espressamente le operazioni di soccorso in mare dal suo ambito di applicazione⁹. L'art. 1, co. 2, del d.l. n. 130/2020 vigente, infatti, dopo aver ribadito che il potere interministeriale di interdizione può essere esercitato per motivi di ordine pubblico, ha chiarito che la previsione «non trov[a] comunque applicazione (...) nell'ipotesi di operazioni di soccorso», a condizione che queste siano «immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo e allo Stato di bandiera ed effettuate nel rispetto delle indicazioni della competente autorità per la ricerca e soccorso in mare». I decreti Piantedosi non chiariscono se questa condizione sia stata soddisfatta, ma dalle ricostruzioni fornite sembra chiaro che il comando delle navi ONG interdette avessero operato nel rispetto delle ordinarie regole di comunicazione. Se il giudice amministrativo adito dalle ONG dovesse confermarlo, la violazione del dettato dell'art. 1, co. 2, del decreto Lamorgese sarebbe palese.

⁷ Cass., III sez. pen., sentenza 16 gennaio 2020, n. 6626, disponibile al seguente link: https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1582492635_sea-watch-rackete-cass-2022020-arresto.pdf.

⁸ V. I. PAPANICOLOPULU, G. BAJ, *Controllo delle frontiere statali e respingimenti nel diritto internazionale e nel diritto del mare*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2020, nonché M. SAVINO, *Immigrazione*, in *Enc. dir.*, 2022, p. 605.

⁹ Su cui, E. ROSAFIO, *Port State Control e attività sistematica di ricerca e soccorso di persone nelle acque internazionali del Mar Mediterraneo*, in *ADiM Blog, Osservatorio della giurisprudenza*, novembre 2022.

In attesa degli sviluppi giurisdizionali, l'esito sostanziale della vicenda è noto. Nonostante l'adozione dei decreti Piantedosi, i comandanti delle navi *Humanity 1* e *Geo Barents* destinarie del provvedimento hanno portato a termine, in conformità al diritto internazionale, le rispettive operazioni di salvataggio: sono entrati nelle acque territoriali italiane, hanno sbarcato in un porto sicuro i migranti che le nostre autorità sanitarie hanno ritenuto vulnerabili e hanno poi completato, con uno scarto temporale più o meno ampio a seconda dei casi, lo sbarco degli altri migranti. La selettività degli sbarchi, prevista dai decreti interministeriali, non si è realizzata.

3. *Il rischio di isolamento dell'Italia nell'Unione europea*

In quegli stessi giorni, la *Ocean Viking*, altra nave ONG carica di naufraghi salvati nel Mediterraneo centrale, ha preferito evitare l'*empasse* determinata dalle misure del Governo italiano, chiedendo un porto sicuro di sbarco alla Francia, che lo ha concesso "in via eccezionale". Dopo lo sbarco dei 234 naufraghi nel porto di Tolone, il Governo francese ha dichiarato la sua indisponibilità a proseguire nell'attuazione dello schema di ricollocazione dei migranti dall'Italia, che esso stesso aveva promosso a giugno scorso, durante la sua presidenza dell'Unione. Sono seguiti giorni di forte tensione diplomatica, nei quali la Francia ha prospettato al Governo italiano un destino di isolamento dell'Unione. L'Italia rischia davvero di ritrovarsi isolata a Bruxelles, proprio mentre la negoziazione delle proposte del Nuovo Patto sull'asilo e la migrazione entra nel vivo?

Per rispondere, è bene partire da un altro interrogativo: «Com'è possibile che nel 2021 in Italia siano sbarcati 57.812 migranti, ma la Francia abbia registrato 103.790 domande di asilo, più del doppio delle 45.200 in Italia? Come hanno fatto ad arrivare in Germania 148.175 richiedenti asilo, malgrado il fatto che non abbia porti sul Mediterraneo?»¹⁰. In teoria, la libera circolazione nell'area Schengen è preclusa ai migranti che sbarcano lungo le nostre coste, anche se chiedono asilo. In pratica, però, i migranti "votano con i piedi", dirigendosi negli Stati membri che offrono maggiori opportunità di lavoro e servizi di accoglienza. Questi movimenti secondari spiegano perché non siano né l'Italia, né la Grecia i Paesi europei che accolgono di più.

Le statistiche di Eurostat sono eloquenti. Tra gli Stati membri che hanno

¹⁰ Così D. CARRETTA, *I dati di Frontex smentiscono il vittimismo dell'Italia sui migranti*, ne *Il Foglio*, 12 novembre 2022.

ricevuto il maggior numero di richieste d'asilo nel 2021, l'Italia si colloca, in termini assoluti, al quarto posto (con 53.610 richieste), dietro a Germania (190.545), Francia (120.685) e Spagna (65.295). Ed è molto più indietro in termini relativi: in rapporto alla popolazione, l'Italia accoglie molto meno (3 richiedenti asilo ogni mille abitanti) rispetto a Svezia (24), Malta (17), Austria (13), Germania (12) e vari altri Stati UE, collocandosi al 16mo posto su 28 e al di sotto della media UE¹¹.

Sorvolando su questi dati, il Governo italiano in carica – come altri in passato – ripropone la narrazione di una Italia lasciata sola a fronteggiare l'afflusso di migranti dall'Africa. E invoca quindi dall'Unione accordi di ricollocazione (c.d. *relocation*) che dovrebbero servire a condividere con gli altri Stati membri l'onere di accogliere i richiedenti asilo in arrivo.

Su questi accordi di *relocation* si concentrano, in effetti, molti sforzi diplomatici nell'Unione. Ma il rischio è che la montagna partorisca il topolino. Si tratta di accordi difficili da attuare, perché richiedono un elevato grado di collaborazione tra amministrazioni statali (che un cambio di governo o un dissidio a Bruxelles bastano a inceppare) e implicano procedure macchinose, ad alto tasso di fallimento¹². Lo testimoniano sia lo schema di ricollocazione del 2015-2017, che prevedeva fino a 160.000 ricollocazioni, ma nel triennio ha prodotto meno di 35.000 trasferimenti (13 mila dall'Italia); sia, più di recente, l'accordo volontario per la ricollocazione di 10.000 richiedenti asilo salvati in mare (Declaration on a Voluntary Solidarity Mechanism del 22 giugno 2022¹³), promosso da Parigi, che ha portato, in cinque mesi, a poche decine di trasferimenti. Ha senso, dunque, per il Governo italiano continuare a invocare soluzioni solidali nella forma di accordi di ricollocazione destinati a rimanere in larga parte inattuati?

Ormai da anni, la partita principale a Bruxelles si gioca su un altro versante: quello dei c.d. movimenti secondari. La Germania e gli altri Paesi mitteleuropei sono ostili ai movimenti dei migranti nell'area Schengen: in teoria, perché l'abuso della libera circolazione da parte di soggetti non autorizzati minaccia la sicurezza di quell'area, incentivando i principali Paesi di destina-

¹¹ V. G. SCHIAVONE, *Asilo, ucraini e accoglienza: tutti i dati smentiscono Piantedosi*, ne *Il Riformista*, 17 novembre 2022.

¹² M. SAVINO, *On failed relocation and would-be Leviathans: Towards the New Pact on Migration and Asylum*, in *ADiM Blog, Osservatorio della giurisprudenza*, luglio 2020.

¹³ S. CARRERA e R. CORTINOVIS, *The Declaration on a Voluntary Solidarity Mechanism and EU Asylum Policy: One Step Forward, Three Steps Back on Equal Solidarity*, CEPS, October 2022.

zione a reintrodurre i controlli alle frontiere interne; in pratica, perché quei movimenti secondari comportano una redistribuzione spontanea dei richiedenti asilo verso gli Stati membri con sistemi di accoglienza e un mercato del lavoro più appetibili, vanificando il controverso principio del regolamento n. 604 del 2013 (c.d. Dublino) su cui poggia il sistema di asilo europeo, cioè la responsabilità del primo Paese di ingresso.

Un parziale correttivo ai movimenti secondari esisterebbe. In base al regolamento Dublino, i migranti che, dopo lo sbarco lungo le nostre coste, chiedono asilo entro 18 mesi in un altro Stato membro dovrebbero essere riportati in Italia, primo Paese che ne ha registrato l'ingresso nella banca dati Eurodac. Ma queste procedure di trasferimento (c.d. *take back*) giungono a compimento in meno del 10% dei casi, anche perché i Paesi di destinazione, come la Francia e la Germania, vi rinunciano in segno di solidarietà nei confronti dei Paesi di primo ingresso, esposti agli arrivi via mare e al sovraccarico dei loro (più gracili) sistemi di accoglienza. Esiste, dunque, una solidarietà “all'ombra di Dublino”, meno visibile ma più efficace della *relocation*.

Data l'inefficacia del correttivo, le proposte del Nuovo Patto in discussione a Bruxelles prefigurano un rimedio drastico: il ricorso obbligatorio alla c.d. procedura di frontiera, che implica il trattenimento di gran parte dei richiedenti in pendenza della procedura di asilo, così da evitare la loro dispersione nell'area Schengen e quindi i movimenti secondari. Questo scenario – di detenzione sistematica dei migranti in arrivo, inclusi i richiedenti e a prescindere dall'effettiva possibilità di rimpatrio – dovrebbe preoccupare soprattutto l'Italia. Rispetto agli altri Stati membri di primo ingresso mediterranei e orientali, infatti, il nostro Paese non investe nelle infrastrutture necessarie (i posti nei CPR sono meno di mille) e quindi non ricorre a misure coercitive su larga scala. Di conseguenza, non impedisce che i richiedenti in attesa della decisione sulla protezione e i migranti economici non immediatamente espellibili si spostino verso l'Europa centrale.

In un contesto di movimenti secondari “non ostacolati” dall'Italia e (mal) “tollerati” dai partner europei, utilizzare gli sbarchi per “batter cassa” in Europa è un azzardo audace. Significa autorizzare gli altri Stati a richiamarci al pieno rispetto non solo delle norme internazionali sul salvataggio delle vite in mare, ma anche delle regole di Dublino, incluse le procedure di *take back*. Significa, inoltre, indispettare i nostri principali partner (Francia e Germania), che mal tollerano i movimenti secondari e hanno interesse a una solidarietà, per l'appunto, silenziosa, dovendo tener a bada le pulsioni sovraniste interne. E significa, in prospettiva, indurli a reintrodurre i controlli alle frontiere, sempre più spesso utilizzati per arginare flussi irregolari di persone, co-

si escludendo di fatto l'Italia dall'area Schengen. Lo schiaffo della Francia, che – dopo lo sbarco della Ocean Viking a Tolone incautamente celebrato dal nostro Governo come una vittoria – ha inviato 500 poliziotti a Ventimiglia e revocato la disponibilità a ricollocare 3500 richiedenti asilo dall'Italia, è stato un utile “bagno di realtà”.

Com'è noto, il governo italiano è corso ai ripari. Ha smorzato i toni dell'aspro conflitto diplomatico e, per uscire dall'isolamento, ha tentato, con una dichiarazione congiunta¹⁴, di rivitalizzare quell'alleanza con i MED5 che il Governo Draghi aveva con pazienza tessuto. L'esito del tentativo è incerto. La Spagna si è già sfilata, perché non ha un numero significativo di sbarchi e non vuole colludere con un Governo responsabile di condotte contrarie al diritto internazionale ed elogiate da Orban. Ma anche la Grecia, Cipro e Malta hanno interessi in parte divergenti: i migranti che sbarcano nelle loro isole sono trattenuti lì in attesa dell'esito della procedura di asilo e del rimpatrio, senza potersi spostare agevolmente verso altri Paesi dell'UE. Ha senso, per quei Paesi mediterranei – che fanno fino in fondo “i compiti a casa”, impedendo i movimenti secondari (anche a costo di grossolane violazioni dei diritti) – allearsi con un governo italiano che non collabora con Bruxelles? E come può, allora, il nostro Governo uscire, dal *cul de sac* nel quale la geografia e le norme europee lo costringono?

Una prima via è coltivare l'ambizione di “far da sé”: il Governo in carica può continuare a ricorrere a misure simboliche, come la chiusura selettiva dei porti alle ONG o la riduzione degli ingressi per motivi di lavoro tramite il decreto flussi, con il rischio di non dominare i flussi spontanei, invocare la solidarietà a sproposito, rimanere isolato a Bruxelles e non partecipare alla riscrittura delle regole europee che dovrà poi attuare.

La seconda opzione per l'Italia è, invece, accettare di “fare il suo”: rispettare le norme europee e internazionali sottoscritte, accogliere i richiedenti asilo in arrivo, assicurare loro standard più dignitosi e percorsi di integrazione più credibili, consentirebbe al nostro Governo di rafforzare la propria posizione a Bruxelles e di provare a incidere, con le giuste alleanze, sugli esiti di un Nuovo Patto che, sia sul piano della responsabilità sia su quello della solidarietà, minaccia di pregiudicare gli interessi.

Questa seconda strada è ancora percorribile, ma il crinale lungo il quale si muove il Governo italiano a Bruxelles è divenuto, dopo le vicende di inizio

¹⁴ Disponibile al seguente link: <https://www.interno.gov.it/it/notizie/dichiarazione-congiunta-sui-flussi-migratori-dei-ministri-competenti-italia-malta-cipro-e-grecia>.

novembre, più stretto¹⁵. L'interesse nazionale non è estorcere dai nostri partner, sulla pelle dei naufraghi, una disponibilità teorica a ricollocare persone che spesso si spostano comunque spontaneamente altrove. L'interesse è invece evitare l'isolamento politico nell'UE e l'emarginazione dallo spazio Schengen. I Paesi con i quali confiniamo ben possono convertire la loro benigna acquiescenza ai movimenti secondari dall'Italia in controlli serrati al confine, lasciandoci davvero da soli a gestire i migranti in arrivo. A quel punto, l'eterogenesi dei fini sarebbe completa.

¹⁵ Si v. in proposito L. SCAZZIERI, *Europe's migration problems are back*, in *Centre for European Reform*, 24 November 2022.

PORT STATE CONTROL
E ATTIVITÀ SISTEMATICA DI RICERCA E SOCCORSO DI PERSONE
NELLE ACQUE INTERNAZIONALI DEL MAR MEDITERRANEO

Elisabetta Giovanna Rosafio*

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo internazionale, unionale e nazionale di riferimento. – 2. L'applicazione della direttiva 2009/16/CE alle navi private di soccorso umanitario e il sistema di controllo, ispezione e fermo ivi previsto. – 3. Il rispetto delle certificazioni e delle classificazioni dello Stato di bandiera.

1. *Il quadro normativo internazionale, unionale e nazionale di riferimento*

Con l'articolata pronuncia in commento¹, la Corte di giustizia affronta il tema del Port State Control² come delineato dalla direttiva 2009/16/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 (relativa al controllo da parte dello Stato di approdo), in relazione all'ispezione di navi che esercitano un'attività sistematica di ricerca e soccorso e che si trovano in un porto o in acque soggette alla giurisdizione dello Stato di approdo³.

* Professore ordinario di Diritto della navigazione e dei trasporti, Università degli Studi di Teramo.

¹ CGUE (GC), sentenza 1° agosto 2022, *Sea Watch eV c. Ministero delle infrastrutture e dei trasporti et al.*, C-14/21 e C-15/21, ECLI:EU:C:2022:604. La sentenza è stata commentata da G. CALVELLI, *Le navi ong destinate al soccorso privato e il potere ispettivo dello stato di approdo*, in *Dir. trasp.*, 2022, p. 669. In argomento si veda altresì C. TINCANI, *Il potere ispettivo e le organizzazioni non governative*, in *Dir. trasp.*, 2021, pp. 770 ss.

² In dottrina sul Port State Control, cfr. P. CELLE, *Il "Port State Control" nel diritto internazionale*, in *Dir. maritt.*, 2007, p. 712; M. M. COMENALE PINTO, *Port State Control*, in M.P. RIZZO, C. INGRATOCI (a cura di), *Sicurezza e libertà nell'esercizio della navigazione*, Milano, 2014, p. 89; O. ÖZÇAYIR, *Port State Control*, 2nd ed., London, 2004; B. MINUCCI, *Il fermo amministrativo della nave Sea-Watch 4 al vaglio della Corte di giustizia*, in *Il Blog di AISUDE*, 15 dicembre 2021; M.P. RIZZO, *Sicurezza e libertà nell'esercizio della navigazione: il ruolo dello stato costiero e dello stato del porto*, in *Dir. Maritt.*, 2013, p. 543; P. SIMONE, *Contenuti e natura giuridica dei Memorandum of Understanding sul Port State Control*, in R. TRANQUILLI LEALI, E.G. ROSAFIO (a cura di), *Sicurezza, navigazione e trasporto*, 2008, p. 267; E. TURCO BULGHERINI, *Port State Control*, in *Riv. dir. nav.*, 2012, p. 765; F. VITTOR, *Il Port State Control sulle navi delle ONG che prestano soccorso in mare: tutela della sicurezza della navigazione o ostacolo alle attività di soccorso*, in *DUDI*, 2021, p. 103.

³ Una breve sintesi dei fatti che hanno dato origine alla controversia contribuisce a meglio

Il contenuto della direttiva 2009/16/CE, nell'assenza nel diritto UE di una disciplina specifica⁴, si innesta sulla disciplina internazionale costituita principalmente dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 (UNCLOS)⁵, della quale l'Unione è parte, e sulla Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita umana in mare del 1974 (SOLAS)⁶, di cui sono parte tutti i Paesi europei ma non l'Unione.

Dall'esame del complesso e articolato quadro normativo, emerge la sussistenza del principio per il quale spetta primariamente allo Stato di bandiera la competenza circa il controllo del rispetto da parte delle proprie navi delle norme adottate a livello internazionale in materia di sicurezza, prevenzione dell'inquinamento e condizioni di vita e di lavoro a bordo (Flag State Control).

Ai sensi della Convenzione ONU sul diritto del mare, infatti, le navi hanno la nazionalità dello Stato di cui sono autorizzate a battere bandiera (art. 91 UNCLOS), il quale, nei confronti di queste ultime, rilascia i relativi documenti e certificazioni; esercita, tranne in casi eccezionali, la giurisdizione nell'alto mare in via esclusiva (art. 92 UNCLOS), nonché la giurisdizione e il controllo «*in administrative, technical and social matters*», adottando tutte

chiarire la questione. Al termine di operazioni di soccorso nelle acque internazionali del Mar Mediterraneo, due navi, «Sea Watch 4» e «Sea Watch 3», battenti bandiera tedesca, certificate come «nave da carico generale – polivalente» e di proprietà di un'organizzazione umanitaria senza scopo di lucro con sede a Berlino, sono sottoposte a provvedimenti di ispezione da parte della Capitaneria di porto di Palermo e di Porto Empedocle ai sensi del d.lgs. 24 marzo 2011, n. 53 (di attuazione della direttiva 2009/16/CE), cui seguono provvedimenti di fermo per la mancanza di una certificazione per l'attività di soccorso di migranti in mare e la presenza di numerose «carenze tecniche e operative». Dopo averne sanato alcune, la Sea Watch, quale proprietaria e armatrice delle navi, propone ricorso dinanzi al TAR Sicilia per l'annullamento di tali provvedimenti di fermo e, nell'ambito del procedimento, il giudice amministrativo solleva numerose questioni di interpretazione pregiudiziale presso la Corte di giustizia.

⁴ Cfr. Commissione europea, *Recommendation on cooperation among Member States concerning operations carried out by vessels owned or operated by private entities for the purpose of search and rescue activities*, del 23 settembre 2020, C(2020) 6468 final, ove è stato ben rilevata l'assenza di una normativa specifica relativa all'attività posta in essere da organizzazioni non governative (ONG) e avente ad oggetto la ricerca e il soccorso di persone in pericolo o in difficoltà in mare, sia sotto il profilo della salvaguardia della sicurezza in mare delle persone soccorse e sia degli equipaggi che le soccorrono.

⁵ United Nations Convention on the Law of the Sea, Montego Bay, 10 December 1982.

⁶ International Convention for the Safety of Life at Sea, London, 1 November 1974.

le misure necessarie a salvaguardare la sicurezza in mare, ivi incluse quelle inerenti la previsione di ispezioni precedenti e successive all'immatricolazione (art. 94 UNCLOS).

Alcune regole di cui al capitolo I, parte B, dell'allegato alla Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare, completano il quadro, prevedendo che «certificates issued under the authority of a Contracting Government shall be accepted by the other Contracting Governments for all purposes covered by the present Convention [...]» (Regola 17).

In questo contesto, ove il collegamento tra nave e stato di bandiera è intensissimo, è consentito allo Stato di approdo, «come seconda linea difensiva contro il trasporto marittimo inferiore alle norme» (cfr. considerando 6 della direttiva 2009/16/CE), di compiere ispezioni di controllo in aree sottoposte alla propria giurisdizione nei confronti di navi che battono bandiere di altri Stati, sebbene il mantenimento delle condizioni e dotazioni certificate dallo Stato di bandiera gravi sul soggetto proprietario o armatore della nave o, ancora, sul *bareboat charterer*.

L'obiettivo, dichiarato nell'art. 1 della sopra citata direttiva, è quello della drastica riduzione del trasporto marittimo *substandard* attraverso, in particolare, quel sistema di controllo e di ispezione da parte dello Stato di approdo, sulla cui legittimità è incentrata la sentenza in commento, volto al miglioramento dell'osservanza della legislazione internazionale (individuata in via tassativa nelle convenzioni di cui all'art. 2, n. 1)⁷. Quanto all'ambito di applicazione, essa è rivolta a qualsiasi nave per il trasporto marittimo battente bandiera diversa da quella dello Stato di approdo e ai relativi equipaggi che fanno scalo o ancoraggio in un porto di uno Stato membro per effettuare un'attività di interfaccia nave/porto.

La direttiva, più volte emendata, è stata attuata in Italia con il d. lgs. 24

⁷ Il riferimento è, attualmente, a: International Convention on Load Lines, 1966 (LL 66); International Convention for the Safety of Life at Sea, 1974 (SOLAS 74); International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, 1973, and the 1978 Protocol relating thereto (Marpol 73/78); International Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers, 1978 (STCW 78/95); Convention on the International Regulations for Preventing Collisions at Sea, 1972 (Colreg 72); International Convention on Tonnage Measurement of Ships, 1969 (ITC 69); International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1992 (CLC 92); Maritime Labour Convention, 2006 (MLC 2006); International Convention on the Control of Harmful Anti-fouling Systems on Ships, 2001 (AFS 2001); International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage, 2001 (Bunkers Convention, 2001).

marzo 2011, n. 53⁸, il cui art. 3, restringendo il più ampio ambito di applicazione della normativa unionale (diretto a «qualsiasi nave per il trasporto marittimo battente bandiera diversa da quella dello Stato di approdo [...]»), rende applicabile il decreto medesimo «alle navi e alle unità da diporto utilizzate a fini commerciali di bandiera non italiana ed ai relativi equipaggi che fanno scalo o ancoraggio in un porto nazionale per effettuare attività proprie dell'interfaccia nave/porto», nonché «anche alle ispezioni effettuate su navi ro-ro da passeggeri e su unità veloci da passeggeri fuori da un porto o lontano da un ancoraggio durante un servizio di linea [...]». L'art. 2, lett. i) individua l'autorità competente centrale nel Ministero delle infrastrutture e dei trasporti – Comando generale del Corpo delle capitanerie di porto – Guardia costiera.

In questo contesto, si inserisce la questione specifica relativa al contenuto del potere dello Stato di approdo di ispezione di navi private che esercitino un'attività sistematica di ricerca e soccorso e che si trovino in un porto o in acque soggette alla sua giurisdizione. Due questioni sembrano di particolare rilievo. Da un lato, come ben posto in luce nella sentenza in esame (par. 16 e 20), l'art. 98 UNCLOS prevede che ogni Stato esiga che il comandante di una nave che batte la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri, presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo⁹. Dall'altro, come corollario di questo principio, nella Convenzione per la salvaguardia

⁸ D. lgs. 24 marzo 2011, n. 53, Attuazione della direttiva 2009/16/CE recante le norme internazionali per la sicurezza delle navi, la prevenzione dell'inquinamento e le condizioni di vita e di lavoro a bordo per le navi che approdano nei porti comunitari e che navigano nelle acque sotto la giurisdizione degli Stati membri.

⁹ Cfr. Comunicazione della Commissione, Orientamenti della Commissione sull'attuazione delle norme dell'UE concernenti la definizione e la prevenzione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, (2020/C 323/01), per la quale l'art. 1 della direttiva 2002/90/CE sul favoreggiamento «dev'essere interpretato nel senso che l'assistenza umanitaria obbligatoria per legge non può e non deve essere qualificata come reato; in particolare, la criminalizzazione delle organizzazioni non governative o di altri attori non statali che svolgono operazioni di ricerca e soccorso nel rispetto del quadro normativo applicabile costituisce una violazione del diritto internazionale e di conseguenza non è permessa dal diritto dell'UE; l'eventuale valutazione della questione se un comportamento rientri nella nozione di “assistenza umanitaria” di cui all'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva – nozione che non può essere interpretata nel senso di consentire la criminalizzazione di un comportamento obbligatorio per legge – dev'essere condotta caso per caso, tenendo conto di tutte le circostanze specifiche».

della vita in mare l'art. IV, lett. b) prevede che le persone che si trovano a bordo di una nave per causa di forza maggiore o in conseguenza dell'obbligo imposto al comandante di trasportare naufraghi, o altre persone, non devono essere computate, allorché si tratti di verificare l'applicazione alla nave di una qualsiasi disposizione» della convenzione.

2. *L'applicazione della direttiva 2009/16/CE alle navi private di soccorso umanitario e il sistema di controllo, ispezione e fermo ivi previsto*

Ciò posto, la Corte, innanzitutto, ritiene che la direttiva 2009/16/CE debba essere interpretata nel senso della sua applicabilità a qualsiasi nave che non ricade in una delle eccezioni elencate nel suo art. 3, par. 4: quindi, anche alle navi private di soccorso umanitario battenti bandiera di uno Stato membro o terzo che si trovino in un porto, in un ancoraggio o nelle acque soggetti alla giurisdizione di uno Stato membro (par. 77 e 80 sent.). Ne consegue che essa osta a che una normativa nazionale quale il d. lgs. 24 marzo 2011, n. 53, e in particolare il suo art. 3, limiti la sua operatività alle sole navi utilizzate a fini commerciali. Tale interpretazione sarebbe conforme, del resto, all'obiettivo perseguito di migliorare l'osservanza delle norme di diritto internazionale e unionale relative alla sicurezza marittima, alla tutela dell'ambiente marino e alle condizioni di vita e di lavoro a bordo, mediante un sistema di controllo, ispezione e fermo basato su criteri e procedure uniformi per tutte le navi soggette alla giurisdizione dello Stato membro di approdo (par. 78 sent.).

Nell'affrontare le successive questioni, la Corte rileva che la direttiva 2009/16/CE mira a consentire all'Unione e agli Stati membri di verificare che le navi soggette alla giurisdizione dello Stato membro di approdo rispettino le disposizioni delle convenzioni internazionali elencate all'art. 2, punto 1, della medesima (par. 89 sent.), con la conseguenza che essa «deve essere interpretata, tenendo conto non solo della convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare, ma anche della convenzione sul diritto del mare» (par. 93 sent.).

Ne discendono due conseguenze. Innanzitutto, la nozione di «Stato costiero» ai sensi della Convenzione sul diritto del mare coincide in parte con quella di «Stato di approdo» come individuato dalla direttiva 2009/16/CE e va intesa «come ogni Stato membro dell'Unione che disponga di un porto marittimo o di un porto fluviale». Inoltre, qualora il comandante di una nave battente bandiera di uno Stato parte della SOLAS abbia dato attuazione all'obbligo di soccorso marittimo, né lo Stato costiero né quello di bandiera

possono esercitare i loro rispettivi poteri di controllo al fine di verificare se la presenza a bordo di dette persone comporti per la nave in questione una violazione della SOLAS medesima (par. 108 sent.).

Su questa base, la Corte passa alle questioni interpretative relative al sistema di controllo, ispezione e fermo previsto dagli artt. da 11 a 13 della direttiva, con specifico riferimento alle navi che svolgono attività sistematica di soccorso in mare.

In particolare, l'art. 11, lett. a), in combinato disposto con il successivo art. 12, impone agli Stati membri che rivestono la qualità di Stato di approdo di sottoporre le navi, come definite nell'art. 3, a ispezioni periodiche a intervalli di tempo prestabiliti che dipendono dal rispettivo profilo di rischio. Nei confronti delle navi che presentano «fattori di priorità assoluta», gli Stati membri sono tenuti a effettuare ispezioni supplementari, mentre ne hanno facoltà nel caso di «fattori imprevisi» (art. 11, lett. b).

Una volta ritenuto che la situazione inerente alle navi Sea Watch 3 e Sea Watch 4 debba essere esaminata nella sola prospettiva della sussistenza di un «fattore imprevisito» e, in particolare, dell'accertamento della circostanza se la gestione delle stesse potesse costituire un «pericolo per le persone, le cose o l'ambiente» (par. 116 sent.), la Corte esprime l'importante principio per il quale lo Stato di approdo non può effettuare un'ispezione supplementare nei confronti di navi da carico utilizzate per attività sistematica di ricerca e soccorso di persone in pericolo o in difficoltà in mare per il solo fatto che detto utilizzo implichi il trasporto a bordo di un numero di persone sproporzionato rispetto alle risultanze delle loro classificazioni e certificazioni. Tale comportamento, infatti, sarebbe idoneo a ostacolare l'attuazione dell'obbligo di soccorso sancito dall'art. 98 UNCLOS e sarebbe non conforme all'articolo IV, lett. b) della SOLAS (par. 116 sent.).

Fermo restando quanto sopra, la formulazione dell'art. 11 della direttiva 2009/16/CE, tuttavia, consente, una volta completate tutte le operazioni di trasbordo o di sbarco delle persone, la sottoposizione di navi che esercitano un'attività sistematica di ricerca e soccorso, quando si trovino in aree soggetti alla giurisdizione di uno Stato membro, a un'ispezione supplementare su ordine motivato dell'autorità competente (par. 119 sent.). In tale contesto, può assumere una rilevanza decisiva, di per sé sola, al fine di valutare se detta nave sia stata gestita in modo da costituire un pericolo per le persone, le cose o l'ambiente, la chiara insufficienza delle dotazioni di sicurezza o di soccorso presenti nella nave interessata rispetto al numero di persone che tale nave può trovarsi a soccorrere nell'ambito di un'attività sistematica di ricerca e soccorso (par. 121 sent.).

3. *Il rispetto delle certificazioni e delle classificazioni dello Stato di bandiera*

Nell'affrontare il delicato problema dell'esercizio da parte dello Stato di approdo del potere di ispezione dettagliata, la Corte afferma, dando prevalenza al fattore della salvaguardia della vita umana, che le navi private di soccorso umanitario destinate a un'attività sistematica di ricerca e soccorso possono esservi sottoposte solo a conclusione delle operazioni relative.

In questo contesto, poiché l'ispezione dettagliata segue una ispezione iniziale nella quale si sia ritenuto che «sussistono fondati motivi per ritenere che le condizioni della nave, delle relative dotazioni o dell'equipaggio sostanzialmente non soddisfino i pertinenti requisiti di una convenzione», e che vi sia pericolo per le persone, le cose o l'ambiente, la Corte precisa che il potere di controllo può riguardare «la costruzione della nave, le relative dotazioni, l'equipaggio, le condizioni di vita e di lavoro e il rispetto delle procedure operative di bordo», nonché quegli elementi che includono l'attività per la quale la nave è utilizzata, «l'eventuale differenza tra tale attività e quella per la quale tale nave è stata certificata ed equipaggiata, la frequenza con cui è svolta detta attività e le conseguenze che ne derivano in ordine alle condizioni di gestione della nave, alla luce, in particolare, della dotazione di cui è provvista quest'ultima» (par. 132 e 134 sent.). Ciò posto, ove l'ispezione dettagliata riguardi navi utilizzate per un'attività sistematica di ricerca e soccorso di persone in mare, pur classificate e certificate come navi da carico da parte dello Stato di bandiera, spetterà allo Stato di approdo dimostrare le ragioni per le quali tale circostanza comporta un pericolo per la salute, la sicurezza, le condizioni di lavoro a bordo o l'ambiente (par. 135 sent.). Per contro, lo Stato di approdo non potrà imporre che venga provato che tali navi dispongono di certificati diversi da quelli rilasciati dallo Stato di bandiera o che esse rispettino le prescrizioni applicabili a una diversa classificazione, in quanto una tale richiesta (contraria sia al contenuto della SOLAS che della direttiva 2009/16/CE) metterebbe in discussione il modo in cui lo Stato di bandiera ha esercitato la propria competenza (par. 138 sent.).

Quanto al potere di fermo, collegato all'art. 19 della direttiva 2009/16/CE, la Corte ritiene che lo Stato di approdo (conformemente anche alla regola 19, lettera c), del capitolo I, parte B, dell'allegato al protocollo relativo alla SOLAS) può sottoporre a fermo una nave solo qualora le carenze emerse da un'ispezione effettuata ai sensi della direttiva 2009/16/CE, in particolare quelle relative alle dotazioni di sicurezza a bordo, rappresentino un evidente pericolo per la sicurezza, la salute o l'ambiente. In tal caso, il provvedimento di fermo può essere revocato solo quando sia stato eliminato

qualsiasi pericolo «per la sicurezza e la salute dei passeggeri o dell'equipaggio, senza pericoli per le altre navi e senza minaccia irragionevole per l'ambiente marino» (par. 144 sent.).

Nello specifico, tuttavia, qualora lo Stato di approdo ispezioni e sottoponga a fermo una nave che batte bandiera di altro Stato membro, essendo quest'ultimo il solo competente ad adottare le azioni correttive di cui alla direttiva 2009/16/CE, il primo deve rispettare la classificazione e le certificazioni concesse dallo Stato di bandiera. Dal canto suo, afferma la Corte (par. 144 sent.), «lo Stato di bandiera deve tener conto delle ragioni che hanno indotto lo Stato di approdo a ispezionare e poi a sottoporre a fermo tale nave», assistendolo nella ricerca delle azioni correttive più adeguate a correggere le carenze riscontrate, in ossequio a un principio di leale collaborazione.

In conclusione, la sentenza in rassegna pone in luce, ancora una volta, come il complesso quadro normativo relativo al soccorso di persone in mare stenti a porsi come un efficace e certo strumento per una tutela effettiva della vita umana. Specie nei casi di operazioni di salvataggio siano effettuate con navi gestite da organizzazioni non governative a fini umanitari e rivestano caratteri di sistematicità e non di occasionalità, emergono sovrapposizioni tra i poteri dello Stato di bandiera e di quello di approdo difficili da risolvere in base alla disciplina vigente.

FRONTEX AT A TURNING POINT?
FABRICE LEGGERI'S RESIGNATION AND SOME PROSPECTS
FOR THE EU BORDER AND COAST GUARD AGENCY

Francesca Romana Partipilo*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The confusion around Frontex's mandate and its human rights obligations. – 3. Human rights violations at sea. – 4. Concluding remarks.

1. *Introduction*

On the 29th of April 2022, Fabrice Leggeri officially resigned from his role as Executive Director of Frontex. Leggeri, a French senior civil servant, directed Frontex since 2015, when the Agency – created in 2004 – was transformed into the European Border and Coast Guard Agency (EBCG).¹ His resignation came amid prolonged and widespread criticism against EBCG's alleged involvement in illegal pushbacks of asylum-seekers at sea. In particular, the decision was triggered by the disclosure of EU Anti-Fraud Agency OLAF's findings on the mismanagement of the European border agency, which were initially shared with Frontex's Management Board.² In October 2022, the report was publicly disclosed, which led Frontex Executive Management to acknowledge the practices of the past and commit to systematically address the shortcomings identified by OLAF.³

In a document published on its website, the Agency's Management Board confirmed that an extraordinary meeting was held on the 28-29 of

* Ph.D. Candidate in Human Rights and Global Politics, Scuola Superiore Sant'Anna (Pisa)

¹ S. CARRERA, L. DEN HERTOOG, *A European Border and Coast Guard: What's in a name?*, in *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, 2016, pp.1-20. Also see N. PERKOWSKI, *Frontex and the convergence of humanitarianism, human rights and security*, in *Security Dialogue*, 2018, pp. 457-475.

² OLAF, *Final Report on Frontex*, Case No OC/2021/0451/A1.

³ Frontex, *Statement of Frontex Executive Management following publication of OLAF report*, 14 October 2022.

April in view of the investigations against Leggeri and other staff members.⁴ The press-release specifies that «[a]t this meeting, the Executive Director was given the opportunity to comment on the findings contained in the OLAF report. On the first day of the meeting, he declared his resignation from all his functions with immediate effect».⁵ Thus, the Management Board appointed Ms Aija Kalnaja, the most senior Deputy Executive Director, as Acting Executive Director. Then, in December 2022, the Management Board appointed Hans Leijtens as new Executive Director.

In addition to addressing the allegations of human rights violations against Leggeri, this chapter tackles the confusion surrounding Frontex's mandate, with a view to ascertaining whether such confusion might endanger Frontex's role at the external borders of the EU, whilst allowing a sort of "hijacking" of the Agency at the hands of its Executive Director. Then, the work endeavours to delineate some prospects for the future of the Agency, after the change in its leadership.

2. *The confusion around Frontex's mandate and its human rights obligations*

In a letter directed to Frontex's staff and circulated after his resignation, Leggeri denied the Agency's involvement in pushbacks at sea, lamenting that «[...] the Frontex mandate on which I have been elected and renewed in June 2019 has silently but effectively been changed».⁶ According to the former Executive Director, some believe that «Frontex's core mandate should be transformed into a sort of Fundamental Rights Body monitoring what Member States are doing at their external borders. But the mandate that the Agency got from the EU legislator in 2016 [...] was to support Member States in managing and protecting the external borders». For its part, the Commission did not comment on Leggeri's claims, limiting itself to a statement whereby it «[...] takes note of the resignation of the Executive Director of the European Border and Coastguard Agency». Remarkably, the Commission added that «Frontex fulfils a critically important task to support Member States manage common European Union external borders and to uphold fundamental rights in doing so». Therefore, somehow contradicting

⁴ Frontex, *Management Board conclusions from the extraordinary MB meeting of 28-29 April 2022*, 29 April 2022.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Spiegel International, *Inside the Final Days of the Frontex Chief*, 10 May 2022.

Leggeri's claims on the mandate of the Agency, the Commission underlined the role of Frontex in the protection of fundamental rights at European external borders.

Leggeri's resignation letter and the Commission's statements reveal a certain degree of confusion around the mandate of the EBCG. Whilst the former Executive Director seems convinced that the EBCG's existence is mainly linked to the protection of European external borders, the Commission insists on the Agency's duty to uphold fundamental rights at EU external borders. Such a lack of clarity on the relevant legal provisions may be particularly detrimental to the Agency's correct functioning. As argued by Gasbarri when examining the topic of the mandate of international organizations, «the absence of clarity on the relevant primary obligations makes the issue of accountability extremely abstract, mainly because the discussion lacks the reference to the legal standards that the organization has to respect».⁷ In the case of the European border agency, the confusion surrounding the EBCG's mandate may be employed to carry out fundamental rights violations in a context of substantial impunity. Therefore, for the sake of clarity, it is crucial to ascertain the content of the EBCG's mandate, alongside its duties in the field of the protection of fundamental rights.⁸

Pursuant to Regulation (EU) 2019/1896 of 13 November 2019, establishing the European Border and Coast Guard, the Agency is aimed at ensuring integrated border management (IBM) in full compliance with fundamental rights. The concept of integrated border management is defined by Article 3 of the Regulation as a multi-layered concept, consisting of several components, including border control, measures to facilitate legitimate border crossings, and search and rescue operations for persons in distress at sea carried out in accordance with Regulation (EU) No 656/2014 and with international law. Notably, Regulation 656/2014, establishing rules for the surveillance of the external sea borders of the EU, provides, in Article 4, that the principle of *non-refoulement* and fundamental rights should always be respected in the context of the surveillance operations carried out by Frontex

⁷ L. GASBARRI, *The failure to pursue the mandates of international organizations in the midst of the covid-19 pandemic*, in *EJIL: Talk!*, 2020.

⁸ For a complete overview of Frontex's human rights responsibilities, see M. CEDERBATT, *Frontex: Human rights responsibilities*, in *International Journal of Refugee Law*, 2013, pp. 407-434. Also see J.P. KALKMAN, *Frontex: A Literature Review*, in *International Migration*, 2021, pp. 165-181.

at sea.⁹ Moreover, as stated in recital 103, Regulation 2019/1986 respects the fundamental rights and values established in Article 2 and 6 of the Treaty on European Union and the Charter of Fundamental Rights of the EU. These include respect for human dignity (Article 1 of the Charter), the right to life (Article 2), the right to asylum (Article 18) and the protection against removal and expulsion (Article 19). In addition, Article 5, para.4 of Frontex Regulation specifies that «[t]he Agency shall contribute to the continuous and uniform application of Union law, including the Union *acquis* on fundamental rights, in particular the Charter of Fundamental Rights of the European Union, at external borders [...]». Similarly, Article 10 of the founding regulation, listing the EBCG's tasks, foresees that the Agency «monitors compliance with fundamental rights in all of its activities at the external borders» and cooperates with the FRA (the EU Fundamental Rights Agency) «in order to ensure the continuous and uniform application of the Union *acquis* on fundamental rights».

As for the Executive Director's role, Frontex Regulation establishes that he/she is independent from any government but accountable to the European Parliament and to the Council. In addition, the Regulation attaches a number of fundamental rights-related duties to the position of the Executive Director. For instance, he/she is tasked to assess the fundamental rights and international protection situation prior to any operational activity. In addition, he/she is obliged to reply to the fundamental rights officer (FRO) as to how concerns regarding possible violations of fundamental rights in specific activities or projects have been addressed. Further, the Regulation foresees that the executive director may suspend or terminate activities, in whole or in part, in case of violations of fundamental rights that are serious in nature or likely to persist.

References to human rights have also been repeatedly incorporated into Frontex official documents. In the annual report for 2008, for the first time, Frontex specified that «[f]ull respect and promotion of fundamental rights [...] is the most important corner stone of modern European border management». Further, the 2009 annual report stated that «full and sincere re-

⁹ E. PAPAŠTAVRIDIS, "Fortress Europe" and FRONTEX: *Within or without international law?*, in *Nordic Journal of International Law*, 2010, pp. 75 - 111. Papastavridis highlights how the application of the principle of *non-refoulement* to Frontex's operations at sea appears to be especially problematic since it is very likely that the persons intercepted will be forced to return to their countries of origin, where they may be subjected to torture or inhuman or degrading treatment.

spect of fundamental rights is a firm and strategic choice of Frontex”. In 2015, Leggeri himself, upon being appointed Executive Director, affirmed that «fundamental rights must always be anchored in Frontex mission”.

Moreover, in 2011, the Agency was mandated to create the position of a Fundamental Rights Officer and to establish a Consultative Forum on Fundamental Rights. In the same year, an obligation was introduced to develop a Fundamental Rights Strategy. In light of these observations and the above-mentioned provisions, it is indisputable that the respect of fundamental rights has been sewn into the fabric of the Agency since its first years of existence.

3. *Human rights violations at sea*

Notwithstanding the numerous references to the respect of fundamental rights in the legislative instruments and policy documents regulating Frontex’s mandate, the Agency was repeatedly involved in human rights violations in the Mediterranean.¹⁰ In June 2021, the ONG Sea Watch published a report where it held that «[a]erial reconnaissance enables Frontex to gather extensive knowledge about developments in the Central Mediterranean Sea and relay information about boats in distress to the “competent authorities” [...] When spotting a boat in the Libyan Search-and-Rescue (SAR) zone, Frontex [...] often only informs the Libyan authorities [...], despite NGO or merchant vessels also being in the vicinity. By forwarding the information to the Libyan Joint Rescue Coordination Centre (JRCC) and sometimes even directly guiding the so-called Libyan Coast Guard to the position of a boat, Frontex coordinates and facilitates the interceptions and pullbacks of people in distress to Libya».

The German newspaper Der Spiegel has also conducted an enquiry, which revealed that Greek border guards have been carrying on push-back operations in clear violation of international law, with the crucial complicity of Frontex.¹¹ In particular, the enquiry highlighted that during a specific push-back operation, Frontex was present on the distress scene, but failed to effectively carry out a SAR operation, as required by international law and by its mandate.

¹⁰ C. BACHILLER LOPEZ, *Border policing at sea: Tactics, routines, and the law in a Frontex patrol boat*, in *The British Journal of Criminology*, 2023, pp. 1-17.

¹¹ Spiegel International, *Frontex Involved in Illegal Pushbacks of Hundreds of Refugees*, 28 April 2022.

In 2020, amidst allegations of Frontex's involvement in violations of fundamental rights at the EU's external borders, the Parliament's Committee on Civil Liberties, Justice, and Home Affairs (LIBE) decided to investigate the Agency's action at sea. In January 2021, LIBE decided to step up its action and established the Frontex Scrutiny Working Group (FSWG) to monitor all aspects of the functioning of the Agency, including compliance with fundamental rights, alongside the issue of transparency and accountability towards Parliament. The FSWG conducted a fact-finding investigation, collected evidence, and presented its final report in July 2021.¹² While the report «did not find evidence on the direct performance of pushbacks and/or collective expulsions by Frontex in the serious incident cases that could be examined, it found serious shortcomings».¹³ First, it acknowledged that serious allegations of fundamental rights violations had been «consistently reported» by «reliable actors» both at national and international levels.¹⁴ Second, it stressed Frontex's failure to take action in order to prevent or even reduce the risk of such violations, and underlined deficiencies in the Frontex monitoring and reporting system for fundamental rights violations. Third, it voiced regret about the significant and unnecessary delay in the recruitment procedure of the Fundamental Rights Monitors (FRM) and invited the Agency to be more proactive so to ensure the fulfilment of its «negative and positive fundamental rights obligation»¹⁵ clearly established in the founding regulation. Finally, with regard to the Parliament's oversight, the FSWG concluded that Parliament had not been adequately informed on the EBCG's actions, that confidentiality hampered Parliament's scrutiny, and that Leggeri's statements to Parliament «did not reflect the knowledge he had at the time of his statements».¹⁶

As for the OLAF report itself, it showed that “serious misconduct and other irregularities [...] hindered the capacity of FRONTEX to fully comply with its responsibilities, namely monitoring compliance with fundamental rights in its activities at the external borders, and ensuring respect for, protection and promotion of, fundamental rights, as enshrined in particular in

¹² LIBE Committee, European Parliament, *Report on the fact-finding investigation on Frontex concerning alleged fundamental rights violations*, 14 July 2021.

¹³ *Ibidem*, p. 5.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*, p. 6.

¹⁶ *Ibidem*, p. 16.

the Charter of Fundamental Rights of the EU”.¹⁷ In particular, OLAF ascertained that the FRO was excluded from the assessment and handling of some incidents, despite a potential fundamental rights component. In addition, it was demonstrated that Frontex showed lack of constructive cooperation with the EU in the implementation of the new legal framework of the Agency (in force as of 2019), in particular regarding the fundamental rights architecture, thus causing severe delays in its implementation. Finally, the report showed that – at least in one occasion – aerial asset were relocated to different operational areas of activities with the purpose, among others [...] to avoid witnessing incidents in the Aegean Sea with a potential fundamental rights component. The report thus concluded that these irregularities affected the capacity of Frontex to fully comply with its tasks to contribute to the uniform application of the UE *acquis* on fundamental rights, including the Charter of Fundamental Rights of the EU.¹⁸

4. *Concluding remarks*

In light of the recurring allegations of fundamental rights violations carried out with Frontex’s complicity at European external borders, one is left to wonder whether the problem is caused by the founding Regulation itself – allowing a wide margin of appreciation in the interpretation of the Agency’s mandate and the consequent “hijacking” of the EBCG at the hands of its Executive Director – or rather by the circumstance that the objective of defending European external borders and that of respecting international human rights law, as enshrined in the founding instruments, cannot be easily reconciled. In other words, is this an issue of textual interpretation of EU legislative instruments or rather the result of the structural inadequacy of European border management policies, which require substantial revision? In this regard, it has been argued that the past decade has witnessed the «peculiar co-existence of the securitization of the border and the growing presence and prominence of human rights and humanitarian ideals in border policing practices».¹⁹

¹⁷ OLAF, *Report*, cit., p. 3.

¹⁸ *Ibidem*, p. 121.

¹⁹ K. FRANKO AAS, H.O.I. GUNDHUS, *Policing Humanitarian Borderlands: Frontex, Human Rights and the Precariousness of Life*, in *The British Journal of Criminology*, 2015, pp. 1-18, p. 1.

In the current geopolitical and historical context, with the Taliban's takeover in Afghanistan, the war triggered by the Russian invasion of Ukraine, and the weaponization of migrants at the Polish-Belarusian border, the European Union is faced with a delicate task: that of protecting the proper functioning of Schengen – including the liberalisation of EU internal borders and the protection of the external ones – while at the same time defending the human rights of migrants in an increasingly volatile and violent global context. If the Union aims at maintaining its global reputation of human rights defender, it must take account of the plight of migrants at its external borders. Thus, in order to strike the right balance between EU's security needs and the imperative to respect migrants' fundamental rights, the Union must be able to rely on a robust border agency that respects its mandate and the institutional limits imposed on its action.

Many commentators saw Leggeri's resignation as an «opportunity for a fresh start at the Agency».²⁰ However, the change in leadership does not erase the EBCG's past involvement in pushbacks and fundamental rights violations. The breaches of human rights law were not carried out by Leggeri on his own. They were facilitated – if not even encouraged – by Frontex's concrete functioning and internal political context. As underlined by Hanne Beirens, director of the Migration Policy Institute Europe, the current «political landscape will not make it easy for [the next Executive Director] to navigate because of [a] drastic shift towards a kind of almost normalisation of pushbacks».²¹ As a matter of fact, the EBCG's Management Board – which wields considerable political power over the Agency as the only organ supervising its functioning and with the power to dismiss its Executive Director – is composed of representatives of the border authorities of the EU Member States, plus two members of the European Commission. The political direction of the Agency is therefore in the hands of EU Member States.²² Accordingly, after Leggeri's resignation, the EU as a whole is at a turning point. It will need to decide whether the language of humanitarianism and human rights protection enshrined in the EBCG's founding instruments serves the sole objective of legitimating the Agency's existence – a humanitarian façade of restrictive border policies – or rather constitutes a concrete policy objective for the EBCG. In other words, as long as the EU embraces

²⁰ Politico, *EU border agency chief resigns after critical watchdog probe*, 29 April 2022.

²¹ Euobserver, *Why Leggeri's resignation won't change Frontex*, 2 May 2022.

²² E. WÆRP, *Frontex – Part of the Problem or Part of the Solution?*, in *bordersinmotion-summerschool.com*, 23 August 2021.

exclusionary border policies, and some Member States maintain a restrictive – or even openly xenophobic – attitude towards migration, it will be difficult to substantially change EBCG’s functioning and the attitude towards people on the move.

MYSTERIOUSNESS BY DESIGN:
THE CASE OF FRONTEX
AND THE REGULATION ON PUBLIC ACCESS TO DOCUMENTS

Laura Salzano^{*}, Mariana Gkliati^{**}

SUMMARY: 1. Introduction – 2. Beyond Decision-Making Institutions: Fit for Purpose? – 2.1. A right for EU citizens and residents. – 2.2. Public Security Exception. – 3. Data Management. – 4. Conclusions.

1. *Introduction*

The European Border Coast Guard Agency (EBCGA or Frontex) was founded in 2004¹ to improve the integrated management of the EU Member States' external borders. In the last few years, it has been at the centre of a heated debate, due to its overall lack of transparency and absence of an effective accountability mechanisms², which led the European Parliament³, the European Court of Auditors⁴, the European Ombudsman⁵, and EU Anti-Fraud Office (OLAF) to investigate its activities in relation to violations of fundamental rights. OLAF investigation on Frontex human rights violations⁶ in the Aegean Sea was concluded in February 2022. However, its final report⁷, de-

^{*} Ph.D. Candidate in International Public Law, University of Barcelona.

^{**} Assistant Professor of Migration and Asylum Law, Tilburg University.

¹ Council Regulation (EC) No 2007/2004 of 26 October 2004 establishing a European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union.

² L. SALZANO, *Frontex accountability: an impervious path*, in *EU Law Analysis Blog*, n. 26/4.

³ Frontex Scrutiny Working Group, *Report on the fact-finding investigation on Frontex concerning alleged fundamental rights violations*, 14 July 2021.

⁴ EUROPEAN COURT OF AUDITORS, *Frontex's support to external border management: not sufficiently effective to date*, Special Report 08/2021, 07 June 2021.

⁵ EU OMBUDSMAN, *How the European Border and Coast Guard Agency (Frontex) complies with its fundamental rights obligations and ensures accountability in relation to its enhanced responsibilities*, Case 01/4/2021/MHZ.

⁶ L. MARIN, M. GKLIATI, S. TAS, *An 'Impossible Trinity'?: Frontex, EU External Borders and the Rule of Law*, in *VerfBlog*, 2022.

⁷ OLAF Investigations, Olaf.03(2021)21088.

spite leading to the resignation of the Agency's former Executive Director in April 2022, was controversially kept confidential⁸ by EU Institutions, and was only much later made public by the German news outlet Der Spiegel⁹. As precondition for assessing any liability, the Agency's lack of transparency has received increased scrutiny. In fact, scholars¹⁰, researchers¹¹ and civil society¹² have highlighted how Frontex tends to either fully deny access to the requested documents or sharing unintelligible copies with the most relevant parts fully redacted. This constitutes an established practice, which certainly makes it excessively burdensome, if not impossible, to exercise oversight over its activities.

The Agency received much legislative attention, and its Regulation was amended in 2011¹³, in 2016¹⁴ and then again in 2019¹⁵. In particular, the new EBCG Regulation in 2016 and its amendment three years later, marked the transition of Frontex to a fully operational agency¹⁶, now empowered with

⁸ L. SALZANO, *The Secretiveness over the OLAF Report on Frontex Investigations: Rule of Law Fading into Arbitrariness?*, in *VerfBlog*, 2022

⁹ G. CHRISTIDES, S. LÜDKE, *Why DER SPIEGEL Is Publishing the EU Investigative Report on Pushbacks*, in *Der Spiegel*, 2022.

¹⁰ M. GKLIATI, J. KILPATRICK, *Crying Wolf Too Many Times: The Impact of the Emergency Narrative on Transparency in FRONTEX Joint Operations*, in *Utrecht Law Review*, n. 17/4, 2021, p. 57-72.

¹¹ See the access to documents requests made by Statewatch at Statewatch, Observatories, Frontex, *Access to document requests*.

¹² V. WRIEDT, D. REINHARDT, *Opaque and Unaccountable: Frontex Operation Hera*, in *Statewatch Analysis*, 2017.

¹³ Regulation (EU) No 1168/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 amending Council Regulation (EC) No 2007/2004 establishing a European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union.

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

¹⁵ Regulation (EU) 2019/1896 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2019 on the European Border and Coast Guard and repealing Regulations (EU) No 1052/2013 and (EU) 2016/1624.

¹⁶ D. FERNANDEZ-ROJO, *The Umpteenth Reinforcement of FRONTEX's Operational Tasks: Third Time Lucky?*, in *EU Law Analysis Blog*, n. 26/4.

strong operational tasks and able to deploy its own uniformed standing corps and its own equipment. Nevertheless, the progressive enhancement of the Agency's role, budget and competences, on one hand, and its accountability, on the other, did not proceed at the same pace¹⁷. The overwhelming allegations of the Agency's involvement in fundamental rights violations at the external borders have relaunched the discussion on the lack of effective mechanisms for monitoring, reporting and following up on violations and on transparency. With respect to the latter, the second lawsuit was recently filed before the CJEU¹⁸ to obtain the release of documents relating to Frontex operations.

The problem of lack of transparency in Frontex operations has been extensively analysed and several concrete solutions towards openness and transparency have been proposed¹⁹. This contribution, however, attempts an investigation behind the scenes of these gaps and focuses on the structural flaws inherent in the application of Regulation 1049/2001 regarding public access to documents to the work of the EBCGA. In this sense, it does not analyse the implementation of the Regulation by the Agency, but the source of the obligations itself.

2. *Beyond Decision-Making Institutions: Fit for Purpose?*

The rules governing access to documents of the EU Institutions and bodies are enshrined in Regulation 1049/2001²⁰. The first comprehensive piece of legislation on this issue was published in 2001 and reflects the political debate and the concerns expressed by civil society regarding the public's right to information *vis-a-vis* the EU Institutions.

¹⁷ M. GKLIATI, *The new European Border and Coast Guard: Do increased powers come with enhanced accountability?*, in *EU Law Analysis Blog*, n. 26/4.

¹⁸ CJEU, Action Brought on 15 April 2022, *Naass and Sea Watch v Frontex*, Case T-205/22, 2022/C 244/52.

¹⁹ See Frontex Scrutiny Working Group, *Report on the fact-finding investigation on Frontex concerning alleged fundamental rights violations*; cit.; M. GKLIATI, J. KILPATRICK, *Crying Wolf Too Many Times: The Impact of the Emergency Narrative on Transparency in FRONTEX Joint Operations*, *op. cit.*

²⁰ Regulation (EC) No 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents.

The political climate preceding the Maastricht revision of the Treaty on the European Union was influenced by an increasingly strong call for openness and transparency of the decision-making process, the democratic legitimacy of which was questioned. Such a plea culminated in the Treaty of the European Union pronouncing for the first time that «any citizen of the Union, and any natural or legal person residing or having its registered office in a Member State, shall have a right of access to European Parliament, Council and Commission documents»²¹. On this legal basis, Regulation 1049/2001 was adopted, to include in its scope of application all documents held by European Parliament, Council and Commission, *i.e.*, documents created or received by the institutions or otherwise in their possession, in all areas of activity of the European Union (Art. 2(3)). The obligation to allow access to documents was extended with the Lisbon Treaty of 2007 to other Union institutions, bodies, offices, and agencies, which are obliged to conduct their work as openly as possible (Art. 15(1) TFEU). The new legal basis for this right is offered in Art. 15(3) TFEU, which states that Union citizens or residents have a right to access documents of the Union institutions, bodies, offices, and agencies. It is further provided that institutions shall ensure transparency in their proceedings. Moreover, the EBCG Regulation explicitly states that Frontex shall be subject to Regulation 1049/2001 when handling applications for access to documents in its possession (Art. 114).

The aim of Regulation 1049/2001 is to ensure that decisions are taken as openly and as closely to the citizen as possible, for the administration to enjoy greater legitimacy and be more effective and accountable in a democratic system. Hence, only the Commission, the Parliament and the Council fall under its original scope. The drafters of the Regulation also remind the connection between openness and respect for fundamental rights (Preamble paras 1 and 2). Regulation 1049/2001 defines the principles, conditions, and limits of the right to access to documents, establishing rules to facilitate its enjoyment to the greatest extent possible. The Regulation only covers documents held by the Institution, drawn up or received by it and in its possession. The notion of "document" receives a broad definition under Art. 3, which includes «any content whatever its medium (written on paper or stored in electronic form or as a sound, visual or audio-visual recording) concerning a matter relating to the policies, activities and decisions falling within [an EU] institution's sphere of responsibility». Similarly, Art. 15(3)

²¹ Art. 255, Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal 115, 09/05/2008 P. 0159.

TFEU suggests that the term should be interpreted broadly to include "documents" whatever their medium. In *Patrick Breyer v. European Commission*²², the CJEU specified that the type and nature of the content of the document, and the size, length, volume or presentation of the content «have no bearing on the question whether or not it falls» under the definition of Art. 3: the only condition is that the «said content must relate to the policies, activities or decisions falling within the powers of the institution in question».

2.1. *A right for EU citizens and residents*

From this premise, Regulation 1049/2001 understandably grants the right to access to documents only to those participating in the democratic processes of the Union, legal persons (Art. 2(2)). Frontex offers scrupulous attention to this requirement: as provided in the Management Board Decision No 25/2016²³ on practical arrangements regarding public access to the documents, «all initial applications must be accompanied by an identity document or, in the case of legal persons, the proof of registered office along with the proof of the bond between the individual presenting the application and the legal person» (Art. 5) to prove the fulfilment of the nationality criterion.

Taking a teleological approach, interpreting Art. 2(1) of the Regulation in light of its purpose and the values and social goals it aims to achieve, we note that accessibility to democratic participation is at the core of the provision. The original purpose of the limited scope to natural or legal persons based in the EU is to allow them to influence the democratic process with informed decisions on the policies and practices of the EU decision-making institutions.

Frontex, however, is not entrusted with decision-making powers, but with operational, organizational, and coordinating tasks. Its operational powers can directly and indirectly affect the fundamental rights of a large number of individuals. These individuals are by definition not EU citizens and have inherent vulnerability. Moreover, since the focus lies on victims of fundamental rights violations in the context of border surveillance and re-

²² CJEU (Grand Chamber), judgement of 18 July 2017, Case T-188/12, *Patrick Breyer v. European Commission*, para. 42, ECLI:EU:T:2015:124.

²³ Frontex Management Board Decision No. 25/2016 adopting practical arrangements regarding public access to the documents held by the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (the "Agency"), 21 September 2016.

turn operations, there are substantial chances that they will not be present on EU territory having been subjected to a pushback or deportation. EU citizens and residents are rarely personally concerned with the activities of the agency, save for the monitoring role of civil society. Thus, based on the personal scope of Regulation 1049/2001, the persons most affected by the conduct of the agency are excluded from a right of access to documents.

The link between access to documents and citizenship and residence was justified in light of the EU legal system of the '90s, when the external dimension of EU law and policy was much less developed and EU law was mostly spreading its effects inside its territorial boundaries. Regulation 1049/2001 was meant to apply internally in the EU, where the Commission, the Council, and the European Parliament traditionally operate. Its extension, however, to an agency with such external vocation as Frontex raises many doubts as to the suitability of the instrument in the new circumstances.

This obvious mismatch on these two fronts, leads us to the conclusion that the personal scope of Regulation 1049/2001 does not fit the scope of operations and factual activity of Frontex.

The original purpose of limiting the scope to persons that participate in the democratic processes in the EU at the Union, national or municipal level has lapsed, in light of the non-decision-making mandate of Frontex, as well as its broad impact upon the rights of third country nationals residing outside the EU.

2.2. *Public Security Exception*

The limits to the right to public access to documents are set in Art. 4 of the Regulation: should a ground for exception arise, «the institutions shall refuse access to any requested document». At least on a textual level, institutions are not given discretion to apply a balancing test to weigh the public interest priorities as regards public security, defence and military matters, international relations, and the financial, monetary, or economic policy of the Community of a Member State against the public interest of transparency and openness. An argument for a limited discretion of the institutions to apply such a test can be made on the basis of a deeper analysis of the statutory purpose and the legislative intent of the provision. In fact, the Agency's Management Board has decided that, in principle, all documents should be accessible to the public²⁴, and only exceptionally restricted.

²⁴ Frontex Management Board, Decision No. 25/2016, (5).

The most important exceptions concern the protection of public interests, such as public security, defence and military matters, international relations, and monetary and economic policy (Art. 4(1)(a)), as well as private interests, such as the protection of the privacy or integrity of individuals (Art. 4(1)(b)). Moreover, access to documents meant for internal purposes or relating to a pending decision shall be refused if their disclosure would seriously undermine the decision-making process, unless there is an «overriding public interest in disclosure» (Art. 4(3)).

Given the nature of the work of the Agency, public security is the most common ground used by the Agency to deny access. Similarly, to the argument regarding the personal scope of the Regulation, the public security exception was meant for the decision-making Institutions. While only a limited minority of the legislative and policy corpus produced by the European Union refers to the matters mentioned in Art. 4, a large body of the Agency's activities covers public security, defence, and military matters. In fact, since the 2019 revision of the ECBG Regulation, Frontex has the mandate to deploy its own uniformed and arm corps, engaging in activities at the EU external borders, often in highly militarized contexts (see Frontex involvement in Operation *Irini*,²⁵ off Libyan coasts; see also Frontex involvement at the Greek-Turkish external border, where it allegedly faced hybrid threats from the Turkish navy²⁶).

This exception on the grounds of public policy has become the rule for the Agency, when dealing with public access to documents requests. The picture that emerges from the Agency's annual reports, spanning from 2012-2017 shows a downward trend in responsiveness to access to documents requests. In five years, increasingly fewer applications were granted full access to the requested documents, and by 2017 the Agency was only granting full access to 13.9% of applicants. The rate even decreased in 2018, when only 5.26% of requests received full access, before slightly increasing in 2019 with

²⁵ EUNAVFOR MED Operation Irini, whose «aim is to enforce the UN arms embargo and to contribute to a sustainable ceasefire in Lybia» as stated by High Representative of the European Union for Foreign Affairs and Security Policy / Vice-President of the European Commission Josep Borrell. See European Union External Action Service (EEAA), *A new EU military operation in the Mediterranean: Irini is born to enforce Libya arms embargo*, 1 April 2020.

²⁶ In this direction, see the letter sent by Mr Ioannis Plakiotakis, the Hellenic Ministry of Maritime Affairs & Insular Policy to the former Frontex Executive Director, Mr Fabrice Leggeri available on Statewatch.org.

13% of fully positive answers. That number dropped even further, and by 2020 Frontex was only granting full access just under 5% of applications, and dropped again in 2020, when it did not even reach 5%²⁷.

This is barely surprising as the legislative framework is structured in a way that allows the Agency to decide so. The issue is structural and lies on the exceptions themselves. The exceptions, provided under Art. 4, are not unjustified *per se*. The incoherence rather lies in applying limitations reflecting residual policy areas, where security concerns would be marginal, to an Agency that by definition operates in sensitive domains.

It is not surprising that, this provision has been used as a ground to protect Frontex from undesired monitoring. In fact, as explicitly described in the OLAF Report, Art. 4 (1) (a) has been used to prevent judicial authorities from accessing documents and reviewing the legality of Frontex action, and the public from exercising public scrutiny²⁸.

It is not impossible for security-related authorities to operate in a transparent manner. In fact, even traditional law enforcement authorities operate under a specific mandate on openness and transparency. The legal framework, however, on which Frontex bases its access to documents obligations, seems to not be built for purpose, especially regarding the limitations of these obligations. There is need for transparency safeguards fitting for security bodies, which safeguards are subject to concrete criteria and procedures, rather than a broad security exception that can be invoked unlimitedly and without grounded justification.

3. *Data Management*

Another difference between the work of Frontex and that of the decision-making Institutions concerns data management. Frontex is heavily involved in the management of data of large groups of migrants. The information-sharing aspect of the Agency's work has been significantly strengthened over the years along with the creation of new specialised structures and mechanisms.

²⁷ Frontex, Annual report activity 2019, 2020, 2021.

²⁸ Final Report, OLAF investigation, 03(2021)21088, Brussels. P.41; Regulation 1049/2001 raised similar concerns to those expressed in this post with regards to the OLAF Report, before it was leaked. In this direction, see L. SALZANO, *The Secretiveness over the OLAF Report on Frontex Investigations: Rule of Law Fading into Arbitrariness?*, *op. cit.*

Already in 2011, the Agency was given the mandate to collect and process personal data related to irregular migration and trans-border criminal activities during all operations. In 2013 Frontex was entrusted with the coordination of EUROSUR, a pan-European surveillance system of the EU's southern and eastern borders, established with Regulation 1052/2013, now replaced by EBCG Regulation 2019), which integrates all maritime surveillance facilities of the member states. The Agency's 2016 mandate permitted it to collect, process and share personal data not only for purposes of migration management but also for purposes of law enforcement, including combating terrorism, human trafficking, and human smuggling, as well as document fraud.

In the context of its new powers, Frontex can exchange information with EU agencies, including Europol as well as third countries for a variety of different and not clearly delineated purposes ranging from border surveillance to combating terrorism (Art. 12(2)). This, combined with the interoperability-related competencies of Frontex²⁹, creates a quite broad mandate for the processing and especially the sharing of data both within the EU and outside, involving EU institutions, agencies, and law enforcement authorities. Most of its extensive data management powers are related to returns for the Agency to facilitate them more efficiently. In particular, Frontex was mandated to collect from various sources information necessary for issuing return decisions, identifying individuals subject to removal, and other pre-return, return-related and post-arrival and post-return activities (Art. 49(1)(a)(i)). Moreover, it was tasked with developing and operating a centralised return management platform for processing all relevant information (Artt. 15(4), 49(1)(d), 50(1)). This platform integrates the existing national and EU-wide return management systems and allows for an automated transfer of data.

As shown by the account above, Frontex's data collection and exchange concern predominantly third country nationals. Given the extent of the Agency's data processing and sharing powers, such activities cannot be left to the sole scrutiny of the European Data Protection Supervisor (Art. 1(3) Regulation 2018/1725). Social accountability to civil society can only be possible with a strong right to access to documents, afforded especially to the persons affected by the data processing, namely third country nationals not residing in the EU. The scope of Regulation 1049/2001 was adequate when

²⁹ Statewatch, *EU: Interoperability: Member States want "substantial changes" to Entry/Exit System; questions over "red links" and the role of Frontex*, 2018.

covering the work of the three EU Institutions, which are not involved in such extensive data processing. Putting the Regulation in perspective of the contemporary work of Frontex, it seems insufficient to afford the necessary openness and accountability. The Agency needs, instead, to be covered by a Regulation that includes concrete safeguards, mechanisms, and due diligence procedures.

4. *Conclusion*

Going beyond the criticisms of Frontex for the implementation of its access to documents obligations, this contribution has delved into the source of these obligations. It evaluates the suitability of Regulation 1049/2001 in relation to the work of the Agency and identifies the shortcomings of a system that seems partly outdated and ill-fitting to the particular characteristics of the work of a Border and Coast Guard Agency. It has been shown that Regulation 1049/2001 has limited effectiveness for improving transparency into Frontex operations. Gaps are identified with respect to its personal scope of application, its wide exceptions to the right of public access to documents, and its broad formulation lacking concrete and enforceable safeguards.

Currently, we rely on the scrutiny of the CJEU and the EU Ombudsman to address the «culture of secrecy³⁰» developed by Frontex. In this blog we argue that the source of the problem is, in fact, at the legislative level, as Regulation 1049/2001 seems to be giving ample space to the Agency to control information³¹ in an obstructive and secretive manner. We suggest, thus, that the solution also comes from the legislator.

As the legislative history of Regulation 1049/2001 shows, it was designed to offer a solution to a very specific transparency issue, namely, to address allegations of democratic deficit directed at the decision-making institutions. Its extension to any transparency matter regarding any other Institution, body or agency fails to acknowledge the inherent differences underlying the organic structure of the EU and its policy areas. As it is often the case with

³⁰ E. GUILD ET AL., *Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights and its Impact on EU Home Affairs Agencies. Frontex, Europol and the European Asylum Support Office*, in *European Parliament Study*, 2011.

³¹ M. GKLIATI, J. KILPATRICK, *Frontex, secrecy and security: control of information as strategy for institutional preservation*, in *Open Government in the EU*, 2021.

Frontex, also the (mis)implementation of Regulation 1049/2001 is not counterbalanced by proper safeguards. Existing ones, the effectiveness of which is questionable, should be abreast of the technological developments now whose deployment constitutes the core of Frontex activity.

While the EU has taken efforts to address the question of its openness and transparency, the solution should be differentiated, considering the particular characteristics of different bodies and agencies. It seems that the drafters of the Lisbon Treaty have foreseen this need. Artt. 15(2) and (3) TFEU, which extend the freedom of information obligations to all institutions, bodies, offices, and agencies, suggests that this should be governed by regulations, which should be set up in accordance with the ordinary legislative procedure. It is obvious that the drafters of the Lisbon Treaty, signed six years after the adoption of Regulation 1049/2001, did not feel content with the legislative framework when they extended the right to public access to documents beyond the three decision-making Institutions.

More than a decade after the adoption of the Lisbon Treaty and in light of intense criticisms regarding the lack of transparency by Frontex, it is high time to call upon the Commission to take another look at our legal framework and effectively extend the right of access to documents to all institutions, bodies, offices, and agencies of the Union. Such examination can conclude the need for a separate Frontex transparency Regulation. Such a proposal should further be evaluated on the basis of its feasibility and desirability and examine whether an amendment of the existing Regulation could still allow it to be a freedom of information model, which can also cover the character of the European Border and Coast Guard.

SMART BORDERS O INVISIBILE WALLS?
L'UTILIZZO DI SISTEMI "INTELLIGENTI"
AL CONFINE TRA POLITICHE MIGRATORIE
E GARANZIE PER GLI STRANIERI

Simone Penasa*

SOMMARIO: 1. Intelligenza artificiale e governance dell'immigrazione: una tecnologia politicamente neutrale? – 2. Dalla sperimentazione al ruolo delle corti: un primo nucleo di garanzie di fronte agli "smart borders". – 3. La proposta di Regolamento europeo in materia di intelligenza artificiale e la governance dell'immigrazione. – 4. L'opportunità di una riflessione giuridica, comparata e multidisciplinare.

1. *Intelligenza artificiale e governance dell'immigrazione: una tecnologia politicamente neutrale?*

Per comprendere la necessità di sviluppare anche nel contesto giuridico italiano un dibattito "realista" sull'impiego di sistemi basati su intelligenza artificiale da parte delle autorità nazionali ai fini di una più efficiente gestione delle frontiere è sufficiente richiamare alcuni dati. Secondo Statewatch, a partire dal 2007 l'Unione europea ha investito 341 milioni di euro in ricerca avente ad oggetto tecnologie basate sull'IA in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere, finanziando circa 51 progetti nei quali si prevede la sperimentazione di "autonomous border control robots, biometric identification and verification devices, and automated data-gathering and analysis systems"¹. È inoltre significativo che il World Migration Report 2022 dell'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni abbia dedicato un capitolo al tema della "Artificial intelligence, migration and mobility: Implications for policy and practice"².

L'intreccio tra politiche in materia di immigrazione e utilizzo di disposi-

* Professore associato in Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Trento.

¹ Organisation for Migration, World Migration Report 2022, pp. 281-300.

² A. BEDUSCHI, *Artificial intelligence, migration and mobility: Implications for policy and practice*, in *International Organisation for Migration, World Migration Report 2022*, 2022, pp. 281-300.

tivi basati su sistemi autonomi è destinato a produrre effetti potenzialmente virtuosi, ai quali, tuttavia, si associano alcune criticità derivanti in particolare dalla natura e dal grado di sviluppo delle tecnologie disponibili. In tal senso, la gestione delle frontiere degli Stati rappresenta un ambito in cui questa complessità si esprime in modo paradigmatico. Infatti, i sistemi basati sull'IA si innestano sulla preesistente necessità di trovare un equilibrio tra gestione efficiente dei flussi migratori e l'effettiva tutela dei diritti fondamentali dei migranti³.

A livello europeo è stata proposta una definizione di “smart borders” per identificare l'insieme di “sistemi automatizzati per accelerare e facilitare la procedura di controllo alle frontiere della maggior parte dei viaggiatori, e per ostacolare e fermare quegli immigrati che rappresentano una minaccia per la sicurezza dell'UE attraverso il loro status di immigrati irregolari, criminali o terroristi”⁴. Le tecnologie associabili a tale concetto (ad esempio, droni, riconoscimento facciale, big data, app di tracciamento, chatbot) sono indubbiamente in grado di aumentare l'efficienza delle attività svolte, ad esempio in termini di tempi di espletamento delle procedure, di prevedibilità delle caratteristiche concrete dei vari flussi migratori, di numero di domande di visto e di protezione internazionale processate. Tuttavia, è necessario valutare attentamente quale sia, o possa essere, l'impatto di questo utilizzo in termini di effettività delle tutele giuridiche associate a tale ambito spaziale – la frontiera – e la compatibilità con il rispetto delle garanzie previste a livello costituzionale, internazionale ed europeo.

Una prima questione di ordine concettuale, ma densa di conseguenze dal punto di vista normativo, è rappresentata dalla valutazione relativa alla supposta “neutralità” dei sistemi basati sull'IA rispetto alle funzioni pubbliche interessate dal loro impiego. Dato conto delle potenzialità virtuose in termini di efficacia ed efficienza delle politiche in materia, occorre evitare che il metodo dello “smart border” si traduca nella edificazione di “invisible border walls”, in quanto «introducing AI into the decision-making on immigration and border control has the potential to supplement (...) non-entrée policies, such as visa control and extradition practices»⁵. È opportuno quindi valutare

³ Per un'analisi generale in ambito europeo, C. DUMBRAVA, *Artificial intelligence at EU borders. Overview of applications and key issues*, European Parliamentary Research Service In-Depth Analysis, 2021.

⁴ J. P. BURGESS, D. KLOZA (eds.), *Border Control and New Technologies. Addressing Integrated Impact Assessment*, ASP, 2021, p. 25.

⁵ R. AKHMETOVA, *Efficient Discrimination: On How Governments Use Artificial Intelli-*

la configurabilità del rischio di “politicizzazione” di tali dispositivi, nel caso in cui la loro adozione risulti funzionale al rafforzamento di “state practices that are aimed at curbing international migration and preventing certain individuals from reaching state territories”⁶.

Il concetto di “smart border” insiste su un ambito spaziale e normativo che può essere decisivo – “life changing” – nel determinare il destino delle persone coinvolte e anche per questo è in grado di esprimere le principali criticità generalmente associate a queste tecnologie: ad es., il margine di errore che può essere associato a tecnologie come il riconoscimento facciale, che risulta essere particolarmente elevato proprio in riferimento alle “tipologie” di individui che tradizionalmente costituiscono la categoria composita dei migranti; il rischio di discriminazione e stigmatizzazione nei confronti di specifici gruppi sociali (come le minoranze e le donne), derivante dalla presenza di biases cognitivi che possono caratterizzare i sistemi autonomi basati sull’apprendimento automatico; l’effettività del diritto a non essere sottoposti a una decisione completamente autonoma; la necessità di garantire una supervisione umana all’interno del processo decisionale; il diritto a un ricorso effettivo. Errori e pregiudizi direttamente associati alle caratteristiche tecniche dei dispositivi autonomi possono provocare un impatto particolarmente dannoso nel contesto della gestione dei flussi migratori, finendo per aumentare – anziché ridurre – le attuali criticità in termini di effettiva tutela dei diritti dei migranti, soprattutto nelle prime fasi di contatto con le autorità nazionali.

Di particolare interesse in tal senso appare lo strumento della “valutazione di impatto algoritmica” (Algorithmic Impact Assessment), previsto ad esempio nell’ordinamento canadese, in cui il dispositivo viene sottoposto – prima della produzione – a una verifica del livello di impatto in particolare su «the rights of individuals or communities, the health or well-being of individuals or communities, the economic interests of individuals, entities, or communities and the ongoing sustainability of an ecosystem», identificando quattro livelli di “rischio”, associati a diversi tipi di garanzie e standard relativi allo “*human in the loop*”, al diritto a una spiegazione, alle informazioni relative al training dei dispositivi (*Algorithmic Impact Assessment Tool*). Inoltre, nel sistema canadese⁷ si prevede l’obbligo di testare i processi di sviluppo

gence in the Immigration Sphere to Create and Fortify ‘Invisible Border Walls’, Centre on Migration, Policy and Society, Working Paper n. 149, University of Oxford, 2020, pp. 14.

⁶ *Ivi*, p. 16.

⁷ *Directive on Automated Decision-Making*, 2021.

e i dati utilizzati dai sistemi autonomi, prima dell'inizio della produzione, al fine di verificare l'assenza di pregiudizi involontari attribuibili ai dati utilizzati e ad altri fattori che potrebbero influenzare i risultati in modo scorretto, prima dell'inizio della produzione (§ 6.3.1), e di sviluppare strumenti di monitoraggio al fine di identificare eventuali risultati indesiderati e di verificare la conformità alla legge in materia (§ 6.3.2).

2. *Dalla sperimentazione al ruolo delle corti: un primo nucleo di garanzie di fronte agli "smart borders"*

In assenza di un quadro normativo ad hoc in materia, il ruolo svolto dalle corti assume un rilievo particolare. La Corte di Giustizia ha recentemente riconosciuto il dovere di garantire l'esistenza di un dibattito pubblico, informato e democratico, relativo all'utilizzo e al finanziamento pubblico delle tecnologie di controllo⁸. Sul piano delle garanzie sostanziali, la medesima Corte ha richiamato l'esigenza di assicurare una serie di garanzie, direttamente riconducibili alla natura "intelligente" dei dispositivi impiegati⁹. Il caso aveva ad oggetto il trattamento automatizzato dei dati personali dei viaggiatori all'interno dell'Unione europea, finalizzato a selezionare chi debba essere sottoposto a controlli supplementari sulla base di una valutazione del rischio di commissione di atti terroristici o reati gravi (oltre che al fine del miglioramento dei controlli alle frontiere esterne e il contrasto all'immigrazione irregolare). In particolare, la Corte ha richiamato i seguenti principi:

- «nessuna decisione che comporti conseguenze giuridiche negative per l'interessato o che lo danneggi in modo significativo può essere adottata da parte delle autorità competenti solo sulla base del trattamento automatizzato dei dati PNR», tenuto conto degli elevati tassi di errore che caratterizzano questi strumenti algoritmici (§ 178);
- il trasferimento dei dati alle autorità nazionali in caso di riscontro positivo, al fine di effettuare una valutazione "umana", può avvenire solo a seguito di un preventivo e ulteriore trattamento non automatizzato dei dati (§ 179);

⁸ Trib. UE, sentenza 15 dicembre 2021, *Breyer c. Agenzia esecutiva europea per la ricerca (REA)*, causa T-158/19, § 200.

⁹ CGUE, sentenza 21 giugno 2022, *Ligue des droits humains c. Conseil des ministres*, C-817/19, su cui v. T. CHRISTIAN, *A Directive altered beyond recognition: On the Court of Justice of the European Union's PNR decision (C-817/19)*, in *VerfBlog*, 23 giugno 2022.

- la garanzia di un controllo giurisdizionale della legittimità del trattamento automatizzato, avente ad oggetto anche l'eventuale presenza di errori o distorsioni nell'impostazione dei dati e la configurabilità di eventuali effetti discriminatori che possono derivare, anche solo potenzialmente e indirettamente, dall'uso di sistemi algoritmici;
- il diritto dell'interessato a comprendere il funzionamento di criteri e dei programmi utilizzati deve essere considerato parte del diritto a un ricorso effettivo;
- il principio per cui al giudice deve essere garantita la possibilità di «poter conoscere tanto l'insieme dei motivi quanto gli elementi di prova sulla base dei quali è stata adottata tale decisione (...), ivi compresi i criteri di valutazione prestabiliti e il funzionamento dei programmi che applicano tali criteri» (§ 211);
- il divieto di utilizzare «tecnologie di intelligenza artificiale nell'ambito di sistemi di autoapprendimento (machine learning), che possono modificare, senza intervento e controllo umani, il processo della valutazione e, in particolare, i criteri di valutazione sui quali si fonda il risultato dell'applicazione di detto processo nonché la ponderazione di tali criteri» (§ 194).

Dal punto di vista dell'analisi giuridica, di particolare interesse risulta l'eventuale applicabilità dei principi richiamati all'utilizzo di sistemi "smart" in ambiti direttamente correlati alla *governance* dell'immigrazione, quali ad esempio l'eventuale valutazione preliminare automatizzata in tema di protezione internazionale e di permesso di soggiorno, o la previsione della attendibilità delle dichiarazioni rese alla frontiera attraverso dispositivi di riconoscimento facciale.

Si tratta di questioni – e applicazioni – futuribili ma già sperimentate, seppur in ambiti e per finalità limitati. Si pensi, ad esempio, al progetto iBorderCtrl (Intelligent Portable Control System), che ha l'obiettivo di consentire controlli di frontiera più celeri e accurati su cittadini extra-europei che vogliano fare ingresso sul territorio europeo. All'interno di tale sistema, si prevede l'utilizzo di dispositivi quali il Face Matching Tool (FMT), che esegue il riconoscimento facciale durante le fasi di pre-registrazione e di attraversamento delle frontiere, e l'Hidden Human Detection Tool (HHD), basato su un algoritmo che esegue, controlla e valuta l'intervista svolta prima della registrazione mettendo in sequenza una serie di domande poste ai viaggiatori da un avatar, al fine di misurare la probabilità di contenuto falso o ingannevole nelle interviste attraverso l'analisi dei micro gesti non verbali degli intervistati¹⁰.

¹⁰ Per un commento, J. SÁNCHEZ MONEDERO, L. DENCİK, *The politics of deceptive bor-*

3. *La proposta di Regolamento europeo in materia di intelligenza artificiale e la governance dell'immigrazione*

Anche alla luce di tali prospettive, occorre da ultimo richiamare la Proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale presentata dalla Commissione. Appare qui opportuno sottolineare come nella Proposta viene richiamato l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale nella gestione della migrazione, dell'asilo e del controllo delle frontiere. In particolare, si sottolinea la particolare condizione di vulnerabilità delle persone coinvolte dall'impiego di tali dispositivi, oltre al fatto che queste ultime «dipendono dall'esito delle azioni delle autorità pubbliche competenti». Su tali basi, la Proposta sottolinea la necessità di garantire particolarmente in questi ambiti “l'accuratezza, la natura non discriminatoria e la trasparenza” dei sistemi di IA, al fine di garantire “il rispetto dei diritti fondamentali delle persone interessate, in particolare il diritto alla libera circolazione, alla non discriminazione, alla protezione della vita privata e dei dati personali, alla protezione internazionale e alla buona amministrazione”.

Da ciò deriva la classificazione “ad alto rischio” di quei sistemi che consistano in «(...) poligrafi e strumenti analoghi per rilevare lo stato emotivo di una persona fisica; per valutare determinati rischi posti da persone fisiche che entrano nel territorio di uno Stato membro o che presentano domanda di visto o di asilo; per verificare l'autenticità dei documenti pertinenti delle persone fisiche; per assistere le autorità pubbliche competenti nell'esame delle domande di asilo, di visto e di permesso di soggiorno e delle relative denunce, con l'obiettivo di stabilire l'ammissibilità delle persone fisiche che richiedono uno status»¹¹.

Al netto dell'esigenza di chiarire il concreto ambito applicativo di tale formulazione, va rimarcato il fatto che l'utilizzo da parte delle autorità nazionali ed europee di tali dispositivi sarà condizionato, una volta approvata la proposta di regolamento, al rispetto di requisiti e garanzie predeterminati, da verificare attraverso una procedura di accertamento di conformità. Tra tali requisiti e salvaguardie è utile ricordare quanto previsto in materia di governance dei dati utilizzati per l'addestramento di modelli, rispetto alla quale si prevede la necessità di esaminare i set di dati di addestramento, convalida e prova al fine di

ders: 'biomarkers of deceit' and the case of iBorderCtrl, in *Information, Communication & Society*, 2020, pp. 1-18.

¹¹ Per un commento, P. MOLNAR, *The EU's AI Act and its Human Rights Impacts on people Crossing Borders*, in *Dot. Mig*, 2022.

individuare l'esistenza di «possibili distorsioni» ed «eventuali lacune o carenze di dati, e come tali lacune e carenze possano essere affrontate» (art. 10).

Rispetto all'applicazione nel contesto della governance dell'immigrazione, di particolare rilievo appaiono il requisito secondo cui «gli insiemi di dati per la formazione, la convalida e la verifica devono essere pertinenti, rappresentativi, privi di errori e completi» e devono avere le proprietà statistiche appropriate, «anche, se del caso, per quanto riguarda le persone o il gruppo di persone su cui il sistema di IA ad alto rischio è destinato a essere utilizzato» (articolo 10). Di particolare interesse risulta anche il riferimento al fatto che «i set di dati di addestramento, convalida e prova tengono conto, nella misura necessaria per la finalità prevista, delle caratteristiche o degli elementi particolari dello specifico contesto geografico, comportamentale o funzionale all'interno del quale il sistema di IA ad alto rischio è destinato a essere usato». Tali requisiti possono evidentemente assumere particolare rilevanza se applicati ai sistemi di IA nella gestione delle migrazioni e del controllo delle frontiere, richiedendone un adattamento – dal punto di vista tecnologico e normativo – all'esigenza di assicurare comunque l'effettivo rispetto di principi quali il divieto di *refoulement* e di espulsioni collettive, oltre che dei diritti dei migranti, quale quello di chiedere protezione.

4. *L'opportunità di una riflessione giuridica, comparata e multidisciplinare*

Questi brevi spunti evidenziano l'opportunità di una approfondita discussione giuridica, che si qualifichi nel senso della multidisciplinarietà e dell'utilizzo del metodo comparato, su questi temi. In particolare, una generale questione di partenza, oltre a quelle più puntuali che sono state evidenziate nel corso di questo breve contributo, può essere identificata nell'impatto che l'utilizzo di tecnologie "smart" può produrre sui modelli – nonché sulle prassi – di *governance* dei fenomeni migratori e sulla concreta configurazione delle garanzie nei confronti delle persone coinvolte. Ulteriori domande di ricerca, evidentemente integrabili e aperte a ulteriori dimensioni di analisi, possono essere individuate nella distinzione tra neutralità e politicizzazione delle tecnologie "smart borders"; nella valutazione dell'impatto delle caratteristiche intrinseche a tali tecnologie sulla governance delle migrazioni (errori, biases, rischi di discriminazione); nella selezione di modelli di disciplina sostenibili da un punto di vista giuridico, sociale e tecnologico; nella verifica del ruolo svolto dalle corti, in funzione di determinare l'esistenza di *standard* di garanzia minimi in tale ambito.

A REVOLUTIONARY SCHENGEN INFORMATION SYSTEM? FROM THE FIRST TO THE SECOND-SECOND GENERATION OF THE SIS

Francesca Tassinari*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The provision of refusal of entry alerts in the Schengen Information System. – 3. The second generation of the Schengen Information System. – 3.1. Another step toward enhanced security: The Spanish Initiative. – 3.2. Refusal of entry alerts in the second generation of the Schengen Information System. – 4. The second-second generation of the Schengen Information System. – 4.1. The revised SIS alert on the refusal of entry. – 4.2. The new SIS alert on the return of irregular migrants. – 4.3. The new SIS alerts for police and judicial cooperation in criminal matters. – 5. Conclusions.

1. *Introduction*

The Schengen Information System (SIS) is the ancestor of all European Union (EU) large-scale Information Technology (IT) systems¹. It was firstly envisaged in the Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985² (CISA) according to which the abolishment of controls among the borders of the contracting parties would hinder maintaining internal security. The system was obtained from the interconnection of existing national databases, resulting in a unique structure compared to the other large-scale IT systems: it works through the provision of alerts, that is, instructions that one State sends to the others to undertake specific ac-

* Ph.D. in juridical science from the University of Granada, and in European Union law and national legal orders from the University of Ferrara, francescatassinari92@gmail.com. This contribution is the result of personal thoughts of the author. Any opinion hereby expressed must be attributed to her, and not to the institution she is affiliated to (i.e., the European Commission).

¹ E. BROUWER, *Digital borders and real rights: effective remedies for third-country nationals in the Schengen Information System*, Leiden, 2008, S. KABERA KARANJA, *Transparency and proportionality in the Schengen Information System and border control co-operation*, Leiden, 2008, and M. COLVIN, *The Schengen information System: a human rights audit*, in *European Human Rights Law Review*, n. 3/2001, pp. 271-279.

² The Schengen acquis - Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany, and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders, OJ L 239, 22.9.2000, p. 19-62.

tions; in parallel, the Supplementary Information Request at the National Entries³ (SIRENE) Bureaux enable the exchange of additional information.

The SIS entered into operation in 1998, following its communitarisation into the EU's Justice and Home Affairs Area (JHA Area). From that moment on, it underwent two main revisions that, we claim, bring it closer to an instrument for the management of migration flows rather than a police cooperation tool. This chapter retraces the evolution of the SIS from its first to its second-second generation to highlight the significant stages that have progressively moved its nature from the criminal area to the prevention of and fight against irregular migrants.

2. *The provision of refusal of entry alerts in the Schengen Information System*

The SIS shifted from the intergovernmental to the communitarian framework in 1997 with the Treaty of Amsterdam⁴. The so-called “ventilation procedure” integrated the provisions of the CISA into both the Treaty on the European Community (TEC) and the Treaty on the European Union (TEU) in line with the Greek template imposed by the Treaty of Maastricht in 1992⁵. Originally, the majority of alerts on persons, objects, and vehicles related to the trans-border police and judicial cooperation in criminal matters⁶ (PJCCM). Consequently, the SIS predominantly fell under the EU roof where a Data Protection Framework Decision⁷ (DPFD) was adopted in 2008 only. Thus, the Council of Europe's Convention No 108⁸ and its Recommendation No R (87) 15⁹ were taken as the main points of reference to regu-

³ 2013/115/EU: Commission Implementing Decision of 26 February 2013 on the Sirene Manual and other implementing measures for the second generation Schengen Information System (SIS II) (notified under document C(2013) 1043), OJ L 71, 14.3.2013, p. 1-36.

⁴ Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts, OJ C 340, 10.11.1997, p. 1-144.

⁵ Treaty on European Union, OJ C 191, 29.7.1992, p. 1-112.

⁶ S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law. Volume II: EU Criminal Law*, Oxford, 2016.

⁷ Council Framework Decision 2008/977/JHA of 27 November 2008 on the protection of personal data processed in the framework of police and judicial cooperation in criminal matters, OJ L 350, 30.12.2008, p. 60-71.

⁸ Council of Europe, Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, ETS No 108, Strasbourg, 28.1.1981.

⁹ Council of Europe Committee of Ministers explanatory memorandum to Recommendation No. R (87) 15 of the Committee of Ministers to member states regulating the use of personal data in the police sector, 410th meeting of the Ministers' Deputies, Strasbourg, 17.09.1987.

late the protection of automatically processed personal data¹⁰. At that time, the SIS did not contain any biometric but alphanumeric data. Access to the system was granted to border guards, police, and custom authorities.

PJCCM aside, Article 96 of the CISA provided for the insertion of an alert to refuse the entry of third-country nationals based on each State's national law¹¹. Specifically, such an alert could be issued if the presence of a third-country national posed a threat to public policy or public security or national security, or if the migrant was subject to enforceable measures of deportation, refusal of entry, or removal. Hence, each Member State could regulate the access of other administrative authorities – e.g., visa authorities and immigration authorities – that were competent for the issuing of residence permits under their national law. The provision of a refusal of entry alert in a PJCCM system suggested that the SIS could become a multifunctional source of information¹², as we are demonstrating below.

3. *The second generation of the Schengen Information System*

The SIS needed to become more flexible in light of the big enlargement of 2004. Because of the discrepancies arisen within the Council of the EU on the choice of the correct legal bases underpinning its alerts, the new SIS regulation was proposed with a general reference to Article 66 of the 1997 TEC. According to this disposition: «The Council, acting in accordance with the procedure referred to in Article 67, shall take measures to ensure cooperation between the relevant departments of the administrations of the Member States in the areas covered by this Title, as well as between those departments and the Commission». The European Commission, instead, claimed that since the SIS had a “double nature” straddling the TEU and the TEC, an instrument based on Article 66 of the 1997 TEC could have not regulated the rules belonging to the JHA Area.

3.1. *Another step toward enhanced security: The Spanish Initiative*

While the negotiations on the second generation of the SIS were still ongo-

¹⁰ A. FIORDOVA, *Information Exchange and EU Law Enforcement*, London, 2018.

¹¹ S. FORLATI, *L'ingresso dei migranti irregolari nell'Unione europea – Fra controllo dell'immigrazione clandestina ed esigenze di protezione*, in V. MILITELLO and A. SPENA (eds.), *Il traffico di migranti – Diritti, tutele, criminalizzazione*, Turin, 2015, pp. 37-59.

¹² P. BOELES, M. DEN HEIJER, G. LODDER and K. WOUTERS, *European Migration Law*, Cambridge, 2014.

ing, the Spanish delegation proposed to use the SIS to combat terrorism. The initiative materialised in the Council Regulation (EC) No 871/2004¹³ that was proposed based on Articles 62, 63, and 66 of the 1997 TEC, while the Council Decision 2005/211/JHA¹⁴ was advanced based on Articles 30(1)(a) and (b), 31(a) and (b), and 34(2)(c) of the 1997 TEU¹⁵. Again, the legal service of the Council of the EU argued that Article 66 of the 1997 TEC should be the sole legal basis for regulating ex- first pillar fields since no substantive policy would be actually affected. As a result, the legal basis for the administrative cooperation was presented, in a manner of speaking, as a “neutral” one to keep the SIS anchored to the intergovernmental framework – i.e., qualified majority voting within the Council of the EU after consulting the European Parliament.

Among other amendments, these instruments expanded the number of authorities having access to the data entered in the SIS by including the judicial branches, Europol, Eurojust, the authorities responsible for examining visa applications and issuing visas, as well as authorities responsible for issuing residence permits and for the administration of immigration legislation. Consequently, the blurring of the lines between the provisions of the TEU and the TEC was promoted on a double track: the criminal and freedom sections overlapped with one another, confusing its purpose.

3.2. Refusal of entry alerts in the second generation of the Schengen Information System

In June 2005, the European Commission presented a new SIS II package made of: a decision¹⁶ for the development of the SIS II under the criminal law framework; a regulation¹⁷ for the use of the SIS II by administrative authorities,

¹³ Council Regulation (EC) No 871/2004 of 29 April 2004 concerning the introduction of some new functions for the Schengen Information System, including in the fight against terrorism, OJ L 162, 30.4.2004, p. 29-31.

¹⁴ Council Decision 2005/211/JHA of 24 February 2005 concerning the introduction of some new functions for the Schengen Information System, including in the fight against terrorism, OJ L 68, 15.3.2005, p. 44-48.

¹⁵ CJEU, Opinion of Advocate General Fennelly of 12 May 1998, n. C-170/96, EU:C:1998:219, and CJEU, Judgment of 20 May 2008, n. C-170/96, EU:C:2008:288.

¹⁶ Council Decision 2007/533/JHA of 12 June 2007 on the establishment, operation and use of the second generation Schengen Information System (SIS II), OJ L 205, 7.8.2007, p. 63-84.

¹⁷ Regulation (EC) No 1987/2006 of the European Parliament and of the Council of 20 December 2006 on the establishment, operation and use of the second generation Schengen Information System (SIS II), OJ L 381, 28.12.2006, p. 4-23.

and a regulation¹⁸ for the access to the alerts on stolen, misappropriated or lost vehicles by national authorities responsible for the registration of vehicles.

Even if the European Commission would have opted for grounding the latter on Articles 66 and 62(2)(a) of the 2002 TEC, Article 63(3)(b) of the 2002 TEC was added to highlight that the SIS alerts on the refusal of entry were not limited to the support checks on persons at the external borders, but also implemented the Community's policy on illegal immigration and illegal residence, including repatriation of illegal residents. This rationale was later on embraced by Directive 2008/115/EC¹⁹ laying down common standards and procedures in the Member States for returning illegally staying third-country nationals. It was the so-called Return Directive that formally linked the SIS alert on the refusal of entry to the EU policy on the prevention of, and fight against, irregular migrants.

The new legal framework introduced crucial changes to the SIS. First and foremost, the SIS II would store new types of data, including biometrics to perform one-to-one searches, and would enable the linkage of correlated alerts. Also, the SIS II was equipped with its own set of rules on the protection of personal data that, arguably, were found to be more flexible than those outlined in the CISA by the European Data Protection Supervisor²⁰ (EDPS) and the Article 29 Data Protection Working Party²¹.

¹⁸ Regulation (EC) No 1986/2006 of the European Parliament and of the Council of 20 December 2006 regarding access to the Second Generation Schengen Information System (SIS II) by the services in the Member States responsible for issuing vehicle registration certificates, OJ L 381, 28.12.2006, p. 1-3.

¹⁹ Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals, OJ L 348, 24.12.2008, p. 98-107, and T. FAJARDO DEL CASTILLO, *La directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 33/2009, pp. 453-499.

²⁰ Opinion of the European Data Protection Supervisor on the Proposal for a Council Decision on the establishment, operation and use of the Second Generation Schengen Information System (SIS II) (COM(2005)230 final); the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the establishment, operation and use of the Second Generation Schengen Information System (SIS II) (COM(2005)236 final), and the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council regarding access to the Second Generation Schengen Information System (SIS II) by the services in the Member States responsible for issuing vehicle registration certificates (COM(2005)237 final), OJ C 91, 19.4.2006, p. 38-56.

²¹ *Opinion of the European Data Protection Supervisor on the legislative proposals concern-*

Because of the technical difficulties encountered in the implementation of the second generation of the SIS, the SISone4all was provisionally implemented until 2008 when the European Commission's mandate was extended to enable the migration of the SIS 1+ to the SIS II. The SIS II could finally be set into motion on 9 April 2013²².

4. *The second-second generation of the Schengen Information System*

In 2016, the European Commission presented a new report²³ on the integration of the Automated Fingerprint Identification System²⁴ (AFIS) into the SIS II to enable one-to-many biometric searches. The report was accompanied by a new SIS II package that would include: Regulation 2018/1860²⁵ on the use of the SIS for the return of third-country nationals illegally staying in a Member State; Regulation 2018/1861²⁶ on the establishment, operation, and use of the SIS in the field of border checks, and Regulation 2018/1862²⁷

ing the Second Generation Schengen Information System (SIS II), No 14091/05, Brussels, 14 November 2005.

²² EUROPEAN COURT OF AUDITORS, *Lessons from the European Commission's development of the second-generation Schengen Information System (SIS II)*, Luxembourg, 2014.

²³ Report from the Commission to the European Parliament and the Council, The availability and readiness of technology to identify a person on the basis of fingerprints held in the second generation Schengen Information System (SIS II), 6720/16, Brussels, 2 March 2016, based on EU-LISA, *Report on the technical functioning of Central SIS II and the Communication Infrastructure, including the security thereof and the bilateral and multilateral exchange of supplementary information between Member States*, Tallin, 2015.

²⁴ L. BESLAY, J. GALBALLY, *Fingerprint identification technology for its implementation in the Schengen Information System II (SIS-II)*, Luxembourg, 2015.

²⁵ Regulation (EU) 2018/1860 of the European Parliament and of the Council of 28 November 2018 on the use of the Schengen Information System for the return of illegally staying third-country nationals, PE/34/2018/REV/1, OJ L 312, 7.12.2018, p. 1-13.

²⁶ Regulation (EU) 2018/1861 of the European Parliament and of the Council of 28 November 2018 on the establishment, operation, and use of the Schengen Information System (SIS) in the field of border checks, and amending the Convention implementing the Schengen Agreement, and amending and repealing Regulation (EC) No 1987/2006, PE/35/2018/REV/1, OJ L 312, 7.12.2018, p. 14-55.

²⁷ Regulation (EU) 2018/1862 of the European Parliament and of the Council of 28 November 2018 on the establishment, operation, and use of the Schengen Information System (SIS) in the field of police cooperation and judicial cooperation in criminal matters, amending

on the establishment, operation, and use of the SIS in the field of police and judicial cooperation in criminal matters.

The three Regulations introduced several major new features: first, SIS II alerts on irregular migrants who were subject to return decisions; second, the use of facial images for biometric identification, in addition to fingerprints as, in the future, AFIS is expected to be replaced by the Automated Biometric Identification System²⁸ (ABIS); third, the automatic transmission of information regarding a hit resulting from a check; fourth, the storing of hit information on the discreet, inquiry, and specific check alerts, and the creation of a new alert category of “wanted unknown persons” for which forensic data may exist in national databases.

4.1. *The revised SIS alert on the refusal of entry*

Regulation 2018/1861 is underpinned by Articles 77(2)(b) and (d) and 79(2)(c) of the TFEU and for the first time it imposes to issue a refusal of entry alert in case a third-country national is found to be irregularly staying in the territory of a Member States according to the Return Directive. Specifically, in light of the recast proposal for a Return Directive²⁹, entry ban alerts would be issued together with the return decision when the person leaves the territory of a Member State, as well as when the third-country national is found to be irregularly staying in the Member States’ territories. Moreover, Regulation 2018/1861 introduces a system of mandatory queries among Member States to prevent a person registered in the SIS II from being able to legally enter and stay in another Member State, when: first, a Member State wants to grant or extend a residence permit or long-stay visa to a third-

and repealing Council Decision 2007/533/JHA, and repealing Regulation (EC) No 1986/2006 of the European Parliament and of the Council and Commission Decision 2010/261/EU, PE/36/2018/REV/1, OJ L 312, 7.12.2018, p. 56 - 106.

²⁸ J. GALBALLY HERRERO, P. FERRARA, R. HARAKSIM, A. PSYLLOS, L. BESLAY, *Study on Face Identification Technology for its Implementation in the Schengen Information System*, Luxembourg, 2019, and A. ANGERS, D. MARIA KAGKLI, L. OLIVA, M. PETRILLO, B. RAFFAEL, *Study on DNA Profiling Technology for its Implementation in the Central Schengen Information System*, Publications Luxembourg, 2019.

²⁹ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals (recast) A contribution from the European Commission to the Leaders’ meeting in Salzburg on 19-20 September 2018, COM(2018) 634 final, Brussels, 12.9.2018.

country national who is subject of an alert in the SIS II of another Member States; second, a Member State wants to issue an SIS II alert prohibiting the entry and residence of a third-country national holding a valid residence permit or long-stay visa of another Member State.

4.2. *The new SIS alert on the return of irregular migrants*

Regulation 2018/1860 was adopted based on the EU policy on the prevention of, and fight against, irregular migration, namely Article 79(2)(c) of the TFEU. Regulation 2018/1860 obliges Member States to enter a new type of SIS II alert when issuing a return decision and to verify compliance with the return procedure established in the Return Directive. In this sense, refusal of entry alerts and return alerts are incompatible but complementary: the return alert shall be issued together with the return decision and, if an entry ban decision is issued, once the return has been executed the SIS II alert on return shall be turned into a SIS II alert on refusal of entry. To achieve its goals, Regulation 2018/1860 establishes a cooperation mechanism among competent authorities to identify third-country nationals subject to a return decision, who have absconded and have been apprehended in other Member States, for which supplementary information can be exchanged via the SIRENE Bureaux.

The authorities that have access to the SIS II to enter, update, delete, and search return alerts are those competent to issue and enforce a return decision following the Return Directive. In addition, return alerts can be accessed by the following national authorities: those competent for the identification of third-country nationals according to Regulation 2018/1861; those competent for naturalisation; national judicial authorities, including those responsible for the initiation of public prosecutions in criminal proceedings and for judicial inquiries before charging an individual; Europol for the prevention and combating of migrant smuggling and irregular migration, and the European Border and Coast Guard Agency's teams to carry out border checks, border surveillance, and return operations.

4.3. *The new SIS alerts for police and judicial cooperation in criminal matters*

Regulation 2018/1862 is based on Articles 82(1)(d), second subparagraph, 85(1), 87(2)(a), and 88(2)(a) of the TFEU. Regulation 2018/1862 inserts new categories of alerts to prevent missing persons, children at risk, and

vulnerable persons from travelling; on “unknown wanted persons” regarding terrorism-related activities, and for inquiry checks to contrast terrorism and serious crimes. In the case of missing persons, which is especially relevant for children at risk of parental abduction, becoming victims of trafficking, or being enlisted in armed groups, Article 42(3) of Regulation 2018/1862 includes the possibility to collect DNA profiles after the execution of a data quality check. Moreover, it is expected that so-called “preventive alerts” regulated under Article 32 Regulation 2018/1862 will facilitate the detection of unauthorised secondary movements of unaccompanied foreign minors within the free-movement area. Conversely, the possibility of inserting new alerts for the European investigation order was rejected during the negotiations of Regulation 2018/1862, and Europol has not been allowed to enter SIS alerts directly as it was proposed³⁰ by the European Commission in December 2020. SIS alerts will only be entered by the Member States or, in very strict circumstances, following a request made by Europol after assessing the reliability of the source of the information and the absence of any previous SIS alert on the individual³¹.

5. *Conclusions*

The first generation of the SIS, that was firstly implemented in 1998, has been amended twice following its integration into the EU’s founding Treaties. Although the SIS was originally executed to supply the security gaps caused by the suppression of checks at the States’ borders, it has progressively expanded its purpose to support the EU’s policies related to the management of migration flows. The insertion of return alerts into the SIS II is a rather significant change in the light of the nature of the system as it shifts from the criminal area to the prevention of and fight against irregular migration. All in all, the 2018 reform significantly expands the alerts that will be

³⁰ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) 2016/794, as regards Europol’s cooperation with private parties, the processing of personal data by Europol in support of criminal investigations, and Europol’s role on research and innovation, COM(2020) 796 final, Brussels, 9.12.2020.

³¹ Regulation (EU) 2022/1190 of the European Parliament and of the Council of 6 July 2022 amending Regulation (EU) 2018/1862 as regards the entry of information alerts into the Schengen Information System (SIS) on third-country nationals in the interest of the Union, PE/16/2022/REV/1, OJ L 185, 12.7.2022, p. 1–9.

stored in the SIS II for administrative purposes by covering all cases of return, with or without an entry ban alert, including those where the migrant is leaving through the EU's external borders. As a way of conclusion, we cannot avoid mentioning how this shift ultimately facilitates the implementation of the framework on the interoperability between large-scale IT systems³², as we have analysed elsewhere in this blog³³.

³² E. BROUWER, *Large-Scale Databases and Interoperability in Migration and Border Policies: The Non-Discriminatory Approach of Data Protection*, in *European Public Law*, n. 1/2020, pp. 71-92, N. VAVOULA, *Interoperability of EU Information Systems: The Deathblow to the Right to Privacy and Personal Data Protection of Third Country Nationals?*, in *European Public Law*, n. 1/2020, pp. 131- 156, and P. HANKE, D. VITIELLO, *High-Tech Migration Control in the EU and Beyond: The Legal Challenges of "Enhanced Interoperability"*, in E. CARPANELLI and N. LAZZERINI (eds.), *Use and Misuse of New Technologies. Contemporary Challenges in International and European Law*, Switzerland, 2019.

³³ F. TASSINARI, *The Management of Migrants' Identities at the EU External Borders: Quo vadis Interoperability?*, in *ADiM Blog, Analyses & Opinions*, November 2021.

LA SITUAZIONE DEI MIGRANTI
AI CONFINI CON LA BIELORUSSIA:
LE RICHIESTE DI ADOZIONE DI MISURE PROVVISORIE
AL VAGLIO DELLA CORTE DI STRASBURGO

Cristina Milano*

SOMMARIO: 1. Introduzione e contesto di riferimento. – 2. L'adozione di misure provvisorie da parte della Corte di Strasburgo: profili generali. – 3. La risposta della Corte europea dei diritti dell'uomo alla crisi migratoria ai confini con la Bielorussia. – 4. L'ambiguo comportamento del governo polacco e le possibili violazioni dei diritti umani. – 5. Efficacia delle misure interinali adottate dalla Corte: alcune considerazioni finali.

1. *Introduzione e contesto di riferimento*

Con il comunicato stampa del 6 dicembre 2021¹, la Cancelleria della Corte europea dei diritti dell'uomo ha annunciato che tra il 20 agosto e il 3 dicembre 2021 sono state presentate dinanzi ai giudici di Strasburgo complessivamente quarantasette richieste di adozione di misure provvisorie da parte di centonovantotto ricorrenti, tutti migranti interessati dalla crisi che si sta consumando ai confini con la Bielorussia. Il comunicato ha, inoltre, precisato che ben quarantaquattro di queste istanze sono state avanzate nei confronti della Polonia, due richieste nei confronti della Lettonia e una sola nei confronti della Lituania. Tuttavia, alla data del 3 dicembre 2021, risultavano ancora in vigore soltanto le misure provvisorie adottate dalla Corte nei confronti della Polonia.

Tali misure interinali si configurano come strumenti di natura cautelare di particolare rilevanza in considerazione degli avvenimenti che si stanno verificando ormai da mesi alle frontiere tra alcuni Stati parte del Consiglio d'Europa (nonché dell'UE) e la Bielorussia, avvenimenti ora passati in secondo piano rispetto alle vicende riguardanti l'arrivo di milioni di profughi

* Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi della Tuscia.

¹ Corte EDU, Comunicato stampa del 6 dicembre 2021, *Requests for interim measures concerning the situation at the borders with Belarus*, ECHR 372 (2021).

in fuga dall'Ucraina. Al confine con la Bielorussia, infatti, migliaia di migranti e rifugiati, soprattutto di origine asiatica o mediorientale, dopo essere stati accolti dal governo di Minsk, sono stati successivamente spinti dalle autorità facenti capo al regime di Lukashenko a spostarsi verso i confini con la Polonia, la Lettonia e la Lituania². Conseguentemente, centinaia di migliaia di persone si trovano attualmente bloccate alle frontiere di questi Paesi in condizioni precarie, aggravate dal conflitto che ha travolto l'Ucraina.

In questo contesto, appare fortemente critica la condotta assunta dal governo polacco, il quale continua a mostrarsi reticente a prestare a questi profughi l'aiuto e il sostegno di cui necessitano, impiegando, al contrario, svariati mezzi – si pensi, ad esempio, all'uso di cannoni ad acqua e di gas lacrimogeni – per impedirne l'ingresso nel proprio territorio³. In sintesi, la Polonia adotta una politica di accesso selettivo all'asilo, che si pone in netto contrasto con la posizione assunta, invece, dal medesimo Paese in riferimento alla gestione dell'emergenza relativa ai profughi ucraini⁴, considerando altresì che più della metà delle persone che scappano dall'Ucraina scelgono di trovare rifugio proprio in territorio polacco.

Inoltre, di recente, l'Unione ha accusato il regime bielorusso di voler strumentalizzare la situazione dei migranti per meri motivi geopolitici, specificamente allo scopo di indurre l'UE a rimuovere le sanzioni adottate nei confronti del governo di Lukashenko⁵. A tal riguardo, la Commissione europea nel dicembre 2021 aveva avanzato al Consiglio la proposta⁶ di utilizzare

² P. HASKI, *La crisi alla frontiera polacca può diventare una trappola per l'Europa*, in *Internazionale*, 10 novembre 2021.

³ Cfr. A. RASI, *La reazione della Polonia alla condotta bielorusa: il rimedio peggio del male?*, in *SIDI blog*, 30 dicembre 2021.

⁴ Cfr. C. CARABONI, *La Polonia accoglie i rifugiati ucraini, ma respinge tutti gli altri*, in *Lifegate*, 21 marzo 2022.

⁵ Cfr. S. SCARANO, *La strumentalizzazione dei migranti nella diplomazia internazionale: il caso bielorusso*, in *MI Post: Division of Mondo Internazionale APS*, 4 dicembre 2021. Sulla strumentalizzazione dei migranti, interessanti spunti di riflessione sono stati altresì offerti da S. MARINAI, *L'Unione europea risponde alla strumentalizzazione dei migranti: ma a quale prezzo?*, in *ADiM Blog*, Editoriale, dicembre 2021; in relazione all'analisi "tassonomica" di una risposta efficace alla strumentalizzazione dei migranti, si veda anche A. FAKHRI ET AL., *Migration instrumentalization: A taxonomy for an efficient response*, Hybrid CoE Working Paper 14, marzo 2022.

⁶ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di decisione del Consiglio relativa a misure temporanee di emergenza a beneficio di Lettonia, Lituania e Polonia*, (COM (2021) 752 final), 1° dicembre 2021.

il ricorso a misure temporanee di emergenza, basate sull'art. 78, par. 3, del TFUE⁷, al fine di sostenere gli Stati membri maggiormente colpiti dalle crisi migratoria in atto ai confini con la Bielorussia, quali Polonia, Lettonia e Lituania.

Per descrivere le vicende in esame sono state altresì utilizzate numerose e differenti espressioni, come “minaccia ibrida” (termine usato dalla Commissione nella proposta sopra indicata) o, ancora, “operazioni ibride”. Quest'ultima nozione è stata, nello specifico, menzionata in una dichiarazione congiunta⁸ rilasciata in data 11 novembre 2021 da Albania, Estonia, Francia, Irlanda, Norvegia, Regno Unito e Stati Uniti, a margine di una riunione del Consiglio di Sicurezza dell'ONU⁹.

2. *L'adozione di misure provvisorie da parte della Corte di Strasburgo: profili generali*

Orbene, al fine di far fronte alle gravi violazioni dei diritti umani fondamentali – nonché del principio di *non refoulement* – che continuano a interessare i migranti ai confini con la Bielorussia, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto opportuno rispondere con l'adozione di *interim measures* previste dall'art. 39 del suo Regolamento¹⁰. Trattasi di misure provvisorie d'urgenza che possono essere adottate dalla Corte su base eccezionale nell'ambito di procedimenti pendenti dinanzi ad essa, nei casi in cui «the applicants would otherwise face a real risk of serious and irreversible harm»¹¹.

⁷ «Qualora uno o più Stati membri debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati. Esso delibera previa consultazione del Parlamento europeo».

⁸ Albania, Estonia, Francia, Irlanda, Norvegia, Regno Unito e Stati Uniti, *Joint Statement on the Belarusian Authorities' Activities with Regard to the Instrumentalization of Migrants*, 11 novembre 2021.

⁹ Sulla questione relativa all'incerto concetto di “*hybrid attack*”, si veda più approfonditamente M. STARITA, “*Hybrid attack*”: un concetto dalle ricadute giuridiche incerte. Considerazioni a margine della crisi umanitaria alla frontiera bielorosso-polacca, in *ADiM Blog*, Editoriale, dicembre 2021.

¹⁰ Corte EDU, Cancelleria, *Rules of the Court*, Strasburgo, 3 ottobre 2022.

¹¹ Cfr. Corte EDU, Unità Stampa, *Interim Measures*, Scheda informativa, dicembre 2022.

La *ratio* di siffatti provvedimenti si desume chiaramente dalla lettura testuale del citato art. 39 del Regolamento, il quale stabilisce che la Corte è chiamata a indicare alle parti «any interim measure which they consider should be adopted in the interests of the parties or of the proper conduct of the proceedings». Di conseguenza, qualora venga ravvisata da parte dei giudici europei l'esistenza di un rischio effettivo che il ricorrente possa subire un danno irreparabile, particolarmente grave e imminente, in sede cautelare la Corte indicherà allo Stato convenuto le misure necessarie che le autorità nazionali saranno tenute ad adottare in via provvisoria. I provvedimenti in esame sono, quindi, volti a evitare il configurarsi di una situazione pregiudizievole per il ricorrente. Tuttavia, siffatte misure non possono in alcun modo condizionare l'esito della successiva decisione, sia sull'ammissibilità che sul merito¹².

Risulta altresì opportuno evidenziare che non tutti i diritti sanciti dalla Convenzione EDU si prestano a essere oggetto della tutela cautelare. Invero, proprio in virtù del pericolo imminente e del danno irreversibile che il ricorrente potrebbe subire, le situazioni in cui più di frequente i giudici di Strasburgo hanno concesso tali misure provvisorie riguardano prevalentemente richieste di sospensione di provvedimenti di espulsione o di estradizione, ipotesi in cui il ricorrente avrebbe potuto essere vittima di una eventuale violazione del diritto alla vita, tutelato all'art. 2 CEDU, o, ancora, casi in cui il ricorrente avrebbe corso il rischio di essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti, in violazione dell'art. 3 CEDU¹³.

3. *La risposta della Corte europea dei diritti dell'uomo alla crisi migratoria ai confini con la Bielorussia*

Secondo quanto riportato nel comunicato stampa in commento, la Corte di Strasburgo ha ritenuto opportuno indicare alla Polonia e alla Lettonia di mettere a disposizione dei ricorrenti cibo, acqua, vestiti, cure mediche adeguate nonché alloggi appropriati alla permanenza degli stessi per un periodo di tempo limitato¹⁴.

¹² Cfr. M. AVERSANO, *Tutela d'urgenza e ambito di intervento della Corte*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2019.

¹³ Per approfondimenti, si veda anche M. AVERSANO, *Tutela d'urgenza e ambito di intervento della Corte*, cit.

¹⁴ A tal proposito, si vedano anche Corte EDU, Comunicato stampa del 25 agosto 2021,

Allo stesso tempo, la Corte ha altresì ribadito che l'adozione delle suddette misure non deve essere intesa come una richiesta agli Stati destinatari di consentire ai ricorrenti di far ingresso nei rispettivi territori. Invero, i giudici di Strasburgo hanno osservato che le decisioni relative all'adozione di misure provvisorie devono necessariamente tenere in considerazione il principio che tutti gli Stati parte della Convenzione sono liberi – in base non solo a norme sancite da strumenti internazionali di natura convenzionale, bensì anche con riferimento al diritto internazionale generale – di ammettere o meno stranieri sul proprio territorio, di disciplinarne le modalità di soggiorno nonché l'allontanamento, salvo ovviamente il rispetto degli obblighi relativi alla tutela dei diritti umani, con particolare riferimento al divieto di *refoulement*.

In aggiunta, il *press release* in esame rileva che nella maggior parte dei casi di richieste di adozione di misure interinali – in cui i ricorrenti sostenevano di trovarsi in territorio polacco, chiedendo di non essere «pushed back» in Bielorussia – i giudici di Strasburgo hanno scelto di applicare le misure di cui all'art. 39 «for a set period of time», stabilendo che in tale lasso temporale il governo della Polonia non dovesse allontanare gli istanti effettivamente presenti in territorio polacco, in assenza di garanzie di sicurezza adeguate.

Nondimeno, in alcuni casi, secondo quanto minuziosamente riportato all'interno del comunicato stampa, la Corte ha invece ritenuto opportuno specificare che le misure d'urgenza intraprese dovessero restare in vigore «until further notice».

In particolare, in relazione al ricorso *R.A. and Others v. Poland*¹⁵ – presentato da trentadue cittadini afgani bloccati al confine tra Polonia e Bielorussia – la misura provvisoria inizialmente adottata dalla Corte è stata in seguito integrata con l'indicazione alla Polonia di non espellere i richiedenti fino a nuovo avviso. Per quanto riguarda, invece, le restanti richieste, il comunicato precisa che, dopo la fissazione di un determinato periodo di tempo per la durata delle misure cautelari, queste ultime sono state in seguito prorogate da parte dei giudici di Strasburgo sino a nuova comunicazione.

Tuttavia, nel comunicato stampa viene altresì precisato che tutte le misure provvisorie adottate nei confronti della Lituania e della Lettonia, nonché alcune misure cautelari riguardanti ricorsi proposti contro la Polonia, sono

H.M.M. and Others v. Latvia ric. n. 42165/21 e *R.A. and Others v. Poland*, ric. n. 42120/21, ECHR 244 (2021); Corte EDU, Comunicato stampa del 28 settembre 2021, *R.A. and Others v. Poland*, ric. n. 42120/21, ECHR 283 (2021).

¹⁵ Corte EDU, Comunicato stampa del 28 settembre 2021, *R.A. and Others v. Poland*, cit.

state successivamente revocate. A titolo esemplificativo, viene indicato che nell'ambito del ricorso n. 42165/21, avanzato contro la Lettonia¹⁶, la Corte ha deciso di revocare le misure provvisorie adottate, in quanto alcuni dei richiedenti erano stati accolti dal governo lettone per motivi di carattere umanitario, mentre i restanti richiedenti non sembravano più trovarsi all'interno o in prossimità della zona di confine.

Infine, con riferimento a ricorsi presentati contro la Polonia, il comunicato conclude sottolineando come, nelle ipotesi di provvedimenti provvisori revocati o comunque non prorogati, la Corte sia giunta a tale decisione in quanto i rappresentanti legali dei richiedenti o avevano perso i contatti con i ricorrenti stessi o non avevano risposto alla corrispondenza proveniente da Strasburgo, o, infine, perché gli istanti avevano deciso di lasciare definitivamente il territorio polacco.

4. *L'ambiguo comportamento del governo polacco e le possibili violazioni dei diritti umani*

Dalle vicende sopra esaminate emerge che le misure provvisorie d'urgenza rappresentano uno strumento adoperato dalla Corte EDU allo scopo di tutelare i diritti fondamentali del ricorrente nel momento in cui questi siano gravemente minacciati da determinati comportamenti posti in essere dallo Stato convenuto, in pendenza – o in vista – di un procedimento giudiziale dinanzi al giudice di Strasburgo deputato ad accertare in concreto l'effettiva sussistenza di una o più violazioni dei diritti sanciti dalla Convenzione EDU.

Ebbene, con riferimento agli avvenimenti in commento, risulta interessante notare come la Corte abbia ritenuto di dover adottare la maggior parte dei provvedimenti provvisori appena descritti a carico della Polonia. Pertanto, qualora la Corte, nell'ambito di procedimenti pendenti innanzi ad essa, dovesse accertare in concreto l'esistenza di determinati comportamenti posti in essere dal governo polacco nei confronti di talune categorie di migranti – quali, ad esempio, il loro respingimento in Bielorussia senza alcuna garanzia di sicurezza, o, ancora, l'utilizzo ingiustificato dei gas lacrimogeni e dei cannoni ad acqua previamente menzionati – la Polonia potrebbe essere considerata responsabile di violazioni rilevanti dei diritti garantiti dalla Convenzio-

¹⁶ Corte EDU, Comunicato stampa del 15 settembre 2021, *H.M.M. and Others v. Latvia*, ric. n. 42165/21, ECHR 273 (2021).

ne. In particolare, occorre sottolineare che il respingimento verso la Bielorussia dei migranti che intendono presentare richiesta di protezione internazionale nel paese potrebbe costituire una violazione manifesta del divieto di espulsioni collettive, sancito dall'art. 4 del Protocollo addizionale n. 4 alla Convenzione EDU, nonché una violazione del principio di *non-refoulement*.

Di fatto, a prescindere dall'ipotesi in cui i migranti abbiano varcato o meno il confine con la Polonia, è compito delle autorità locali esaminare sempre – seguendo scrupolosamente una procedura conforme alle norme internazionali, europee e nazionali vigenti in materia – la situazione individuale di ogni singolo richiedente e non allontanare queste persone dal territorio polacco, spingendole verso paesi in cui vi sia il rischio concreto e imminente che possano subire una violazione dei loro diritti¹⁷.

5. *Efficacia delle misure interinali adottate dalla Corte: alcune considerazioni finali*

Quanto riportato sinora consente di avanzare altresì alcune riflessioni conclusive circa la reale portata ed efficacia dei provvedimenti interinali adottati dalla Corte *ex art.* 39 del Regolamento.

Una preliminare considerazione va svolta in merito alla durata delle *interim measures*. Infatti, come in precedenza affermato, in molti casi la Corte ha stabilito che siffatte misure dovessero rimanere in vigore fino a nuovo avviso. Pertanto, l'indicazione di tali misure *sine die* comporta una sostanziale incertezza circa i termini di durata dei provvedimenti in esame. In aggiunta, nella fattispecie in questione, tale indeterminatezza ha permesso addirittura alla Corte di revocare in un lasso temporale molto ridotto le misure d'urgenza in precedenza adottate.

Proprio per tali ragioni, la Corte è stata invitata dallo *Steering Committee for Human Rights* (CDDH) a fissare preventivamente un termine di durata massima delle misure provvisorie¹⁸. Di fatto, misure provvisorie *sine die* potrebbero non essere coerenti con eventuali provvedimenti già adottati dalle autorità nazionali dei singoli Paesi parte del Consiglio d'Europa, oltre che determinare conflitti con il diritto nazionale degli stessi. Ad esempio, siffatte

¹⁷ Cfr. M. GÓRCZYŃSKA, *Legal Analysis of the Situation on the Polish-Belarusian Border*, in *Helsinki Foundation of Human Rights*, 9 settembre 2021.

¹⁸ STEERING COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS (CDDH), Consiglio d'Europa, *Report on Interim Measures under Rule 39 of the Rules of Court*, 22 marzo 2013.

misure interinali rischiano di produrre conseguenze non di poco conto negli ordinamenti interni, soprattutto qualora la loro adozione avvenga per fattispecie che comportino il coinvolgimento di altri diritti fondamentali ugualmente meritevoli di tutela (si pensi, a titolo esemplificativo alla libertà personale o di circolazione delle persone); di qui l'esigenza sempre più avvertita che tali provvedimenti siano caratterizzati da termini di durata quanto più possibili certi¹⁹.

In secondo luogo, occorre sottolineare che, nonostante l'indicazione di dette misure – le quali, una volta comminate, devono essere obbligatoriamente applicate dallo Stato convenuto²⁰ – la situazione dei migranti ai confini con la Bielorussia sembrerebbe di giorno in giorno soggetta ad ulteriore deterioramento, in quanto la Polonia ha deliberatamente manifestato l'intenzione di ignorare le prescrizioni della Corte. A tale riguardo, il governo polacco ha ribadito²¹ l'impossibilità di dare applicazione alle misure stabilite, adducendo come giustificazione la circostanza che i migranti non si trovasse- ro più all'interno del proprio territorio, bensì in Bielorussia. Una difesa che appare debole, considerato che le argomentazioni addotte dalla parte polacca per “liberarsi” dall'obbligo di dare esecuzione ai provvedimenti in questione stridono con quanto affermato, invece, dalla giurisprudenza della Corte europea. Infatti, il giudice di Strasburgo ha, in più occasioni, sancito che il mancato rispetto delle *interim measures* da parte del governo convenuto costituisce un'automatica violazione degli obblighi che il medesimo è chiamato ad adempiere ai sensi dell'art. 34 della Convenzione²². Nonostante tale orientamento, la prassi più recente denoterebbe al contrario una tendenziale reticenza degli Stati parti della CEDU²³ a dare efficace esecuzione alle misure d'urgenza indicate dalla Corte²⁴. Appare altresì interessante sottolineare che,

¹⁹ M. AVERSANO, *Tutela d'urgenza e ambito di intervento della Corte*, cit.

²⁰ Corte EDU, *Practice Directions: Requests for Interim measures*.

²¹ Cfr. M. GÓRCZYŃSKA, *Legal Analysis of the Situation on the Polish-Belarusian Border*, cit.

²² A solo titolo esemplificativo, si veda Corte EDU, sentenza del 8 luglio 2021, *D.A. and Others v. Poland*, ric. n. 51246/17.

²³ Cfr. Y. HAECK, C. BURBANO HERRERA e K. ZWAAK, *Strasbourg's Interim Measures Under Fire: Does the Rising Number of State Incompliances with Interim Measures Pose a Threat to the European Court of Human Rights?*, in *European Yearbook on Human Rights*, Vol.11, 2011.

²⁴ Si veda, *ex multis*, D. VITIELLO, *Espulsione di stranieri, assicurazioni diplomatiche e obbligo di non-refoulement: riflessioni a margine del Caso Trabelsi*, in *L'effettività dei diritti alla*

mentre la Corte EDU riporta periodicamente precise statistiche²⁵ riguardanti il numero di richieste di adozione di misure provvisorie presentate nonché il numero di provvedimenti interinali effettivamente concessi, al momento non risulta reperibile nessun dato in merito alle misure provvisorie di fatto indicate dai giudici europei, ma in concreto mai eseguite dagli Stati convenuti. Invero, conoscere «the compliance rate with these interim measures is important because the Court can only effectively impact the ongoing situation if states comply with such measures immediately²⁶». A tal riguardo, si potrà affermare che le misure provvisorie in questione avranno raggiunto a pieno l'obiettivo sul quale si erano focalizzate – ossia quello di assicurare in via cautelare una tutela effettiva dei diritti garantiti all'individuo dalla Convenzione EDU – soltanto nel momento in cui esse saranno considerate realmente vincolanti (e non solo dichiarate come tali dai giudici di Strasburgo), nonché regolarmente applicate da tutti gli Stati parti del Consiglio d'Europa.

In definitiva, il presente contributo intende evidenziare che, nonostante le suddette misure provvisorie senza dubbio costituiscano uno strumento utile a garantire – non soltanto da un punto di vista meramente processuale – la sicurezza dei ricorrenti, nella fattispecie esaminata esse non si sono rivelate particolarmente efficaci. Da un lato, infatti, la maggior parte di tali provvedimenti è stata revocata dopo soli pochi mesi; dall'altro lato, lo Stato (la Polonia) maggiormente travolto dalla crisi e dalle vicende sottoposte all'attenzione della Corte ha espresso il chiaro intento di non volerne assicurare l'attuazione.

Per concludere, bisognerà attendere le pronunce che sui singoli ricorsi verranno adottate dalla Corte di Strasburgo, alla quale pertanto è devoluto il compito di verificare l'effettiva sussistenza da parte degli Stati convenuti di violazioni ai diritti fondamentali dei migranti riversati al confine tra Bielorussia, Polonia, Lettonia e Lituania, costantemente in cerca di riparo, di protezione nonché di una vita dignitosa.

luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, Università degli Studi di Perugia, 3 novembre 2010; V. P. TZEVELEKOS, *On the value of interim measures by the ECtHR on Inter-State disputes*, in *Strasbourg Observers*, 3 febbraio 2021; con riferimento alle *interim measures* adottate dalla Corte Edu in merito al conflitto del Nagorno Karabakh, K. ISTREFI e A. BUYSE, *Strasbourg Court issues interim measures against Turkey regarding the Nagorno-Karabakh conflict*, in *ECHR Blog*, 7 ottobre 2020.

²⁵ Corte EDU, *Statistics*.

²⁶ Cfr. K. DZEHTSIAROU, V.P. TZEVELEKOS, *Interim Measures: Are Some Opportunities Worth Missing?*, in *European Convention on Human Rights Law Review*, Vol.2, Issue 1, 2021.

LA GESTIONE DEI CONFINI NAZIONALI ED EUROPEI
NELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU:
COSTANTI E VARIABILI DI UN APPROCCIO ONDIVAGO

Simone Penasa*

SOMMARIO: 1. Il divieto di espulsioni collettive tra difesa “dei” confini e protezione “attraverso” i confini. – 2. Lo “schema” N.D. e N.T.: una razionalizzazione possibile? – 3. Le dinamiche attuative del divieto di espulsioni collettive: alla ricerca di un equilibrio “sostenibile” tra costanti e variabili. – 4. Una “deriva” inarrestabile? In attesa dei prossimi sviluppi giurisprudenziali.

1. *Il divieto di espulsioni collettive tra difesa “dei” confini e protezione “attraverso” i confini*

Uno spazio fisico e giuridico all’interno del quale è possibile misurare in modo decisivo il livello di effettività delle politiche migratorie nazionali ed europee, così come delle garanzie giuridiche che le autorità statali sono chiamate ad assicurare nei confronti delle persone migranti, è rappresentato indiscutibilmente dai confini statali.

Tale dinamica può essere efficacemente analizzata attraverso la lente del territorio e dei suoi confini, intesi quale limite invalicabile di esercizio della sovranità nazionale in funzione difensiva (concezione securitaria-comunitarista: protezione “dei” confini) ma anche quale spazio di accesso potenziale a forme di rifugio (concezione umanitaria-cosmopolita: protezione “attraverso” i confini¹). In una prospettiva costituzionalmente orientata, tali due dimensioni non devono porsi in un rapporto di esclusività, ma piuttosto di integrazione: se il paradigma, quindi, non può non essere quello della coesistenza di tali funzioni, il parametro di valutazione è rappresentato dalla sostenibilità costituzionale delle scelte politiche operate.

Di fronte a una effettiva o solo proclamata “emergenza” immigrazione, gli Stati tendono a privilegiare la funzione difensiva dei confini, secondo un’ottica statalista per cui il confine risulta funzionale a minimizzare i propri

* Professore associato in Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Trento.

¹ K. F. GÄRDITZ, *Territoriality, Democracy, and Borders: A Retrospective on the “Refugee Crisis”*, in *German Law Journal*, 17, 6, 2016, pp. 907-922.

obblighi relativi alla protezione dei diritti umani. Tale obiettivo, come dimostrano paradigmaticamente alcuni ordinamenti (si pensi all'idea di confine "mobile" che caratterizza il confine spagnolo-marocchino a Ceuta e Melilla²; o di confine "fortificato", come nel caso ungherese, mediante l'edificazione di zone di transito chiuse in cui i richiedenti asilo vengono trattiene durante l'espletamento della procedura asilo), può essere praticato attraverso politiche incentrate sulla disponibilità o malleabilità dei confini, sui quali si interviene al fine di ridurne la funzione "umanitaria"³.

2. Lo "schema" N.D. e N.T.: una razionalizzazione possibile?

A fronte di tali politiche statali, le quali pongono sotto stress principi fondamentali quali quello di *non refoulement* e divieti quali quello di trattamenti inumani e degradanti, così come il diritto di manifestare la volontà di richiedere protezione internazionale, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte Edu) è ormai sistematicamente chiamata a valutarne la compatibilità con gli standard convenzionali. Le brevi note che seguono hanno il limitato obiettivo di tentare di "mettere ordine" nelle argomentazioni che la Corte Edu ha utilizzato in alcune tra le decisioni più recenti, selezionando l'ambito di indagine all'attivazione dell'articolo 4, Protocollo 4, che come noto sancisce il divieto di espulsioni collettive di stranieri.

A partire dal noto *leading case* N.D. e N.T. c. Spagna, Grande Camera⁴, la Corte Edu ha identificato una serie di ipotesi, essenzialmente connesse alla condotta della persona sottoposta a espulsione, nelle quali si configura un'eccezione alla regola generale per la quale è "collettiva" un'espulsione che sia stata eseguita in assenza di «*a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of the group*» (§ 195). Nella sentenza citata, la Corte ha sviluppato una griglia di valutazione, all'interno della quale la condotta del migrante assume un rilievo maggiore – e decisivo, al fine di

² A. CIERVO, *Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione europea tra "sistema hotspot" e Brexit*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2016, pp. 79-85.

³ M. PAZ, *The Law of Walls*, in *European Journal of International Law*, 28, no. 2/2017, p. 601-624.

⁴ Per un commento, G. SANTOMAURO, *La controversa decisione della Corte Edu nel caso N.D. e N.T. c. Spagna sul divieto di espulsioni collettive: il diritto di avere diritti a rischio per i richiedenti asilo?*, in *ADiM Blog*, marzo 2020; A. BUFALINI, *Ancora a margine del caso N.D. & N.T. c. Spagna: la retorica dell'invasione si fa largo a Strasburgo?*, in *ADiM Blog*, luglio 2020.

determinare l'assenza di una responsabilità in capo allo Stato convenuto – rispetto alle prassi concretamente adottate da quest'ultimo nei casi aventi ad oggetto il divieto di espulsioni collettive. Pur se qualificato come eccezione al divieto ex art. 4, Prot. 4, CEDU, l'approccio della Corte sembra rivelarsi punitivo rispetto alle persone migranti che: a) abbiano attraversato una frontiera statale in modo illegale; b) si siano deliberatamente avvantaggiate dell'ampio numero di persone assieme alle quali hanno approcciato tale confine; c) abbiano agito, alla luce delle ipotesi precedenti, in modo da provocare «*a clearly disruptive situation which was difficult to control and endangered public safety*»; d) alla luce delle circostanze concrete del caso, abbiano avuto a disposizione un «*genuine and effective access to means of legal entry, in particular border procedures*» e non ne abbiano usufruito; e) non siano state spinte a tale condotta dall'esistenza di «*cogent reasons*», che risultino causate da «*objective facts for which the respondent State was responsible*», che abbiano impedito al migrante di accedere alle misure legali di ingresso garantite dal diritto e dalle autorità nazionali⁵.

A fronte di tale quadro, si avverte l'esigenza – senza alcuna pretesa di originalità – di operare una razionalizzazione delle costanti e delle variabili che emergono dalla più recente giurisprudenza della Corte Edu in materia.

3. *Le dinamiche attuative del divieto di espulsioni collettive: alla ricerca di un equilibrio "sostenibile" tra costanti e variabili*

Ciò che rappresenta una costante all'interno di tale giurisprudenza⁶ è la determinazione della giurisdizione degli Stati ai fini dell'applicazione delle garanzie convenzionali, da un lato, e del concetto di espulsione, ai sensi dell'art. 4, Prot. 4, CEDU, dall'altro. A tale livello la Corte conferma l'adozione di criteri sostanziali di determinazione dei due ambiti richiamati, al fine di evitare una "fuga" dalle responsabilità da parte degli Stati, i quali tendono sempre più – come sottolineato in apertura – a ritagliare ambiti ter-

⁵ D. SCHMALZ, *Enlarging the Hole in the Fence of Migrants' Rights: A.A. and others v. North Macedonia*, in *VerfBlog*, aprile 2022, ritiene che tali condizioni debbano sussistere contestualmente.

⁶ Ci si riferisce, in particolare, a Corte Edu, sentenza 23 luglio 2020, *M.K. e altri c. Polonia*, ric. nn. 40503/17, 42902/17 e 43643/17; sentenza 8 luglio 2021, *D.A. e altri c. Polonia*, ric. n. 51246/17; sentenza 18 novembre 2021, *M.H. e altri c. Croazia*, ric. nn. 15670/18 e 43115/18; sentenza 5 aprile 2022, *A.A. e altri c. Macedonia del Nord*, ric. n. 55798/16 e 4 altri.

ritoriali prossimi ai propri confini, al fine di creare la *fictio* giuridica dell'esistenza di «*area outside the law where individuals are covered by no legal system capable of affording them enjoyment of the rights and guarantees protected by the Convention*» (da ultimo, *A.A. e altri c. Macedonia del Nord*, § 63) o di etichettare diversamente condotte espulsive al fine di evitare l'applicazione delle garanzie previste in materia (*ex plurimis*, *M.K. e altri c. Polonia*, § 198).

L'indisponibilità di concetti quali "giurisdizione" ed "espulsione", i confini dei quali non possono essere delegati alla indiscriminata discrezionalità politica degli Stati, assicura secondo la Corte Edu che la nozione di "protezione effettiva dei diritti umani" non venga resa «*meaningless*». Tuttavia, il concreto svolgersi dei criteri ai quali l'effettiva operatività di tali garanzie in materia di espulsione e respingimento viene subordinata a partire da *N.D. e N.T.*, rischia di depotenziarne la carica garantistica nei confronti dei singoli migranti. Ci si riferisce a quelle variabili tipizzate in *N.D. e N.T.* che fanno riferimento alla configurabilità di «*genuine and effective tools of securing the right to request protection*» (da ultimo, *A.A. e altri c. Macedonia del Nord*, § 116); e, nella prospettiva dei migranti, alle variabili ulteriori che la Corte EDU ha sviluppato partendo da parametri consolidati (cfr. *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, GC, § 183), quali la specifica situazione di questi ultimi valutata alla luce della loro condotta alla frontiera, alle particolari circostanze dell'espulsione e al contesto generale concretamente prodottosi nei singoli casi (*ex plurimis*, *M.K. e altri c. Polonia*, § 201⁷).

Se analizzata alla luce della giurisprudenza successiva a *N.D. e N. T.*, l'applicazione di tali criteri appare condizionata dalla valutazione che la Corte Edu di volta in volta effettua sul loro concreto configurarsi, sulla base di considerazioni di natura prevalentemente presuntiva, tanto rispetto alla natura "genuina ed effettiva" del criterio oggettivo rappresentato dalla esistenza di strumenti che garantiscano il diritto di chiedere protezione, quanto rispetto al criterio "soggettivo" relativo alla condotta del migrante.

Rispetto alla prima dimensione, la presenza di una base giuridica rappresenta senz'altro una condizione necessaria, ma non sufficiente. Infatti, al fine di verificarne la natura effettiva e genuina, la Corte Edu, giungendo ad esiti opposti (cfr. *A.A. e altri c. Macedonia del Nord* e *M.H. e altri c. Croazia*), sembra valorizzare particolarmente il valore probatorio di report pubblicati

⁷ V. FAGGIANI, *Da N.D. e N.T. a M.K. e altri: la progressiva configurazione del divieto di "espulsione collettiva" e delle sue eccezioni nei contesti di violazione sistemica*, in *ADiM Blog*, novembre 2020.

da organizzazioni non governative e autorità internazionali a tutela dei diritti umani, nei quali si monitorano e analizzano le politiche e le prassi adottate alla frontiera dalle autorità nazionali. A tal riguardo, occorre sottolineare come la Corte Edu attribuisca agli Stati l'onore di produrre informazioni adeguate ed esaustive in merito, finendo in caso contrario con il ritenere insufficiente, al fine di escluderne la responsabilità ex art. 4, Prot. 4, CEDU, la mera presenza di una disposizione legislativa che consenta di chiedere protezione al confine.

Ciò emerge in particolare dal caso *M.H. e altri*, nel quale la Corte Edu ritiene non adeguate le informazioni specificamente richieste al governo croato al fine di valutare effettività ed accessibilità delle procedure di protezione internazionale concretamente adottate ai confini con la Serbia, a fronte di un ampio numero di report internazionali che testimoniavano l'esistenza di una politica sistematica di respingimenti e riammissioni sommarie (§ 270). Di conseguenza, l'impossibilità di stabilire se nel caso concreto fosse garantito un accesso genuino ed effettivo alle procedure, dovuta al comportamento omissivo del governo croato, spinge la Corte Edu a sancire la violazione dell'art. 4, Prot. 4, CEDU. Quando, al contrario, tale onere probatorio viene soddisfatto e fornisce elementi adeguati a superare – anche solo parzialmente – i rilievi evidenziati da fonti internazionali, la Corte Edu tende a valorizzare una sorta di *favor* per le autorità nazionali, ritenendo sussistere non solo un obbligo giuridico di ricevere le richieste di protezione, ma anche la possibilità reale di poterlo fare da parte dei migranti (*A.A. e altri c. Macedonia del Nord*, § 117).

I criteri “soggettivi” che possono giustificare la sospensione delle garanzie convenzionali sono connessi, come noto, alle condotte e alla volontà presunta dei migranti (cfr. *A.A. e altri c. Macedonia del Nord*, § 121-122), residuando quindi un ampio margine di discrezionalità in capo alla Corte in sede di valutazione. A partire da *N.D. e N.T.*, la Corte Edu ha introdotto una apparente inversione di precedenza tra il dovere degli Stati di assicurare una serie di garanzie, alle quali risulta condizionata l'effettività del diritto a chiedere protezione (richiamate, *ex plurimis*, in *M.K. e altri*, § 201), e il divieto per i migranti di fare ricorso a «*unauthorised and clearly disruptive means of attempting to enter the State's territory despite the existence of a genuine and effective access to means of legal entry*», in assenza di ragioni oggettive che le possano giustificare. A fronte di una condotta colpevole e ingiustificata dei migranti, gli obblighi statali in materia relativi al divieto di espulsioni collettive subiscono una sospensione, in quanto l'assenza di una procedura individualizzata precedente all'espulsione si configura in tali casi quale «conse-

guenza» della condotta del migrante che abbia fatto colpevolmente ingresso in modo illegale (cfr. *A.A.*, § 130; a contrario, *M.K.*, § 207-210).

In tale schema argomentativo, anche l'assenza di un rimedio giurisdizionale effettivo nei confronti del provvedimento espulsivo – quando un atto formale in tal senso sussista – trova giustificazione nella condotta volutamente colpevole e «disruptive» dei migranti (*A.A.*, § 130). Rispetto ai criteri introdotti in *N.D. e N.T.*, non sembra rilevare il fatto che sia stato provato che i migranti non abbiano fatto uso della forza o abbiano compiuto atti di resistenza nei confronti delle autorità nazionali (*A.A.*, § 114), così come la presenza di famiglie e persone diversamente abili: prevale inesorabilmente l'elemento “oggettivo” dell'aver preso parte ad un flusso ingente di migranti, diretto verso un punto della frontiera diverso dai valichi ufficiali, in assenza di motivi “cogenti” che possano giustificare questa scelta (*A.A.*, § 130).

4. Una “deriva” inarrestabile? In attesa dei prossimi sviluppi giurisprudenziali

Come approfondito nel più ampio contesto delle recenti dinamiche normative e giurisprudenziali relative al diritto d'asilo in Europa⁸, la «fuga dalla rule of law e dal rispetto dei requisiti di due process» sembra avere trovato compimento nell'ultima – per il momento – tappa della saga giurisprudenziale inaugurata dalla sentenza *N.D. e N.T. (A.A. e altri c. Macedonia del Nord)*. Che tale deriva, che tende a far prevalere sulla sostanza delle garanzie in materia di divieto di refoulement e di protezione internazionale il criterio personale della «meritevolezza»⁹ della persona che giunge alle frontiere europee, possa dirsi definitiva resta, ad avviso di chi scrive, un punto da chiarire.

Da un lato, infatti, il definitivo consolidarsi del parametro da ultimo individuato non sembra poter essere messo in discussione. Allo stesso tempo, va sottolineato che l'applicazione di quest'ultimo dipenda dalla valutazione presuntiva di elementi quali le concrete rotte seguite dai migranti (il luogo dell'ingresso), le modalità concrete dell'arrivo alle frontiere (l'ingente numero di migranti) e la volontà più o meno manifestata da questi ultimi (un comportamento colposo che miri a prendere indebito vantaggio dalle caratteristiche dei flussi; ma anche la presunta volontà di utilizzare lo Stato quale “mero” paese di transito, in assenza di una reale volontà di chiedere e ricevere protezione in quest'ultimo, cfr. da ultimo *A.A. e altri c. Macedonia del*

⁸ D. VITIELLO, *Il diritto d'asilo in Europa e l'eterogenesi dei fini*, in questo volume.

⁹ *Ibidem*.

Nord). Dall'altro lato, l'applicazione concreta di quest'ultimo criterio non sembra condurre a esiti sempre lineari e prevedibili all'interno della giurisprudenza successiva al caso *N.D. e N.T.*, risultando il potenziale effetto deteriore per le garanzie – sostanziali e procedurali – dei migranti alle frontiere europee a sua volta condizionato dalla valutazione delle puntuali – e inevitabilmente variabili – caratteristiche dei singoli casi, sia dal punto di vista dei migranti (presenza di minori o situazioni di vulnerabilità, volontà espressa o presunta) che degli ordinamenti coinvolti (presenza di basi giuridiche di accesso legale, politiche di strutturale diniego di accesso a prescindere dalla condizione dei migranti, cfr. *M.K. c. Polonia*).

Ciò che andrebbe evitato, in ogni caso, è il consolidarsi di una categoria interna a quella già “debole” delle persone migranti richiedenti protezione internazionale, surrettiziamente creata a livello giurisprudenziale, alla quale possa essere legittimamente riservato da parte degli Stati un trattamento deteriore in termini di rispetto del principio di non refoulement e del diritto fondamentale di chiedere protezione.

CLOSING EYES ON COLLECTIVE EXPULSIONS AT THE BORDER:
IS THE ECtHR STILL A GUARANTOR OF FOREIGNERS'
FUNDAMENTAL RIGHTS?

Lorenzo Bernardini^{*}, Silvia Rizzuto Ferruzza^{**}

SUMMARY: 1. Factual background. – 2. Judgement. – 3. Upholding jurisdiction... –
4. ... while eroding fundamental guarantees against collective expulsions? – 5.
Concluding remarks.

1. *Factual background*

On 14 March 2016, few days after the closure of the Greek-Macedonian border, a group of over 1.500 refugees stranded in dire conditions in the informal refugee camp of Idomeni in Greece, walked into North Macedonia to find safety, through what became known as a “March of Hope”. Together they were intercepted, circled, boarded into vans, driven back to the border and forced by armed officers to re-enter Greece through a hole in the fence. Eventually they were summarily and forcibly returned into Greece border without an examination of their personal circumstances.

The applicants, a group of Syrians, Iraqis and Afghans nationals, including a Syrian family and a person in a wheelchair, lodged applications before the European Court of Human Rights (‘ECtHR’ or ‘the Court’) complaining against their mass expulsion from North Macedonia¹. They argued that Macedonian officers ignored the desperate circumstances they had fled in Greece and gave them no chance to challenge their expulsion. Instead, they sent them back to the informal refugee camp of Idomeni, where over 10,000 persons were forced to remain, surviving with no state support in terrible and squalid conditions.

In light of these facts, the applicants considered that their swift expulsion without an examination of their personal circumstances infringed the principle of prohibition of collective expulsion enshrined in Article 4 Protocol 4 to

^{*} Postdoctoral researcher in Criminal Law, University of Luxembourg.

^{**} Doctoral researcher in European Law, University of Luxembourg.

¹ ECtHR, judgment of 5 April 2022, *A.A. and Others v. North Macedonia*, App. nos. 55798/16 *et al.* All paragraphs quoted in the text of this Chapter (‘§’) refers to this judgement.

the European Convention on Human Rights (ECHR) and the right to an effective remedy under Article 13 ECHR taken in conjunction with the former provision.

2. *Judgement*

The Court proceeded to analyse whether the lack of individual deportation decisions could be justified by the applicants' conduct. It examined whether, by crossing the border irregularly, the applicants had circumvented an effective procedure for legal entry. And considering these circumstances, it compared the present case to *N.D. and N.T.*² in which the applicants were apprehended during an attempt to cross the land border *en masse* by storming the border fences. Remarkably, the Court noted a divergence and a similarity from the Spanish case – although in the material case no use of force was made by the applicants, it does nevertheless invoke the concept of “culpable conduct”.

As a matter of fact, according to the ECtHR, Macedonian law had provided for the possibility of appeal against removal orders. Nonetheless, the applicants, by deliberately attempting to enter the territory as part of a large group and in an unauthorised area, had placed themselves in an illegal situation and had therefore chosen not to use the existing legal procedures: «it was the applicants who put themselves in jeopardy by participating in the illegal entry into Macedonian territory, taking advantage of the large numbers in the group. The lack of individual removal decisions had been a consequence of their own conduct» (§ 123). Unanimously, the ECtHR thus excluded a breach of Article 4 of Protocol No. 4 ECHR.

By invoking Article 13 ECHR, the applicants had also complained about the absence of an effective remedy with suspensive effect to challenge their summary expulsion to Greece. The Government had replied by arguing that they had not used the remedies available to them and that, in any event, requiring the existence of such a remedy in a situation of a massive influx of migrants was unacceptable. According to the Macedonian Government, that would have imposed too great burdens on States which were already facing serious challenges in trying to cope with a huge number of migrants at the borders. The Court ruled that the lack of a remedy against the applicants'

² ECtHR, [GC], judgment of 13 February 2020, *N.D. and N.T. v. Spain*, app. nos. 8675/15 and 8697/15.

removal did not in itself constitute a violation of Article 13 of the Convention. It considered that the applicants' complaint about the risks they would face in the country of destination had never been raised before the competent authorities of the respondent State in accordance with the statutory procedure.

In conclusion, the ECtHR unanimously held that there was no breach of Article 13 ECHR in conjunction with Article 4 of Protocol No. 4 ECHR, concerning the availability of an effective remedy with suspensive effect to challenge a summary expulsion.

3. Upholding jurisdiction...

The most interesting preliminary issue dealt with by the ECtHR consists in the answer to the following question – do the applicants fall within the jurisdiction of North Macedonia? For Member States, 'jurisdiction' means 'responsibility' before the Court³ and, as could be expected, North Macedonia was quick to reject the assumption that migrants fell within its jurisdiction, provided that inter alia a 'mass influx of migrants' had posed serious problems to borders' authorities and due to aliens' illegal and violent attempt to cross the State border (§ 57).

"Territoriality" is the very essence of jurisdiction, the Court reminded – in its own territory, every State is deemed *naturaliter* to exercise its sovereign powers, unless exceptional circumstances are proved to have limited or altered 'the extent of its jurisdiction' (§ 60). This rebuttable presumption, in the material case, may not be refuted. Recalling that 'territorial exclusions' are prohibited within the ECHR legal framework – and hence no "grey zones" in jurisdiction issues are to be found when (at least alleged) violations of human rights are at stake⁴–, the ECtHR noted that, albeit North Macedonian officials were effectively facing the arrival *en masse* of a huge number of migrants at the borders, they exercised "full authority" *vis-à-vis* those individuals (§ 62).

This holds true also considering that other countries' police officers were

³ M. MILANOVIC, *Jurisdiction and Responsibility: Trends in the Jurisprudence of the Strasbourg Court*, in A. VAN AAKEN-I. MOTOČ (Eds.), *The European Convention on Human Rights and General International Law*, Cambridge, 2018, pp. 97-111.

⁴ See ECtHR, judgment of 18 February 1999, *Matthews v. the United Kingdom*, app. no. 24833/94, § 29.

present at the border (which was, indeed, an argument specifically put forward by the Macedonian government to challenge its jurisdiction). With the words of the ECtHR, «the Convention cannot be selectively restricted to only parts of the territory of a State by means of an artificial reduction in the scope of its territorial jurisdiction. To conclude otherwise would amount to rendering the notion of effective human rights protection underpinning the entire Convention meaningless» (§ 63).

After *Hirsi Jamaa*⁵ and *N.D. and N.T.*, a new trend is growing in Strasbourg – individuals pushed back at borders or on the high seas may benefit from the protection of the Convention and Member States are not allowed to artificially assert that their sovereignty has been infringed due to the difficult situation raised by an *en masse* immigration influx. In those circumstances, finally, they shall be held accountable for a violation of human rights. Hence, Article 1 ECHR is progressively extending its scope, encompassing under its provision all those situations in which migrants are supposed to be commonly involved, such as rejection at borders⁶.

Extending jurisdiction in those cases is tantamount to extending Member States' area of responsibility which is a crucial legal *prius* – only through the acknowledgment of jurisdiction Member States could be eventually held compliant for a breach of the ECHR. However, *A.A. and Others* provided the ECtHR with the opportunity to strengthen this guarantistic – and not obvious – approach.

4. ... while eroding fundamental guarantees against collective expulsions?

The notion of 'culpable conduct' was introduced by the Grand Chamber in the aforementioned judgement *N.D. and N.T. v. Spain*, in which the ECtHR identified a number of criteria – essentially related to the behaviour of the person subject to expulsion – that could constitute an exception to the protection offered by Article 4 Protocol 4, which provides for the prohibition of collective expulsions. More precisely, in its conclusions, the Court found that the applicants had participated in a mass assault on the border fences in Melilla, «taking advantage of their large numbers and using force» instead of using the existing legal procedures to enter Spanish territory, thus

⁵ ECtHR, [GC], judgment of 23 February 2012, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, app. no. 27765/09, §§ 70-82.

⁶ ECtHR, judgment of 8 July 2021, *Sbazad v. Hungary*, app. no. 12625/17, § 51.

creating a situation that was difficult to control and posed a risk to public safety⁷. The ECtHR had hence held that the lack of individual removal decisions could be attributed to the applicants' own "culpable conduct", thus introducing a worrying inversion of priorities between the duty of states to ensure the effectiveness of the right to seek protection and the duty of migrants to have access to legal routes.

The *N.D. and N.T.* case went down in history and was also highly contested for the concerns it raised, as it seemed to legitimize the indiscriminate *refoulement* of people seeking protection at Europe's land borders, as well as justifying the absence of an effective judicial remedy against an expulsion order⁸. These concerns were allayed by subsequent ECtHR case-law, where the Court seems to have emphasised the limited scope of application of the "culpable conduct" exception within its jurisprudence related to refusal of asylum at the border, holding that the grounds for its applicability must be fulfilled cumulatively, so as not to breach Article 4 of Protocol No. 4 ECHR⁹.

Nevertheless, the present judgement fits in as a worrying reminder of *N.D. and N.T.*, which was also quoted the ECtHR in order to determine if those returns would have breached the prohibition of collective expulsions (§ 112). Indeed, the Court recalls the "subjective" criteria related to the migrants' culpable conduct to justify the suspension of ECHR guarantees, therefore extending the scope of application of the 'culpable conduct' exception.

As a matter of fact, although the Court did not ascertain the cumulative existence of all the criteria for the application of the exception (§ 114), it considered sufficient that the applicants had circumvented an effective procedure for legal entry in the absence of "cogent" reasons that could justify such choice (§ 130). Therefore, according to this line of reasoning, it would seem to be sufficient to rely on a single condition to determine culpable conduct. Indeed, although in *Shabzad*, the ECtHR had made it clear that in or-

⁷ *N.D. and N.T.*, supra note 2, § 213.

⁸ See, *inter alia*, H. HAKIKI, *N.D. and N.T. v. Spain: Defining Strasbourg's Position on Push backs at land borders?*, in *Strasbourg Observers*, 26 March 2020; C. HRUSCHKA, *Hot returns remain contrary to the ECHR: ND & NT before the ECHR*, in *Eu Migration Blog*, 28 February 2020; N. MARKARD, *A Hole of Unclear Dimensions: reading ND and NT v. Spain*, in *Eu Migration Blog*, 1 April 2020.

⁹ In this regard, see *Shabzad*, supra note 6, §§ 60-68 and ECtHR, judgment of 18 November 2021, *M.H. v. Croatia*, app. nos. 15670/18 and 43115/18, §§ 295-304.

der to apply the exception it was necessary to verify that all criteria were met¹⁰, in *A.A. and Others* the ECtHR seems to acknowledge quite the opposite – it is sufficient that solely one criteria is met (i.e., the alleged circumvention of a legal entry in the lack of cogent reasons), hence considerably broadening the scope of application of this exception on a case-by-case basis, widening *de facto* the margin of manoeuvre of the ECtHR and, in turn, of the States.

5. *Concluding remarks*

Is the prohibition of collective expulsions, the essence of refugee protection, at risk?¹¹ Might the «own culpable conduct» criterion threaten migrants rights, for a situation created *de facto* by European border policies?¹² One could assume that after *A.A. and Others* the answer to both questions should be in the affirmative. It is not disputable that Member States are fully legitimate to govern migrations flows and to request third-country nationals to arrive at ‘existing border crossing points’ (§ 115). Conversely, to deny protection from collective expulsions because of the circumstance that the applicants had taken advantage of their large numbers, crossing the border at a different location, seems to be an artificial line of reasoning, being expression of a too formalistic approach, *a fortiori* when the foreigners at stake – as in the instant case – had not made use of force (§ 114).

The two-steps test advocated by the Court (i.e. the existence of legal access + assessment of culpable conduct/cogent reasons provided by the migrants) thus raises concerns for what relates the effectiveness of the prohibition of collective expulsions, to the point that one could wonder whether “cogent reasons” might be deemed to have existed in future cases. Since they are not exhaustively defined within ECtHR’s case-law on the matter, the application of the two-sided test may be considered as being a *chèque en blanc* to Member States, as the latter might be allowed to implement *de facto* collective expulsion measures without the need, for instance, of an individual

¹⁰ See *Shahzad*, supra note 6, § 59.

¹¹ D. SCHMALZ, *Enlarging the Hole in the Fence of Migrants’ Rights*, in *Verfassungsblog*, 6 April 2022.

¹² V. WRIEDT, *Expanding Exceptions? AA and Others V North Macedonia, Systematic Pushbacks and the Fiction of Legal Pathways*, in *Strasbourg Observers*, 30 May 2022.

examination of the migrant concerned before his/her removal¹³. Essentially, the lack of such an examination is deemed to be a “consequence” of the culpable conduct of the foreigner, thus staying the State’s obligation *in parte qua*¹⁴.

Many worrying questions remain as to what approach the ECtHR will take in future cases and whether states will open legal avenues for refugees or rather try to find new ways to hinder access to their external borders. However, the case of *A.A. and others* rather seems to lean towards the literature that turns victims into perpetrators¹⁵. In fact, it is difficult to understand how a group not recognised as violent by the Court itself, forced to live in inhuman conditions in detention centers and consisting *inter alia* of a man in a wheelchair could have deliberately created «a clearly disruptive situation which was difficult to control and endangered public safety». Furthermore, the Court does not seem to take into account the evidence showing the lack of access to legal routes across the land border, at the time, which is the (critical) decisive point¹⁶.

Finally, the idea that foreigners’ blameworthy behavior might absolve Member States for their obligations involves something very similar to the notion of *versari in re illicita*, which is typically recalled in criminal law¹⁷ – as the applicants had put themselves in jeopardy, the Court is setting forth, they shall face the consequences of their actions. Given the lack of thorough explanation of this point in the court’s reasoning, one wonders whether we have not rather moved from a plea of guilty to a mere “presumption of culpability”, that seriously calls into question the protection of human rights at borders, especially that of *non-refoulement*.

¹³ D. VITIELLO, *Il diritto d’asilo in Europa e l’eterogenesi dei fini*, in this *Annuario ADiM 2022. Raccolta di scritti di diritto dell’immigrazione*.

¹⁴ S. PENASA, *La gestione dei confini nazionali ed europei nella più recente giurisprudenza della Corte EDU: costanti e variabili di un approccio ondivago*, in this *Annuario ADiM 2022. Raccolta di scritti di diritto dell’immigrazione*.

¹⁵ See V. WRIEDT, *supra* note 12.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ L. BERNARDINI, *Respingimenti “sommari” alla frontiera e migranti “disobbedienti”: dalla Corte di Strasburgo un overruling inaspettato nel caso ND e NT c. Spagna*, in *Cultura Giuridica e Diritto Vivente*, vol. 7, 2020, p. 10.

*H.F. AND OTHERS V. FRANCE: HAS THE TIME FINALLY COME
TO RETHINK EXTRATERRITORIAL JURISDICTION?*

Gustavo Minervini*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Background facts and the Grand Chamber’s judgment. – 3. Another brand-new model of extraterritorial jurisdiction? – 4. The risk of interpretative fragmentation in international human rights law. – 5. Final remarks.

1. *Introduction*

Since the fall of the Islamic State in Iraq and Levant (ISIL or Daesh), thousands of men, women and children – mainly Iraqi and Syrian citizens but, overall, from about 60 nationalities – have been detained by Syrian Democratic Forces (SDF) in camps located in north-east Syria. The living conditions therein are widely known to be appalling: widespread violence and sexual exploitation, extreme weather conditions, no education, lack of access to basic healthcare, as well as limited food, water and shelter. As if that were not enough, the vast majority of the detainees pertain to vulnerable categories, such as women and children, who often cannot be blamed except for being the relatives of former Daesh (foreign) fighters.

In light of the inhuman conditions of detention, some European Countries – including Belgium, Germany, and France¹ – started repatriating the family members of foreign fighters in order to ensure the protection of their human rights, avoid radicalization and share the burden of their management, which should not entirely fall upon SDF.

Nonetheless, such an effort rapidly faded. Domestic authorities have indeed appeared increasingly reluctant to repatriate their adult nationals from prison camps.² In this regard, States have adduced different justifications,

* Postdoctoral Research Fellow in International Law, Università degli Studi di Torino.

¹ FRANCE24, *France repatriates seven children from jihadist camp in Syria*, 13 January 2021, available at www.france24.com; BBC, *Belgium takes back mothers and children from Syria jihadist camps*, 16 July 2021, available at www.bbc.com; BBC, *Germany and Denmark repatriate 37 children and 11 ‘IS women’ from Syria*, 7 October 2021, available at www.bbc.com.

² C. FLUZIN, *What Is the Controversy on Repatriations From Syria About?*, in *Lawfare Blog*, 5 October 2022.

ranging from security risks posed by their nationals after returning, to the argument that it would be in the interest of justice that they face a trial in Syria, to the free choice of foreign fighters and their partners to join ISIL. Moreover, as far as the repatriation of child nationals, governments have often argued that it would be inappropriate to separate children from their parents: thus, to the extent that the latter might represent a threat back home, the former cannot be repatriated either.³

2. *Background facts and the Grand Chamber's judgment*

The facts of *H.F. and others v. France* fall squarely within this framework.⁴ Between 2014 and 2015, the daughters of the applicants, French nationals, left France for Syria following their partners, who had decided to join the ranks of ISIL, which was reaching its maximum territorial expansion. In 2014, however, an international coalition of seventy-six States was established with the aim to provide support to the local forces engaged in the fight against Daesh and, by the end of 2019, the control of almost all Syrian territories was regained.

As soon as the SDF took control, the families of ISIL fighters were arrested and taken to prison camps: the daughters of the applicants, together with their children born in Syria, were also captured and have been ever since interned – together with other 60.000 people, of which around 30.000 children – in the camps of al-Hol and Roj.⁵

As soon as the applicants became aware of the detention of their relatives, they immediately sought urgent repatriation, by also relying on the fact that the respondent State had already brought home some nationals through an agreement with the SDF. Facing the silence and inaction of the Government, the applicants seized domestic courts. French judges, however, refused to hear the claim, arguing that the remedy sought by the applicants concerned acts indissociable from the conduct of France's international rela-

³ *Ibidem*; R. RAGAB, *Returning Foreign Terrorists: What Type of Security Challenges Are They Posing?*, in *IEMed. Mediterranean Yearbook*, 2018, pp. 87-93.

⁴ ECtHR (Grand Chamber), judgment of 14 September 2022, *H.F. and others v. France*, applications 24384/19 and 44234/20.

⁵ REACH, *Al Hol Camp Profile*, September 2021, available at www.reachresourcecentre.info; REACH, *Roj Camp Profile*, May 2022, available at www.reachresourcecentre.info.

tions. Indeed, repatriation would require the negotiation of a new agreement, coupled with the deployment of military resources: all matters that the judges found not to be subject to an order by a court of law, in accordance with the very much debated “act of State doctrine”.⁶

Following the unfavourable decisions of French courts, the applicants started proceedings before the European Court of Human Rights (ECtHR or European Court). Notably, they alleged that the refusal of domestic authorities to immediately repatriate their relatives constituted a violation of Article 3 (prohibition of torture), Article 8 (right to respect for private life and family ties), as well as Article 3(2) of Protocol No. 4 of the European Convention of Human Rights (ECHR) on the right to enter the territory of the national State – separately and in conjunction with Article 13 of the ECHR, enshrining the right to an effective remedy.⁷ The European Court, however, deemed it appropriate to examine the applications solely under Article 3 ECHR and 3(2) of Protocol No. 4, excluding – without any argumentation – the relevance of Article 8, and considering Article 13 already encompassed in the analysis concerning the «procedural rights of those concerned and/or any corresponding procedural obligations of the State in the context of a refusal to repatriate». In the Court’s view, indeed, this approach would allow all the relevant questions to be properly addressed.

Before examining the merits of the claims, the Court had to decide on a very sensitive issue, namely whether the family members of the applicant did fall within the jurisdiction of the respondent State under Article 1 ECHR.

In this respect, the French Government claimed that there was no basis under which extraterritorial jurisdiction could be established. Notably, France argued that it neither exercised effective control over the relevant territory (“spatial” model), nor the respondent State could be deemed to run the prison camps by itself, since the contacts with the SDF forces were insufficient to consider them a «subordinate local administration».⁸ At the same time, the Government stressed that its agents did not exercise any physical power or control over the individuals abroad (“personal” model), and there were no special procedural circumstances – such as those identified in *M.N.*

⁶ F. DE QUADROS, J.H. DINGFELDER STONE, *Act of State Doctrine*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2021, available at opil.ouplaw.com.

⁷ European Convention on Human Rights (opened for signature 4 November 1950, entered into force 3 September 1953) 221 UNTS 213.

⁸ ECtHR (Grand Chamber), judgment of 8 July 2004, *Ilascu and others v. Moldova and Russia*, application no. 48787/99.

*and others v. Belgium*⁹ and *Hanan v. Germany*¹⁰ – that could trigger the application of the Convention vis-à-vis the relatives of the applicants. Lastly, the respondent State rejected the possibility of finding a jurisdictional link based on either France's mere capacity to act ("capacity-impact" model), or the fact that the persons to be allegedly repatriated had French nationality or ties with the State.¹¹ However, as far as the right to enter the Country of nationality goes, France recognized that such a right, by its own nature, is to be applied extraterritorially, an issue contested by some of the intervening Governments.¹²

When it comes to the "spatial" and "personal" models of extraterritorial jurisdiction, the applicants were ready to concede that they were not applicable in the case at stake. However, they claimed that the bond of nationality, as well as the previous family life on national territory, were sufficient to trigger the extraterritorial jurisdiction of the respondent State. Furthermore, in addition to the bond of nationality, the applicants claimed that France exercised jurisdiction by having «control over the legal situation of their family members»,¹³ a statement clearly echoing the one of the Human Rights Committee (HRC) in its General Comment no. 36 on the right to life, according to which: «a State party has an obligation to respect and to ensure the rights under article 6 of [...] all persons subject to its jurisdiction, that is, all persons over whose enjoyment of the right to life it exercises power or effective control».¹⁴

In this respect, the Strasbourg judges recalled the principle according to which, since «a State's jurisdictional competence is primarily territorial», it must be ascertained whether there are special features eventually justifying the finding that a State exercises jurisdiction extraterritorially.¹⁵ In a few sentences, the European Court excluded that the spatial or the personal models

⁹ ECtHR (Grand Chamber), decision of 5 May 2020, *M.N. and others v. Belgium*, application no. 3599/18.

¹⁰ ECtHR (Grand Chamber), judgment of 16 February 2021, *Hanan v. Germany*, application no. 4871/16.

¹¹ Committee on the Right of the Child, decision of 2 November 2020, *L.H. and others v. France*, communications n. 79/2019 and 109/2019.

¹² ECtHR, *H.F. and others v. France*, cit., para. 174.

¹³ ECtHR, *H.F. and others v. France*, cit., para. 165.

¹⁴ Human Rights Committee, General comment No. 36 – Article 6: right to life, 3 September 2019, UN Doc. CCPR/C/GC/36, para. 63 (italics added).

¹⁵ ECtHR, *H.F. and others v. France*, cit., para. 185.

of extraterritorial jurisdiction could apply in the case at stake. Similarly, it found that the opening of proceedings at the domestic level did not create a jurisdictional link between France and the daughters and grandchildren of the applicants. Finally, the ECtHR moved to consider whether there were connecting ties with France that might have triggered the latter's jurisdiction over the relatives of the applicant. In this regard, however, the Court deemed it necessary to examine Article 3 ECHR and Article 3(2) of Protocol 4 separately. While this approach might appear, at a first glance, surprising – inasmuch as one would think that jurisdiction is exercised or not, independently of the substantive norm allegedly violated – the jurisprudence of the Court has by now developed in this direction.¹⁶ In other words, to the extent that – resorting to the well-known formula employed by the ECtHR – conventional rights might be «tailored and divided», one could argue that jurisdiction might be «tailored and divided» as well.

As far as Article 3 ECHR, the Grand Chamber concluded that French nationality did not *per se* constitute a sufficient link to establish extraterritorial jurisdiction. Moreover, the mere fact that France possessed the operational capacity to repatriate its nationals – as proved by the other repatriations successfully carried out – «[did] not suffice to constitute a special feature capable of triggering an extraterritorial jurisdictional link».¹⁷

The Court then turned to examine whether jurisdiction could be found with regard to Article 3(2) of Protocol No. 4. In this respect, while finding again that nationality could not constitute an autonomous basis of jurisdiction, the Strasbourg judges noted that specific circumstances of the case might nonetheless be sufficient to establish a jurisdictional link between States and their nationals abroad. As far as the relatives of the applicants, the Grand Chamber identified different relevant elements: i) the existence of a nationality bond; ii) the numerous official requests brought by the applicants to obtain reparation and assistance; iii) the fact that the requests were made on the basis of the fundamental values of the democratic societies; iv) the impossibility for the daughters and grandchildren of the applicant to return to France without the assistance of domestic authorities; v) the manifest will of the SDF to have French nationals held in camps repatriated. In sum, all these elements were found sufficient to establish the jurisdiction of the

¹⁶ ECtHR (Grand Chamber), judgment of 29 January 2019, *Güzelyurtlu and others v. Cyprus and Turkey*, application no. 36925/07; judgment of 21 January 2021, *Georgia v. Russia (II)*, application no. 38263/08.

¹⁷ ECtHR, *H.F. and others v. France*, cit., para. 199.

French Government vis-à-vis the relatives of the applicant for the sole purpose of Article 3(2) of Protocol No. 4.

Moving to the merits of the case, the Court firmly excluded the existence of a general obligation upon State parties to repatriate their nationals, thus rejecting the existence of a specular “general right to repatriation” based on Article 3(2).¹⁸ Against this background, however, the Strasbourg judges found that the right to enter national territory could nevertheless be interpreted as imposing some positive obligation on contracting States in all the circumstances in which their inaction might amount to a *de facto* exile. In particular, the Court considered that States have a duty to set and apply appropriate guarantees against arbitrariness in the decision-making process. In light of the specific circumstances of the case, such guarantees were not deemed to be appropriate and thus the applicant had suffered a violation of their rights.

3. *Another brand-new model of extraterritorial jurisdiction?*

In addressing the inexistence of extraterritorial jurisdiction, the French Government overtly claimed that «the facts at issue did not relate to any of the special circumstances that could give rise to a finding that the State was exercising its jurisdiction, unless a new basis of jurisdiction were to be created and the scope of the Convention thereby broadened in a manner that its drafters never intended».¹⁹ To the extent that respondent States are accustomed to denying (almost any) exercise of extraterritorial jurisdiction, this statement did not come out as a surprise, nor one can simply take its content for granted; suffice it to mention that France relied upon the infamous ruling in *Banković and others v. Belgium and others* to support the position that the relatives of the applicants did not fall within its jurisdiction: a decision, as is well known, which was strongly criticized for resorting, inter alia, to the deferent notion of *espace juridique* to limit the extraterritorial application of

¹⁸ F. CAPONE, *The children (and wives) of foreign ISIS fighters: Which obligations upon the States of nationality?*, in *Questions of International Law, Zoom-in*, 60, 2019, pp. 69-97; D. MCKEEVER, *Repatriating Foreign Terrorist Fighters and Their Family Members: What International Law Requires, and What National Courts Will Do*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2023, pp. 67-107.

¹⁹ ECtHR, *H.F. and others v. France*, cit., para. 156 (italics added).

contracting Parties' obligations.²⁰ A finding, however, largely overruled by subsequent jurisprudence of the Strasbourg judges.²¹ Does this mean that the respondent State was (completely) wrong in claiming that there were no chances to establish extraterritorial jurisdiction unless a new legal basis was to be crafted? Probably not.

From this perspective, the judgment cannot but be seen as the latest – yet not the least – episode «in the saga of the ECtHR and extraterritorial jurisdiction».²² Since its leading decision in *Loizidou v. Turkey*, indeed, the Court has often addressed the issue of extraterritorial jurisdiction and its requirements.²³ As testified by all the arguments raised by the French Government, it cannot be claimed anymore that there are only two models of extraterritorial jurisdiction, namely the spatial and the personal one. In the last twenty years, the ECtHR has indeed found that State's jurisdiction might be triggered by the provision of military, political and economic support that contributes to the establishment and/or consolidation of separatist regimes,²⁴ the existence of special procedural circumstances – be they the opening of criminal investigations²⁵ or the fact that the territorial State is not capable of conducting an effective investigation of the incident²⁶ –, as well as by an exercise of authority over the individuals abroad that fell short of the physical power or control that traditionally characterized the personal model of extraterritorial jurisdiction. Even more, in its recent judgment *Carter v. Russia*,²⁷ the Court apparently opened its doors to a functional approach.²⁸ All in all, it

²⁰ ECtHR (Grand Chamber), decision of 12 December 2001, *Banković and others v. Belgium and others*, application no. 52207/99.

²¹ ECtHR (Grand Chamber), judgment of 7 July 2011, *Al-Skeini and others v. the United Kingdom*, application no. 55721/07; judgment of 20 November 2014, *Jaloud v. the Netherlands*, application no. 47708/07.

²² A. PIJNENBURG, *HF and Others v France: Extraterritorial Jurisdiction without Duty to Repatriate IS-Children and their Mothers*, in *EJIL: Talk!*, 14 October 2022.

²³ ECtHR, judgment of 23 March 1995, *Loizidou v. Turkey*, application no. 15318/89.

²⁴ ECtHR (Grand Chamber), judgment of 19 October 2012, *Catan and others v. Moldova and Russia*, applications n. 43370/04, 8252/05 and 18454/06.

²⁵ ECtHR, *Güzelyurtlu and others v. Cyprus and Turkey*, cit., para. 188.

²⁶ ECtHR, *Hanan v. Germany*, cit.; M. MILANOVIC, *Extraterritorial Investigations in Hanan v. Germany; Extraterritorial Assassinations in New Interstate Claim Filed by Ukraine against Russia*, in *EJIL: Talk!*, 26 February 2021.

²⁷ ECtHR, judgment of 21 September 2021, *Carter v. Russia*, application no. 20914/07.

²⁸ M. MILANOVIC, *European Court Finds Russia Assassinated Alexander Litvinenko*, in *EJIL: Talk!*, 23 September 2021.

could be claimed that – despite being often criticised for having lost its leading role within human rights jurisprudence²⁹ – the Court has proved to be willing to innovate. Nevertheless, innovation came at a great cost.

The Court, indeed, has not been capable of properly framing its arguments in a coherent fashion. Namely, rather than rethinking its theoretical approach to extraterritorial jurisdiction and openly claiming that the spatial and personal models were no longer sufficient to catch all the different situations in which States are (one could argue, socially) expected to ensure and protect human rights,³⁰ the case law of the Court has been characterized by exceptionalism. The ECtHR has indeed completely embraced a case-by-case approach. This might not appear problematic, as long as extraterritorial jurisdiction does require a careful examination of the specific circumstances of the case in order to understand whether the applicants fall under the control of the State. Nevertheless, by carefully looking at the European Court's jurisprudence, one will understand that the Court is rather deciding on a case-by-case basis the requirements under which a State might be found to exercise extraterritorial jurisdiction. In this way, the Court is thus renouncing a clear framework to ensure that the contracting parties of the ECHR are capable of foreseeing the circumstances under which an individual might fall under their jurisdiction.

In light of this, it seems appropriate to question whether the approach to extraterritorial jurisdiction in *H.F. and others v. France* falls within any of the strands of jurisprudence already covered by the Court or if we are confronted with another hypothesis of exceptionalism. By looking at the special features that triggered France's jurisdiction, such as the nationality bond as well as the will of the SDF to have their French detainees repatriated, there seems to be little (if any) space for claiming that the case might fit into any of the, indeed numerous, existing strands of jurisprudence. Quite the opposite, one could conclude that this is another brand-new model of extraterritorial jurisdiction, which seems crafted *ad hoc* to address this specific case. In this respect, the feeling that we are facing an *ad hoc* decision is further reinforced by the fact that «the circumstances that trigger jurisdiction in this case are so specific that it is unlikely to be relevant to other cross-border situations».³¹

²⁹ C. MALLORY, *A second coming of extraterritorial jurisdiction at the European Court of Human Rights?*, *Zoom-in*, 82, 2021, pp. 31-51.

³⁰ C. FLUZIN, *France Called Out for Ignoring Plea to Repatriate Citizens in Syria*, in *Lawfare Blog*, 3 October 2022.

³¹ A. PIJNENBURG, *HF and Others v France: Extraterritorial Jurisdiction without Duty to Repatriate IS-Children and their Mothers*, cit.

Put otherwise, the approach risks being confined to such a decision, without even contributing to the development of a new line of jurisprudence on extraterritorial jurisdiction.

4. *The risk of interpretative fragmentation in international human rights law*

Be that as it may, one could wonder whether the judgment eventually follows the path traced by other human rights monitoring bodies. Indeed, in less than five years, several thought-provoking decisions have been rendered on the matter of extraterritorial jurisdiction. Notably, it must be mentioned: the *Advisory Opinion on The Environment and Human Rights* of 15 November 2017 by the Inter-American Court of Human Rights (IACHR),³² the decision of the Committee on the Rights of the Child in *L.H. and others v. France*, where the substantial issue at stake was the same of the present case, namely the repatriation of children from Syrian prison camps;³³ and the decisions of the Human Rights Committee in the twin cases *S.A. and others v. Italy* and *S.A. and others v. Malta* of 2021.³⁴

In each of these decisions, the competent monitoring body advanced a different – yet wider – approach to extraterritorial jurisdiction: the IACHR accepted that a jurisdictional link can be found «when the State of origin exercises effective control over the activities carried out that caused the harm

³² Inter-American Court of Human Rights, Advisory opinion of 15 November 2017, *Human Rights and the Environment*, OC-23/17. For a comment, see A. BERKES, *A New Extraterritorial Jurisdictional Link Recognised by the IACtHR*, in *EJIL: Talk!*, 28 March 2018.

³³ Committee on the Right of the Child, *L.H. and others v. France*, cit. For a comment, see M. MILANOVIC, *Repatriating the Children of Foreign Terrorist Fighters and the Extraterritorial Application of Human Rights*, in *EJIL: Talk!*, 10 November 2020.

³⁴ Human Rights Committee, Views of 27 January 2021, *S.A. and others v. Italy*, communication no. 3042/2017; Decision of 27 January 2021, *S.A. and others v. Malta*, communication no. 3043/2017. For a comment, see P. BUSCO, *Not All that Glitters Is Gold: the Human Rights Committee's Test for the Extraterritorial Application of the ICCPR in the Context of Search and Rescue Operations*, in *Opinio Juris*, 2 March 2021; A. FAZZINI, *Recenti sviluppi in materia di giurisdizione extraterritoriale a margine delle decisioni del Comitato ONU per i diritti umani, A.S. e al. c. Malta e A.S. e al. c. Italia: quale prospettiva per la Corte di Strasburgo?*, in *ADiM Blog*, July 2021; M. MILANOVIC, *Drowning Migrants, the Human Rights Committee, and Extraterritorial Human Rights Obligations*, in *EJIL: Talk!*, 16 March 2021; G. MINERVINI, *Extraterritorial Jurisdiction Before the Human Rights Committee: First Considerations on S.A. and Others v. Italy*, in *DUDI*, 2021, pp. 575-598.

and consequent violation of human rights» (“control over the activity” model);³⁵ the CRC found that the applicants fell within the respondent State’s jurisdiction since «as the State of the children’s nationality, France [had] the capability and the power to protect the rights of the children in question by taking action to repatriate them or provide other consular responses» (“functional-nationality” model);³⁶ the HRC concluded that a State exercises extraterritorial jurisdiction if it possesses the capacity to do so and there is a «special relationship of dependency» with the persons affected (“functional-impact” model).³⁷

While it is easy to exclude that the ECtHR sided with the IACHR, since there are no elements that could be traced back to a “control over the activity” model, it could be argued that the Strasbourg judges followed a functional model of extraterritorial jurisdiction. Notably, because of the reliance on the nationality bond of the relatives of the applicant, the functional-nationality model sketched by the CRC could be the proper one. However, this is not the case. Among the five special features upon which the ECtHR based its finding, there is no space for what could be described as the pivotal element of functionalism: the capacity of the State to uphold human rights. Indeed, the assumption behind any functional approach to extraterritorial jurisdiction is that «if States have the capacity to protect human rights, they are required to do so». Of course, as argued in both case law and scholarship,³⁸ the mere fact that a State has the capacity to do so does not alone trigger its jurisdiction. Otherwise, the burden upon States would probably be unsustainable. This is the reason why other factual and/or legal elements are required in order to enter a finding that the State exercises jurisdiction: be the existence of a special relationship of dependency, the bond of nation-

³⁵ Inter-American Court of Human Rights, *Human Rights and the Environment*, cit., para. 104.

³⁶ M. MILANOVIC, *Repatriating the Children of Foreign Terrorist Fighters and the Extraterritorial Application of Human Rights*, cit.

³⁷ See M. GIUFFRÈ, *A functional-impact model of jurisdiction: Extraterritoriality before the European Court of Human Rights*, in *Questions of International Law, Zoom-in*, 82, 2021, pp. 53-80.

³⁸ Human Rights Committee, *S.A. and others v. Italy*, cit.; Committee on the Right of the Child, *L.H. and others v. France*, cit.; G. MINERVINI, *Extraterritorial Jurisdiction Before the Human Rights Committee: First Considerations on S.A. and Others v. Italy*, cit.; Y. SHANY, *Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law*, in *The Law & Ethics of Human Rights*, 2013, pp. 47-71.

ality or legitimate expectations, there must be something more. Nevertheless, capacity is fundamental.

Contrariwise, in the case at hand, the fact that France could protect and ensure the human rights of its citizens detained in Syrian camps did not find any place in the reasoning of the European Court. Quite the opposite, the Court excluded any relevance of capacity, alone or coupled with other elements, explicitly as far as the former (when analysing jurisdiction for the purposes of Article 3 ECHR),³⁹ implicitly as far as the latter.⁴⁰ In other words, the Strasbourg judges departed from the approach of both the HRC and the CRC, resisting the temptation of accepting that capacity might be one of the considerations in triggering extraterritorial jurisdiction, while also closing the chink it had opened in *Carter v. Russia*. Seen from the perspective of the coherence of international human rights law, this is another critical point of the judgment: indeed, it risks to (further) compromise the unitarity of the notion of extraterritorial jurisdiction by directing the Court towards another new path, different from the – already numerous – ones walked by other monitoring bodies. The fear of fragmentation might soon flutter again: until future changes, there is a concrete possibility that four of the main human rights monitoring bodies will each have their own approach to extraterritorial jurisdiction.

5. *Final remarks*

The ruling of the Court can be seen as another fundamental tile of the mosaic of extraterritorial jurisdiction. A mosaic which, at the time being, is far from offering a well-defined image. It is only possible to catch a glimpse of the future outcome, nothing more. By reading this judgment in light of the case law of other human rights monitoring bodies, what seems apparent is that there is a current trend towards a wider notion of extraterritorial jurisdiction: a notion capable of capturing those situations in which there is a compelling need to grant people the protection of their fundamental rights, despite the fact that the authority exercised by States falls short of an effective (mainly, physical) control or power over a territory or an individual.

At the same time, it seems apparent that the paths taken by monitoring bodies lack an in-depth elaboration as far as the requirements for State par-

³⁹ ECtHR, *H.F. and others v. France*, cit., para. 199.

⁴⁰ ECtHR, *H.F. and others v. France*, cit., paras. 206-214.

ties to exercise extraterritorial jurisdiction. Whatever the path taken, there is an urgent need to stand back from a case-by-case approach in order to ensure legal certainty and foreseeability. That is the challenge jurisdictional and quasi-jurisdictional bodies are called to face in the next future.⁴¹

⁴¹ L. RAIBLE, *Extraterritoriality between a rock and hard place*, in *Questions of International Law, Zoom-in*, 82, 2021, pp. 7-29.

IL MONDO NUOVO E LA RITROVATA CENTRALITÀ DEL MEDITERRANEO

Giuseppe Terranova*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Geopolitica di un mondo nuovo: dalla globalizzazione al *friend-shoring*. – 3. La centralità geopolitica del Mediterraneo e l'eredità delle Primavere Arabe. – 4. Il futuro che ci attende.

1. *Introduzione*

Il ginepraio di crisi geopolitiche che affrontiamo sembra essere il risultato del vuoto di potere¹ tipico dei cambi d'epoca. Gli USA non governano più lo scacchiere internazionale, ma il suo principale sfidante, la Cina, non è ancora in grado di assumere la leadership globale². Il vincitore tra Washington e Pechino si stabilirà nel quadrante indo-pacifico, dove i due Paesi concentreranno il massimo impegno diplomatico, economico e militare. Tale sforzo li distoglierà nel medio-lungo periodo da altri, sia pur rilevanti, scenari regionali. Nel contesto occidentale, questo significa che, per la prima volta dal Secondo dopoguerra, l'UE sarà costretta a difendersi autonomamente da eventuali minacce esterne. Come ha rilevato Max Bergmann³ nell'ultimo numero di *Foreign Affairs*, «*Biden administration's engagement with Europe is ultimately unsustainable*». È una novità che richiederà un maggiore attivismo europeo soprattutto sul fronte mediterraneo, visto il raffreddamento delle relazioni politiche ed economiche con la Russia, sulle quali l'Europa, sotto la spinta della Germania, aveva investito molto.

2. *Geopolitica di un mondo nuovo: dalla globalizzazione al friend-shoring*

Nel 1917, Franz Rosenzweig, giovane filosofo nato nel 1886 a Kassell, in

* Docente a contratto di Geografia Politica ed Economica, Università degli Studi della Tuscia.

¹ D. KURTZ-PHELAN, *What is the power?*, in *Foreign Affairs*, July/August 2022.

² F. FUKUYAMA, *The pandemic and the political order*, July/August 2020.

³ M. BERGMANN, *Europe on its own. Why the United States should want a better-armed EU*, in *Foreign Affairs*, July/August 2022.

Germania, fu tra i primi in Europa a intuire⁴ che lo scenario geopolitico mostrava i segni di una trasformazione senza precedenti. Capì che l'allargamento del conflitto al Giappone e agli USA comportava una storica transizione spaziale. Per effetto dell'ingresso in guerra dei due attori extra-europei, il vecchio planisfero cominciava ad assumere l'aspetto di una sfera interconnessa, ma priva di un centro spirituale politico. La Prima guerra mondiale giustificava il proprio nome perché con essa nasceva un mondo in cui l'estensione politica inglobava quella geografica: era l'inizio di un'epoca planetaria⁵.

A poco più di un secolo dall'intuizione dello studioso tedesco, attraversiamo un'altra storica transizione spaziale⁶. Il mondo globalizzato tende a dividersi per sfere di influenza, cinese e statunitense, sulla base di alleanze statali ancora fluide e in via di definizione. In questa fase di passaggio, prevale il disordine: «*Une grande bascule ou un grand bouleversement*», lo ha definito il Presidente francese Emmanuel Macron. Sono in discussione gli assetti della *governance* internazionale emersi dai due conflitti mondiali e il dominio occidentale sancito dalla caduta del muro di Berlino e dall'implosione dell'Unione Sovietica. Affrontiamo la prima pandemia dal 1917 e il più grave conflitto in Europa dal Secondo dopoguerra. Sono due eventi che segnano il ritorno della *Storia*, minando le certezze⁷ di cui l'Occidente si è alimentato dal 1989. Negli ultimi trent'anni l'agenda politica delle democrazie liberali, guidate dagli USA, è stata dominata da questioni economiche. Si pensava che gli assetti geopolitici e sociali fossero una *costante*. Mentre la *variabile* era rappresentata dal mercato chiamato a garantire tutto: dalla prosperità alla riduzione delle disegualianze tra il Nord e il Sud del mondo.

Tuttavia, gli avvenimenti registrati all'inizio del nuovo Millennio hanno dimostrato che le leggi del mercato⁸ sono necessarie ma non sufficienti⁹ a tutelare la democrazia, la società aperta e la stabilità geopolitica. Ne sono un

⁴ M. VEGETTI, *L'invenzione del globo. Spazio, potere, comunicazione nell'epoca dell'aria*, Torino, 2017.

⁵ F. ROSENZWEIG, *Globus. Per una teoria storico-universale dello spazio*, Bologna, 2007.

⁶ P. BASSETTI, *Oltre lo specchio di Alice. Governare l'innovazione nel cambiamento d'epoca*, Milano, 2020.

⁷ F. FUKUYAMA, *The end of history?*, in *The National Interest*, n.16/1989, pp. 3-18.

⁸ B. MILANOVIC, *Capitalism, alone. The future of the system that rules the world*, Cambridge, 2021.

⁹ R. FOROOHAR, *Homecoming. The path to prosperity in a post global world*, New York, 2022.

esempio, gli attentati alle Torri Gemelle del 2001, la crisi finanziaria del 2008, le Primavere Arabe del 2011, l'emergenza profughi nel Mediterraneo del 2015, l'affermazione dei movimenti neopopulisti suggellata nel 2016 dall'uscita della Gran Bretagna dall'UE e dalla elezione di Donald Trump a Presidente degli USA.

Il virus¹⁰ e l'invasione russa dell'Ucraina hanno sottolineato le contraddizioni già emerse a livello globale come conseguenza del suddetto, sia pur incompleto, elenco di novità geopolitiche destabilizzanti. Entrambi confermano la forza delle interconnessioni digitali e glocali¹¹ (eventi globali hanno ricadute locali), ma al contempo segnano un'evoluzione della globalizzazione, sempre più regionalizzata, ridefinita per blocchi, asiatico e occidentale, distanti fra loro, ma non granitici al loro interno. Molti Stati, nell'incertezza, ondeggiavano tra quella che sembra la potenza decadente (gli USA) e quella che dovrebbe diventare la potenza dominante (la Cina).

Il mondo non è più *piatto*¹² come molti sostenevano, ma la globalizzazione non è ancora finita. È in atto un cambiamento delle sue dinamiche. Si parla di *slowbalisation*¹³ oppure di *friend-shoring*, come suggerito dalla Segretaria al Tesoro degli Stati Uniti, Janet Yellen. Ciò vuol dire che la globalizzazione si ridisegna e sceglie un modello in cui l'obiettivo dell'efficienza economica si accompagna alla considerazione di altri fattori: resilienza, sicurezza nel controllo di settori vitali di un'economia, aspetti etici, valori e alleanze geopolitiche. In questa fase di transizione spaziale, le dinamiche interne al campo occidentale sono destinate a subire maggiori stravolgimenti.

3. La centralità geopolitica del Mediterraneo e l'eredità delle Primavere Arabe

La guerra tra la Russia e l'Ucraina ha confermato il disordine nello scacchiere internazionale¹⁴ e l'assenza di una leadership globale. Questo spiega il protrarsi del conflitto e il rischio che possa produrre una crisi alimentare,

¹⁰ S. ZIZEK, *Pandemic, Covid-19 shakes the world*, Hoboken, 2020.

¹¹ P. KHANNA, *Connectography. Mapping the future of global civilization*, New York, 2016.

¹² T.L. FRIEDMAN, *The world is flat. A brief history of the twenty-first century*, Farrar, New York, 2006.

¹³ F. DE LA IGLESIAS VIGURISTI, *L'economia mondiale esce dal Covid ed entra in guerra*, n.2/2022, pp. 9 - 22.

¹⁴ M.P. PAGNINI, G. TERRANOVA, *Un mondo disordinario tra Medioevo e nuovo Rinascimento, un virus sconvolge la geopolitica e oltre*, Roma, 2020.

migratoria ed energetica con ripercussioni su scala internazionale, in particolare nel quadrante mediterraneo¹⁵. Il grano (e il gas), come le mascherine di produzione asiatica durante la pandemia, abbondano, ma manca un quadro geopolitico e diplomatico stabile per assicurarne il trasporto a destinazione. L'accordo raggiunto lo scorso 22 luglio tra Kiev e Mosca, con la mediazione della Turchia e dell'ONU, per lo sblocco dell'export via mar Nero del grano ucraino, sembra funzionare, ma ha due limiti. In primo luogo, deve essere rinnovato ogni 120 giorni. In secondo luogo, dipende dagli umori delle parti belligeranti. A fine luglio, ad esempio, la nave cargo *Razoni*, partita da Odesa, avrebbe dovuto trasportare 26 mila tonnellate di grano in Libano. Invece, ha finito per attraccare nel porto siriano di Tartus, controllato dal regime di Bashar Assad, alleato della Russia.

Il Mediterraneo potrebbe, dunque, trasformarsi in una proiezione dell'area di conflitto ucraina e delle crisi da esso prodotte, confermando la sua vocazione di mare allargato, come teorizzato da Fernand Braudel¹⁶. Per tale ragione è uno dei luoghi-simbolo del cambio d'epoca che attraversiamo: considerato marginale dalla fine della Guerra Fredda, ritrova oggi una nuova centralità geopolitica. Molti Paesi mediterranei dell'Africa e del Medio Oriente¹⁷ dipendono dalle importazioni di grano russo e ucraino.

Vladimir Putin potrebbe far saltare il suddetto accordo con Kiev, causando un'emergenza alimentare che aumenterebbe la pressione migratoria sull'Europa. Lo scorso novembre, al confine tra Bielorussia e Polonia, abbiamo avuto l'esempio di come si possa strumentalizzare¹⁸ una crisi umanitaria per indebolire il nemico.

Questo, negli Stati europei che hanno già sostenuto¹⁹ e gestito²⁰, in modo innovativo ed efficace²¹, l'accoglienza di undici milioni di rifugiati ucraini,

¹⁵ G. KEPÉL, *Le prophète et la pandémie: du moyen-orient au jihadisme d'atmosphère*, Paris, 2021.

¹⁶ F. BRAUDEL, *La Méditerranée*, Paris, 2017.

¹⁷ WORLD ECONOMIC FORUM, *Three ways to reduce geopolitical risks in the global food system*, May 22, 2022.

¹⁸ UNHCR, *The refugee brief*, 12 November 2021.

¹⁹ F.L. GATTA, M. SAVINO, *La guerra in Ucraina: verso una nuova crisi dei rifugiati?*, in *ADiM Blog, Editoriale*, febbraio 2022.

²⁰ G. TERRANOVA, *La crisi umanitaria ucraina tra geopolitica e nuove frontiere dell'asilo*, in *ADiM Blog, Editoriale*, marzo 2022.

²¹ T. GAMMELTOFT-HANSEN, F. HOFFMAN, *Mobility and legal infrastructure for Ukrainian refugees*, in *International Migration*, n. 4/2022, pp.1-25.

rischierebbe di destabilizzare il quadro politico e sociale interno. Inoltre, il caro-vita spinto dalla crisi energetica provocata dal taglio delle forniture di gas dalla Russia graverà sulle fasce più fragili della popolazione. I segmenti sociali meno abbienti, esausti dalla pandemia e da un'inflazione mai così alta dagli anni Settanta, potrebbero rivoltarsi contro i rispettivi governi, accusandoli di addossare su di loro i costi economici delle sanzioni alla Russia.

È uno scenario peggiore di quello che l'Europa ha sperimentato circa un decennio fa, ma con dinamiche simili. La crisi finanziaria del 2007-2008 portò i grandi Paesi produttori cerealicoli a limitare le esportazioni per gestire l'inflazione, spingendo i prezzi dei beni alimentari verso ulteriori rialzi. Ad aggravare il quadro si aggiunsero le speculazioni finanziarie nella Borsa di Chicago e la siccità, che nel 2010 in Ucraina causò la perdita di quasi il 20% del raccolto annuale. Di lì a poco, nel 2011, quasi la metà delle Nazioni in cui si era registrato un aumento del numero di indigenti risiedeva nel continente africano. Fu questo il contesto che favorì le cosiddette Primavere Arabe²² e la crisi umanitaria culminata nel 2015 con l'arrivo in Europa di oltre un milione di rifugiati mediorientali.

Le conseguenze sono note. L'emergenza profughi spinse una parte dell'opinione pubblica occidentale a cedere al canto delle sirene neopopuliste. Un nuovo paesaggio politico che si rivelò favorevole, insieme ad altri fattori, all'affermazione di almeno quattro grandi novità. La vittoria del sì al referendum sulla Brexit del 2016 premiò la campagna anti-immigrati dell'Ukip di Nigel Farage; la vittoria di Donald Trump con lo slogan *America First!* alle elezioni presidenziali del 2016; l'ingresso nel 2017 di un partito di estrema destra (AFD) nel parlamento tedesco, per la prima volta dal dopoguerra; la formazione nel 2018 in Italia del primo governo nell'Europa contemporanea composto da due partiti (Lega e M5S) estranei alle famiglie politiche che hanno guidato il Vecchio Continente dal Secondo dopoguerra.

4. *Il futuro che ci attende*

Mentre Cina e USA continueranno a contendersi le redini del potere mondiale nell'indo-pacifico, l'Europa sarà chiamata a un risveglio geopolitico, soprattutto nel Mediterraneo.

Negli ultimi trent'anni l'Unione europea, guidata dalla Germania, ha guardato molto ai suoi confini orientali e molto meno a quelli meridionali.

²² G. KEPEL, *Sortir du chaos: les crises en Méditerranée et au Moyen-Orient*, Paris, 2021.

Dalla fine degli Ottanta, nessuno dei tentativi di partenariato tra la riva Nord e Sud (Mediterranean Forum, Summit 5+4, Processo di Barcellona, etc.), sostenuti per lo più dalla Francia, ha avuto esiti positivi. Basti ricordare il fallimentare progetto di una *Union pour la Méditerranée* (UpM) promossa nel 2008 dall'allora presidente francese Nicolas Sarkozy.

Mentre Bruxelles alimentava appena i canali di dialogo con i Paesi della riva Sud del Mediterraneo, essenzialmente a fini di controllo dei flussi migratori, si rafforzavano i rapporti con i partner dell'Est, l'allargamento portava nell'UE molti Stati dell'Europa orientale e si rafforzavano i partenariati energetici con la Russia.

Le novità geopolitiche degli ultimi mesi impongono ora un cambio di paradigma. La necessità di riscoprire la vocazione mediterranea dell'Europa potrebbe rappresentare una rivincita della linea francese su quella tedesca e un'occasione per un nuovo protagonismo dell'Italia nella regione e nell'UE. Roma, nonostante la congenita instabilità dei suoi esecutivi, per ragioni storiche e geografiche potrebbe avere un ruolo di primo piano in questo scenario. Il governo Draghi ne ha dato prova cogliendo prima di altri che il conflitto russo-ucraino avrebbe spostato a Sud la geografia degli approvvigionamenti energetici europei. Potrebbe delinearsi in Europa un più saldo asse italo-francese, già avviato con il Trattato del Quirinale²³, con l'obiettivo di trainare l'Europa verso il rilancio di una innovativa politica di vicinato mediterranea. Non sarà semplice costruire quell'asse, perché in Africa gli interessi sono talora divergenti (si pensi alla diversa posizione dei due Paesi europei in Libia). Ma è probabilmente la sfida principale che ci attende. È nel Mediterraneo che si deciderà il futuro di dossier strategici come la sicurezza alimentare ed energetica, la gestione delle crisi migratorie e umanitarie, la lotta al terrorismo islamista e forse anche la capacità di mediazione nel conflitto tra Russia e Ucraina. Se questa regione non verrà presidiata dall'UE, altri concorrenti regionali, come la Turchia, continueranno a occupare il vuoto geopolitico. E gli USA, impegnati nel confronto con la Cina, non potranno fare altro che prenderne atto.

²³ Camera dei Deputati, *Il Trattato del Quirinale*, in *Note di Politica Internazionale*, n. 14/2021, pp. 1 - 8.

Le frontiere interne

NUOVE REGOLE PER LO SPAZIO SCHENGEN:
UNO SGUARDO ALLE PROPOSTE
DELLA COMMISSIONE EUROPEA

Marco Borraccetti*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Le misure alle frontiere interne ed il rinvio rapido di migranti. – 3. Di Covid19 ovvero di come affrontare attuali e future epidemie. – 4. La strumentalizzazione dei migranti alle frontiere esterne. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La ricostruzione di un clima di fiducia tra gli Stati membri necessario al pieno funzionamento dello spazio senza frontiere interne, come previsto dall'art. 3(2) TUE, è l'obiettivo finale di due proposte della Commissione sulla modifica al Codice Frontiere Schengen¹ (CFS) e sulla creazione di strumenti per affrontare la cosiddetta strumentalizzazione della migrazione² da parte di Stati terzi, in linea con il programma delle più recenti presidenze dell'Unione³, a cominciare da quella francese.

La modifica del Codice Frontiere Schengen non costituisce certo una novità; essa trae origine dalle recenti differenti 'crisi' riconducibili agli intensi flussi migratori, ad attentati terroristici ed agli eventi pandemici degli ultimi due anni che avevano portato ad una mancanza di uniformità negli interventi statali, col sistematico ricorso ai controlli di frontiera tra Stati membri, più con finalità preventiva che come misura estrema.

La proposta sulla strumentalizzazione della migrazione origina, invece,

* Professore Associato di Diritto dell'Unione europea, Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

¹ Commissione europea, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) 2016/399 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders, COM(2021) 891 final 2021/0428 (COD).

² Commissione europea, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council addressing situations of instrumentalisation in the field of migration and asylum, COM(2021) 890 final 2021/0427 (COD).

³ Consiglio dell'Unione europea, Programme de dix-huit mois du Conseil (1er janvier 2022 - 30 juin 2023), 14441/21 POLGEN 191.

dai fatti alla frontiera europea con la Bielorussia⁴, che ha confermato come le contraddizioni europee possano essere sfruttate da Stati terzi per fini (geo)politici, anche con gravi violazioni dei diritti umani⁵.

Chiaro è il legame col Nuovo Patto europeo sulla migrazione e l'asilo⁶: tutte le misure proposte richiedono un superamento dello stallo circa la realizzazione di un reale meccanismo di solidarietà, che potrebbe verificarsi anche grazie a queste disposizioni che vanno incontro ai desiderata di molti Stati membri.

Quattro sono gli aspetti su cui concentrare l'attenzione: le modifiche di natura generale alla gestione delle frontiere interne; la previsione di un nuovo strumento per il rinvio rapido di migranti tra Stati membri; le misure idonee a fronteggiare nuove epidemie; l'istituzione di un meccanismo di emergenza per ipotesi di strumentalizzazione delle migrazioni.

2. *Le misure alle frontiere interne ed il rinvio rapido di migranti*

Nel corso degli anni molti Stati membri hanno posto in discussione l'intero funzionamento dello spazio Schengen. In tempi recenti, il Consiglio è ricorso in più occasioni all'art. 29 CFS per raccomandare ad alcuni Stati membri il ripristino dei controlli alle frontiere interne poiché se ne riteneva a rischio il funzionamento, auspicando evidentemente un successivo ritorno alla normalità. Tuttavia, al termine del previsto periodo di due anni, alcuni governi erano ricorsi a differenti basi giuridiche per mantenere la situazione inalterata.

In tale contesto, la parte dedicata alle frontiere interne si articola in tre punti: la modifica delle disposizioni riguardanti procedure e durata del mantenimento dei controlli; il ricorso a misure alternative o mitigatrici; la limitazione dei movimenti non autorizzati di migranti.

Quanto alle disposizioni di carattere generale, le modifiche proposte incidono sulla durata dei controlli alle frontiere interne, facendo proprie parte delle misure contenute nella proposta di modifica del 2017⁷, mai approvata.

⁴ S. MARINAL, *L'Unione europea risponde alla strumentalizzazione dei migranti: ma a quale prezzo?*, in *ADiM Blog, Editoriale*, dicembre 2021.

⁵ Asgi, *Unione Europea e Bielorussia: come trasformare una crisi politica in una crisi dei diritti umani*, Policy Paper, dicembre 2021.

⁶ Commissione europea, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, COM(2020) 609 final.

⁷ Commissione europea, Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consi-

In particolare, nel caso di eventi imprevedibili che richiedono azione immediata, questi durerebbero al massimo 1 mese, con un rinnovo massimo di altri 3 mesi (in luogo rispettivamente dei 10 giorni e 20 giorni attuali, per un periodo massimo di due mesi, art. 28 CFS vigente). Invece, nel caso di eventi prevedibili, l'intenzione di agire resterebbe soggetta all'obbligo di notifica con almeno 4 settimane d'anticipo ed il periodo avrebbe una durata massima di 6 mesi, rinnovabili per altri periodi di pari durata fino a raggiungere i due anni (art. 25(a)) (in luogo rispettivamente della durata di 30 giorni, rinnovi inclusi, e della durata massima di 6 mesi, art. 25 CFS vigente).

Così come l'intenzione iniziale, anche quella del rinnovo dovrà essere notificata a Commissione e Stati membri; tuttavia – art. 27(a) – la stessa Istituzione potrà avviare una consultazione con gli Stati direttamente interessati dalla misura e, successivamente, potrà adottare un parere al ritenere non dimostrate proporzionalità o necessità.

L'ultimo paragrafo del medesimo articolo andrebbe ad introdurre la possibilità di mantenere i controlli alle frontiere interne anche se trascorsi 2 anni dal loro inizio; nella notifica delle proprie intenzioni, lo Stato interessato dovrà in tal caso includere prova della persistenza delle minacce che giustificano la decisione. Successivamente, la Commissione adotterà un nuovo parere.

Infine, si propone l'introduzione di un meccanismo simile a quello dell'art. 29 CFS, nel caso in cui il funzionamento dello spazio Schengen sia a rischio, ma collegato alla gestione delle frontiere interne. Secondo il nuovo art. 28, con decisione del Consiglio, ad esso si ricorrerebbe qualora gravi minacce all'ordine pubblico o alla sicurezza interna di uno Stato ponessero a rischio l'intero funzionamento dell'area Schengen ed altre misure non fossero sufficienti a contrastare la minaccia. Il periodo, pari a 6 mesi, sarebbe rinnovabile per successivi periodi di 6 mesi ma, cosa interessante, con un'azione priva di limiti di rinnovo nel tempo. In tal caso risulterebbe evidente il disequilibrio tra le due misure, posto che il ricorso all'art. 29 CFS attualmente in vigore è limitato a due anni.

L'eventuale approvazione di quanto descritto porterebbe alla legalizzazione dello *status quo*, cui si accompagnerebbe il rischio di una prolungata compressione dei diritti dei cittadini europei, a fronte di una situazione non più emergenziale ma sistemica.

Al fine di bilanciare queste disposizioni, la Commissione cerca di prevenirne l'utilizzo – in quanto *extrema ratio* – col richiamo all'uso di misure al-

glio che modifica il regolamento (UE) 2016/399 per quanto riguarda le norme applicabili al ripristino temporaneo del controllo di frontiera alle frontiere interne, COM(2017) 571 final 2017/0245 (COD).

ternative, nonché gli effetti – una volta in essere – con differenti misure definite mitigatrici.

Il riferimento alle prime – oggetto di valutazione da compiere preliminarmente – implica il ricorso, nel rispetto della giurisprudenza di Lussemburgo⁸, a forme quali controlli di polizia, collaborazione rafforzata interforze, pattugliamenti congiunti ove sono più frequenti gli spostamenti non autorizzati tra Stati membri.

Le misure di mitigazione interverrebbero, invece, a controlli frontalieri già in essere e dovrebbero consistere in soluzioni idonee a ridurre l'impatto, ad esempio, sulla circolazione delle merci o sulla mobilità dei lavoratori frontalieri, come accaduto durante la pandemia: si pensi, ad esempio, alle linee guida della Commissione per l'istituzione di *green lane*⁹ e rimediare al rischio di arresto della catena produttiva.

Quanto ai cosiddetti movimenti secondari – o non autorizzati – di migranti, l'art. 23(a) prevedrebbe una procedura di trasferimento per coloro che sono stati intercettati in prossimità della frontiera: un concetto, tuttavia, non ben identificato e che potrebbe prestarsi a scelte arbitrarie. La procedura è descritta in dettaglio nel nuovo allegato XII: degna di menzione è la parte che – pur riconoscendo il diritto al ricorso avverso il provvedimento di trasferimento – al contempo non ne prevedrebbe l'efficacia sospensiva, consentendo quindi l'esecuzione dello stesso da parte delle autorità coinvolte. È evidente che tale disposizione pone in discussione il diritto degli interessati a restare sul territorio dello Stato in attesa della decisione, esponendoli non solo al rischio dell'irrimediabilità di un eventuale rinvio verso altro Stato membro, ma addirittura a quello di un ulteriore e successivo rimpatrio ai sensi della dir. 2008/115, qualora la pronuncia giudiziaria intervenisse successivamente all'allontanamento, comportando, quindi, la negazione del diritto riconosciuto dal giudice.

3. *Di Covid19 ovvero di come affrontare attuali e future epidemie*

Come noto, nell'economia dello spazio senza frontiere interne, la gestio-

⁸ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 22 giugno 2010, *Melki e Abdeli*, cause riunite C-188/10 e C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363.

⁹ Comunicazione della Commissione sull'attuazione delle corsie verdi ("*green lanes*") previste dagli orientamenti relativi alle misure per la gestione delle frontiere destinate a tutelare la salute e garantire la disponibilità di beni e servizi essenziali (2020/C 96 I/01).

ne di quelle esterne risulta di fondamentale importanza. Nel corso della pandemia COVID19, l'esigenza di limitare la diffusione del virus non ha riguardato solo i movimenti tra Stati membri, ma anche gli ingressi da Stati terzi particolarmente esposti. L'art.6(1)(e) CFS consente agli Stati membri di limitare gli ingressi ai cittadini non europei che costituiscono una minaccia per la salute pubblica, ma non prevede la possibilità di adottare provvedimenti preventivi che riguardino generalmente intere aree geografiche. Per questo il Consiglio, su iniziativa della Commissione, raccomandò agli Stati membri¹⁰ limitazioni ai viaggi non essenziali provenienti da zone ad alto rischio epidemiologico.

Secondo la proposta della Commissione, in analoghe circostanze il Consiglio avrebbe il potere di adottare un regolamento per imporre la limitazione ai viaggi verso l'Unione europea (art.21(a)), sulla base di quanto accertato dall'Organizzazione mondiale della sanità. Oltre all'individuazione delle aree geografiche di provenienza dei viaggiatori oggetto di restrizione, ed alle misure accessorie indicate per consentire il viaggio, il provvedimento individuerrebbe anche coloro che ne risulterebbero esenti.

La proposta precisa anche i diritti riconosciuti a cittadini europei, loro familiari e cittadini di stati terzi equiparati a quelli europei o comunque residenti nel territorio di uno Stato membro, incluso il diritto a rientrare presso la propria abitazione.

Sul piano interno, invece, soprattutto all'inizio della pandemia si è assistito al ripristino sistematico dei controlli alle frontiere interne, con ostacoli alla libera circolazione delle persone e delle merci; solo in un secondo momento è prevalso il ricorso a sistemi alternativi e meno invasivi, come ad esempio il certificato COVID digitale¹¹ (cd. *green pass*), cui già ora gli Stati membri fanno ricorso e che entrerebbero a far parte del CFS grazie al nuovo art. 26.

Tale norma va letta in combinazione con l'art. 25 che – tra le cause giustificatrici del ripristino dei controlli intra-frontalieri – fornisce un'elencazione esemplificativa di quelle che possono essere considerate gravi minacce all'ordine pubblico ed alla sicurezza interna; il punto b) inserisce tra esse le emergenze pubbliche di natura sanitaria su larga scala, perciò distin-

¹⁰ Raccomandazione (UE) 2020/912 del Consiglio del 30 giugno 2020 relativa alla restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE e all'eventuale revoca di tale restrizione.

¹¹ Regolamento (UE) 2021/953 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2021 su un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili di vaccinazione, di test e di guarigione in relazione alla COVID-19 (certificato COVID digitale dell'UE) per agevolare la libera circolazione delle persone durante la pandemia di COVID-19.

guendo nelle modalità di gestione delle frontiere: solo per quelle interne l'emergenza sanitaria rientra tra le ipotesi in cui si concretizza o può concretizzarsi una minaccia all'ordine pubblico ed alla sicurezza pubblica, restando una categoria autonoma nella gestione di quelle esterne (art. 8(2)(b) dell'attuale CFS).

4. *La strumentalizzazione dei migranti alle frontiere esterne*

La strumentalizzazione della migrazione irregolare, pur accaduta anche in passato, è letteralmente esplosa in tempi relativamente recenti al confine tra Bielorussia e Polonia. Se il piano d'azione 2021-2025 contro l'immigrazione irregolare¹² la identifica come l'effetto di un'azione attuata da attori terzi statali che usano i flussi migratori per fini politici, la definizione che si trova nel testo proposto del nuovo art.2(27) CFS collega l'istigazione all'intento di destabilizzare l'Unione e uno o più Stati membri, minacciandone non solo le frontiere ma anche l'integrità territoriale, il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna. Nel CFS modificato, le misure a disposizione degli Stati membri farebbero fronte a tale fenomeno nella prospettiva della sorveglianza delle frontiere esterne: l'art. 5 prevedrebbe la possibilità di limitare l'apertura ed il numero dei varchi di frontiera per far fronte ad una situazione apparentemente fuori controllo, nel rispetto della proporzionalità e dell'obbligo di garantire in ogni caso l'accesso al sistema di protezione internazionale, oltre che quello dei diritti all'ingresso nel territorio unionale propri dei cittadini europei e dei residenti. Il nuovo art. 13, invece, individuerrebbe le modalità di esercizio della sorveglianza ai confini esterni, inclusi il ricorso alla tecnologia e all'Agenzia della guardia di frontiera e costiera europea, non solo su richiesta spontanea dello Stato membro interessato, ma – a seguito di eventuali vulnerabilità riscontrate dalla medesima Agenzia – anche per raccomandazione del suo direttore.

Quanto previsto dall'art. 5 viene ripreso dalla citata proposta sulla strumentalizzazione della migrazione, che segue le conclusioni del Consiglio europeo del 21-22 ottobre¹³, la Comunicazione congiunta dell'Alto Rappresen-

¹² Commissione europea, Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A renewed EU Action Plan against migrant smuggling (2021-2025), COM(2021) 591 final.

¹³ Consiglio europeo, Conclusioni del 21 e 22 ottobre 2021, EUCO 17/21 CO EUR 15 CONCL 5.

tante con la Commissione¹⁴ e la proposta della Commissione relativa a misure temporanee di emergenza a beneficio di Lettonia, Lituania e Polonia¹⁵. Con la sua approvazione UE e Stati membri si doterebbero di una procedura permanente da seguire in siffatte circostanze: la Commissione, su richiesta dello Stato membro interessato, proporrebbe l'adozione di una decisione del Consiglio atta ad autorizzare l'uso della procedura di emergenza per la durata massima di sei mesi. Pur se l'obiettivo di destabilizzare l'Unione è portante nella definizione, va notato come il sistema non istituirebbe un obbligo di supporto e solidarietà in capo agli Stati membri e a beneficio di quello esposto alla strumentalizzazione.

La nuova disposizione si limiterebbe alla riduzione degli accessi al territorio dello Stato interessato, con evidente riflesso sull'accesso al sistema di protezione internazionale; a consentire l'allungamento dei tempi per la registrazione delle stesse domande di protezione e per la risposta conseguente; al confinamento alla frontiera, pur se – sul piano teorico – all'interno del territorio statale.

In quest'ultima ipotesi, non potrebbe essere ignorata la sentenza *Commissione/Ungheria*¹⁶ secondo la quale anche il confinamento territoriale in un luogo circoscritto implica la privazione della libertà personale e, quindi, dovrebbe essere valutato alla stregua di una misura di *extrema ratio*; in relazione all'accesso al territorio dello Stato interessato, invece, le perplessità sorgono perché – nonostante il continuo richiamo al rispetto dei diritti umani – la misura sembra configgere con la sentenza *FMS*¹⁷, dalla quale si ricava che la riduzione dei varchi di confine può ostacolare il legittimo esercizio dei propri diritti da parte di coloro che sono intenzionati a richiedere protezione internazionale.

¹⁴ Commissione europea, Comunicazione congiunta al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Risposta alla strumentalizzazione dei migranti avallata dallo Stato alle frontiere esterne dell'UE, JOIN(2021) 32 final.

¹⁵ Commissione europea, Proposta di Decisione del Consiglio relativa a misure temporanee di emergenza a beneficio di Lettonia, Lituania e Polonia, COM(2021) 752 final 2021/0401 (CNS).

¹⁶ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 17 dicembre 2020, *Commissione europea c. Ungheria*, C-808/18, ECLI:EU:C:2020:1029.

¹⁷ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 14 maggio 2020, *FMS et. al. c. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság, Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*, C 924/19 PPU e C 925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367.

5. Conclusioni

La rapida lettura delle proposte della Commissione consente *prima facie* alcune riflessioni.

Sul piano generale, si può affermare che quanto proposto sembra andare incontro a possibili istanze statali, evitando di contraddirne il recente comportamento, istitutivo dei controlli alle frontiere interne tra Stati per periodi superiori al consentito. Le disposizioni proposte sembrano legalizzare lo *status quo*, con la speranza che la nuova cornice di legalità riporti al ricorso a tali strumenti come ultima istanza. Se, da un lato, il periodo di ripristino è allungato, tanto con riferimento al primo periodo che al suo rinnovo, dall'altro si introduce – nella procedura – l'obbligo di valutare preliminarmente l'adozione di misure alternative o, successivamente, il ricorso a misure di mitigazione, la cui natura e forma si ispirano a quanto sperimentato nel periodo pandemico.

La proposta dalla Commissione prevede inoltre l'adozione di misure che consentano agli Stati di limitare i movimenti non autorizzati di migranti, includendo anche la possibilità di riportarli nello Stato membro di ingresso, per poi allontanarli dal suolo europeo. Pur se impugnabile dall'interessato, il provvedimento risulterà immediatamente esecutivo e l'eventuale appello non avrebbe effetto sospensivo; si aprirebbe, dunque, ad un rischio evidente di danno irreparabile per il soggetto coinvolto che, col meccanismo detto del 'rimpatrio a catena', rischierebbe di essere allontanato in uno Stato terzo confinante, divenendo difficilmente rintracciabile nel caso il suo diritto venisse riconosciuto dal giudice.

Sul piano della gestione delle frontiere esterne, invece, si introduce la possibilità di adottare provvedimenti di natura generale che riducano i viaggi da aree geografiche ove si verifica una pandemia, individuando tuttavia quelli considerati essenziali e riconoscendo ai cittadini europei, a quelli ad essi equiparati, ai loro familiari e ai residenti negli Stati membri, il diritto di entrare in ogni caso nell'UE per recarsi nella propria abitazione. L'includere tra questi soggetti i richiedenti protezione non implica tuttavia che questi possano avere semplice accesso all'asilo, anche a causa delle plausibili limitazioni di movimento.

Infine, appare inevitabile osservare lo stretto legame tra queste proposte e quelle presentate contestualmente alla pubblicazione del Nuovo patto europeo sulla migrazione e l'asilo, in particolare guardando alla proposta sulla

gestione dell'asilo e dell'immigrazione¹⁸ ed all'applicazione effettiva del principio di solidarietà. Un'eventuale adozione delle proposte commentate, senza al contempo un'effettiva solidarietà tra Stati ed un sistema di ripartizione nella gestione delle domande di protezione e dei rimpatri di coloro che sono in posizione irregolare, porterebbe un ulteriore aggravio degli oneri in capo agli Stati di frontiera, che continuerebbero a sostenere la gestione dei flussi migratori in luogo (ed a beneficio) di tutti gli Stati membri.

¹⁸ Commissione europea, Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla gestione dell'asilo e della migrazione e che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e la proposta di regolamento (UE) XXX/XXX (Fondo Asilo e migrazione), COM(2020) 610 final 2020/0279 (COD).

RIFORMA DEL CODICE FRONTIERE SCHENGEN
E DEL REGOLAMENTO EURODAC:
UNA MANOVRA A TENAGLIA
PER LA CRIMINALIZZAZIONE DEI MOVIMENTI SECONDARI

Anna Brambilla*, Eleonora Celoria**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La riforma del Codice Frontiere Schengen e la centralità delle misure alternative. – 3. La riforma di Eurodac e il contrasto dei movimenti secondari. – 4. Gerarchie di meritevolezza e mobilità differenziali.

1. *Introduzione*

Il 9 e 10 giugno 2022, nell’ambito del Consiglio “Giustizia e affari interni”, i Ministri degli interni degli Stati membri hanno raggiunto un accordo politico su alcuni elementi centrali dell’attuale strategia europea in materia di asilo e immigrazione¹. L’intesa giunge dopo mesi di negoziati condotti sotto la guida della Presidenza francese, che aveva ribadito sin dal principio come tra le proprie priorità vi fosse quella di rafforzare lo spazio Schengen secondo una politica fondata sull’aumento dei controlli alle frontiere esterne e sul contenimento dei movimenti secondari dei migranti in Europa². La centralità del tema degli spostamenti di cittadini dei Paesi terzi era già emersa durante il precedente semestre a guida slovena, nell’ambito del quale era stato adottato un *discussion paper*³ che presentava i movimenti secondari (incluso quelli di migranti regolari, irregolari e richiedenti asilo) come un pericolo per la sicurezza dell’Unione.

La preoccupazione per gli spostamenti infra-UE dei cittadini non europei è un elemento centrale nell’articolazione delle politiche di asilo e immigrazione dell’UE sin dallo sviluppo della cooperazione intergovernativa su

* Avvocata ASGI.

** Dottoranda in Diritti e Istituzioni, Università degli Studi di Torino.

¹ Consiglio dell’UE, Consiglio ‘Giustizia e Affari Interni’ del 9 e 10 giugno 2022, sessione n. 3979/2022.

² J. ZILLER, *La presidenza francese dell’Unione Europea*, in *Eurojus*, 7 febbraio 2022.

³ Consiglio dell’UE, *Discussion paper on secondary movement*, n. 13343/21, 9 novembre 2021.

questi temi⁴ e, soprattutto dopo il 2015, il contrasto ai movimenti secondari è diventato una priorità politica per gli Stati e per le istituzioni europee. Non pare quindi casuale che, tra i vari testi legislativi di cui la Commissione europea ha proposto la riforma dopo il 2016, quelli relativi al Regolamento Eurodac e al Codice Frontiere Schengen (di seguito CFS) siano state al centro dei negoziati del Consiglio negli ultimi mesi: tanto la Presidenza slovena quanto quella francese hanno agito per individuare più efficaci strategie di contenimento dei movimenti non autorizzati e per permettere l'avanzamento della discussione su questi atti.

Il presente commento si concentrerà dunque sulle proposte di revisione del Regolamento Eurodac e del CFS, posto che da entrambi i testi riemerge la centralità di una questione – quella dei movimenti secondari – che sembrava essere stata parzialmente superata nella gestione della crisi ucraina⁵.

2. *La riforma del Codice Frontiere Schengen e la centralità delle misure alternative*

La proposta di revisione del CFS presentata dalla Commissione il 14 dicembre 2021 è funzionale al pieno ripristino del funzionamento dell'area Schengen, pietra angolare dell'intera architettura europea⁶. Le modifiche proposte, con specifico riguardo alle frontiere interne, paiono riflettere la volontà della Commissione di evitare il più possibile l'introduzione e/o il mantenimento dei controlli ai confini, anche a fronte di fenomeni quali i movimenti dei migranti tra i Paesi Europei⁷. Questi spostamenti furono qualificati come una minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblici già nelle decisioni del Consiglio del 2017, recanti raccomandazioni sul ripristino dei controlli alle frontiere interne in ragione degli alti numeri di migranti provenienti dalla Grecia e diretti verso alcuni Stati membri⁸.

Secondo la stessa *ratio*, in sede di riforma del CFS, la Commissione ha

⁴ A. DI PASCALE, *Respingimento dello straniero e controlli delle frontiere interne e esterne nel diritto dell'UE*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2020, pp. 1 ss.

⁵ M. SAVINO, L. GATTA, *On the brink of a new refugee crisis*, in *Verfassungblog*, 10 marzo 2022.

⁶ M. BORRACCETTI, *Nuove regole per lo spazio Schengen: uno sguardo alle proposte della Commissione europea*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, gennaio 2022.

⁷ S. MANTU, *Schengen, Free Movement and Crises: Links, Effects and Challenges*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 23/2021, pp. 377 ss.

⁸ Decisione di esecuzione 2016/894, e successive decisioni 2016/1989 e 2017/818.

incluso «una situazione caratterizzata da spostamenti non autorizzati su vasta scala di cittadini di paesi terzi tra Stati membri, che mettono a rischio il funzionamento globale dello spazio senza controllo alle frontiere interne» tra le ipotesi che possono integrare una minaccia per l'ordine pubblico⁹. All'interno dell'orientamento generale del Consiglio, invece, l'attenzione all'interno dell'orientamento generale del Consiglio l'attenzione viene spostata dal rischio per il funzionamento dello spazio Schengen, al fatto che gli spostamenti possano «mettere a dura prova le risorse e capacità complessive dei servizi nazionali responsabili»¹⁰. In ogni caso, l'inclusione del riferimento agli 'spostamenti non autorizzati' dei migranti (indipendentemente dalla loro condizione di regolarità/irregolarità) tra le maggiori minacce per l'ordine pubblico dello spazio Schengen suona come una nota stonata rispetto al principio generale contenuto al considerando (26) CFS e segna un ulteriore passo avanti nel processo di criminalizzazione dei migranti, amplificato dalla generica sovrapposizione dei movimenti dei cittadini stranieri con la minaccia all'ordine pubblico¹¹.

La stessa logica securitaria soggiace alla scelta compiuta dalla Commissione in sede di proposta di riforma dell'art. 23 CFS, volta ad includere espressamente la lotta «contro il soggiorno irregolare connesso con l'immigrazione irregolare» tra gli obiettivi delle attività di polizia finalizzate a prevenire minacce per l'ordine e la sicurezza pubblici. L'immigrazione irregolare è consacrata quale una delle principali preoccupazioni che possono giustificare l'intensificarsi di accertamenti eseguiti dalle forze dell'ordine: controlli che non verranno qualificati come controlli di frontiera se attuati con modalità «chiaramente distinte dalle verifiche sistematiche delle persone alle frontiere esterne»¹², così risultando legittimi quantomeno dal punto di vista del diritto UE. Seguendo il percorso già tracciato a partire dal 2017 la

⁹ Commissione Europea, 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 final, art. 25 *bis*, para 1.

¹⁰ Consiglio dell'UE, 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 - Orientamento generale, n. 9937/22, 9 giugno 2022, pag. 33.

¹¹ Sul tema, già VAN DER WOUDE, *Crimmigration at the Internal Borders of Europe? Examining the Schengen Governance Package*, in *Utrecht Law Review*, 11, 2017, pp. 61-79.

¹² EC, Proposta di riforma del CFS, art. 23, para 1, lett. a).

Commissione europea esorta gli Stati a ricorrere all'operato della polizia per contrastare i movimenti secondari dei migranti, in modo da non compromettere la libertà di circolazione nell'area Schengen.

Accanto alla misura alternativa dei controlli di polizia, la proposta del 2021 contiene poi un ulteriore strumento operativo: si tratta del 'trasferimento' dello straniero «fermato nelle immediate vicinanze delle frontiere interne»¹³. La proposta non contiene alcuna concreta indicazione di quale zona debba essere ricompresa nello spazio di «immediata vicinanza della frontiera», né di «zona di frontiera» *tout court*, e non è chiaro se la definizione debba essere contenuta nel diritto nazionale (come disposto dall'art. 23 CFS). Le tutele previste per il migrante interessato da questa nuova forma di respingimento paiono irrisorie, e ben inferiori rispetto a quanto disciplinato dalla Direttiva Rimpatri: ad esempio, non viene menzionato l'obbligo di rispetto del principio di *non-refoulement*, e parimenti sono ridotte le garanzie procedurali in termini di diritto ad un rimedio effettivo (l'impugnazione del provvedimento non ha in nessun caso effetto sospensivo).

A ben vedere, è difficile comprendere se il nuovo meccanismo di trasferimento si qualifichi come *tertium genus* di allontanamento – distinto tanto dal rimpatrio (disposto quando il cittadino straniero si trovi all'interno degli Stati UE) quanto dal respingimento (applicabile in base al CFS soltanto alle frontiere esterne dell'Unione) – o se non sia piuttosto una modalità esecutiva del rimpatrio, al pari della riammissione disposta nell'ambito di accordi di cooperazione bilaterali. In base alla modifica proposta all'art. 6 co 3 della Direttiva Rimpatri, infatti, gli Stati potranno astenersi dall'emettere una decisione di rimpatrio qualora lo straniero sia "ripreso" da un altro Stato membro sulla base della nuova procedura – secondo un meccanismo simile a quanto già previsto in caso di intese bilaterali – con il rischio che la situazione individuale del migrante e la potenziale violazione dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e dalla Carta non vengano adeguatamente esaminate dallo Stato che esegue il trasferimento. Così, se per un verso la riforma del CFS va nella direzione di una gestione dei movimenti secondari entro una cornice normativa europea, per altro verso l'ampia autonomia lasciata agli Stati consentirebbe loro di attivare il meccanismo di respingimento semi-formalizzato à la carte, in aggiunta o in alternativa rispetto all'applicazione degli accordi bilaterali¹⁴.

¹³ EC, Proposta di riforma del CFS, art. 23 a, e Allegato XII.

¹⁴ Sulla compresenza e intersezione di regimi legali differenziati, V. APATZIDOU, *Schengen Reform: 'Alternatives' to Border Controls to Curb 'Secondary Movements'*, in *European Papers*,

L'intervento del Consiglio è andato precisamente nella direzione di mantenere il più ampio margine di manovra possibile per gli Stati: da un lato, concepisce la procedura di trasferimento come meramente facoltativa e comunque attivabile in un quadro di 'cooperazione bilaterale' (concetto che consentirebbe agli Stati di muoversi entro uno spazio di cooperazione più ampio); dall'altro lato, le operazioni di riammissione dello straniero su cui gli Stati si accordano nell'ambito di intese bilaterali resterebbero impregiudicate dall'adozione della norma¹⁵.

Tanto nella proposta della Commissione, quanto nell'orientamento del Consiglio, invece, spicca l'assenza di previsioni volte ad evitare che il meccanismo di trasferimento – potenzialmente lesivo del principio di *non-refoulement* – coinvolga anche i richiedenti protezione internazionale¹⁶. Tale pericolo è quanto mai attuale, dal momento che fino ad oggi le procedure informali di respingimento alle frontiere interne hanno riguardato anche e soprattutto richiedenti protezione internazionale¹⁷ e considerato che la proposta non contiene sufficienti garanzie per assicurare che questi soggetti siano adeguatamente tutelati nell'ambito dell'esercizio delle misure alternative proposte dalla riforma del CFS¹⁸. L'inciso introdotto dal Consiglio tra i *consideranda* (relativo al divieto di applicazione della procedura ai soggetti che rientrano nell'ambito di applicazione del Regolamento Dublino) non pare sufficiente a fugare il dubbio che l'approccio delle istituzioni europee vada nel senso di intervenire attraverso una modifica del CFS per limitare i movimenti secondari dei 'migranti', soprassedendo al distinto regime applicabile tra regolari (compresi i richiedenti protezione) e irregolari. Sia il nuovo meccanismo di 'trasferimento' introdotto dalla Commissione (art. 23 bis della proposta) che soprattutto il riferimento agli 'spostamenti non autorizzati' dei migranti all'interno dell'area Schengen (di cui all'art. 25 bis della proposta)

Insight, n. 2(7), 2022, pp. 573 ss. e M. WEISSENSTAINER, *Cross-border police cooperation and 'secondary movements': on reconfigurations in enforcing differential mobility rights within the spatial-legal Schengen space*, in *Utrecht Law Review*, n. 17(4), 2022, pp. 73 ss.

¹⁵ Orientamento generale del Consiglio dell'UE, pag. 15-16 e 31-33.

¹⁶ Si v. ECRE, *Comments on the Commission Proposal to Amend the Schengen Borders Code*, 7.3.2022; PICUM, *Joint Civil Society Statement on the Schengen Border Code*, 20.4.2022; BVMN e ASGI, *Joint Analysis on the Schengen Border Code Reform*, 1 giugno 2022.

¹⁷ A. BRAMBILLA, C. BOVE, *(In)compatibilità delle procedure di riammissione ai confini interni e dei comportamenti ad esse preordinate con il diritto dell'Unione Europea*, in *AdiM Blog, Analisi & Opinioni*, Aprile 2021.

¹⁸ Così anche V. APATSIDOU, *Op. cit.*

giocano su una confusione – e implicita sovrapposizione – tra richiedenti protezione internazionale e migranti rimpatriandi in quanto irregolari, riconfigurando una unica categoria di *crimmigrant other*¹⁹, i cui diritti fondamentali (primo tra tutti, il diritto al *non-refoulement*) paiono recessivi rispetto alle esigenze di tutela dell'ordine pubblico, della sicurezza e del funzionamento dell'area Schengen.

3. *La riforma di Eurodac e il tentativo di contrasto dei movimenti secondari*

La tendenza alla progressiva sovrapposizione tra richiedenti asilo e migranti irregolari è alla base anche della riforma del Regolamento Eurodac. La sua trasformazione da database biometrico per la gestione dell'asilo a sistema di interoperabilità per un controllo della mobilità anche a supporto dei rimpatri²⁰ ha portato diversi autori a guardare al nuovo sistema come ad un tassello centrale della politica di criminalizzazione dei migranti e dei richiedenti asilo, tanto da parlare di processo di *crimmigration*²¹.

La riforma del Regolamento Eurodac muove i suoi passi dal percorso avviato durante la precedente legislatura e il testo presentato dalla Commissione nel 2020²² deve essere letto unitamente a quello del 2016²³ e alle modifi-

¹⁹ M. VAN DER WOUDE, *The Crimmigrant 'Other' at Europe's Intra-Schengen Borders*, in M. JESSE (a cura di) *European Societies, Migration and the Law*, Cambridge, 2020, pp. 62 ss.

²⁰ K. STRAK, *Eurodac as an Instrument of the EU Return Policy*, in *Polish Review of International and European Law*, vol. 7/2018, pp. 41 ss.

²¹ Tra gli altri B. MENEZES QUEIROZ, *The Impact of EURODAC in EU Migration Law: The Era of Crimmigration?*, in *Market and Competition Law Review*, 2019, pp. 157 ss.; N. AMELUNG, *"Crimmigration Control" across Borders: The Convergence of Migration and Crime Control through Transnational Biometric Databases*, in *Historical Social Research*, n. 3/2021, pp. 46 ss.

²² Commissione Europea, Proposta modificata di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) XXX/XXX [regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione] e del regolamento (UE) XXX/XXX [regolamento sul reinsediamento], per l'identificazione di cittadini di paesi terzi o apolidi il cui soggiorno è irregolare e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, e che modifica i regolamenti (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/818, COM(2020) 614 final.

²³ Commissione Europea, Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applica-

che successivamente proposte (in particolare si vedano i documenti adottati durante la Presidenza slovena del Consiglio UE e durante la Presidenza francese²⁴). Nonostante i molteplici interventi e sebbene si sia in presenza di un testo ancora provvisorio, le finalità della riforma appaiono sufficientemente chiare e fin dalla lettura dei considerando e dei primi articoli è possibile comprendere come l'obiettivo principale sia quello di ampliare lo scopo del Regolamento per raggiungere molteplici risultati: consentire un più efficace contrasto ai movimenti non autorizzati di migranti; raccogliere un maggior numero di dati; facilitare l'utilizzo di Eurodac non solo nelle procedure di asilo ma anche in quelle di rimpatrio e reinsediamento; garantire l'interoperabilità con le altre banche dati europee.

A mutare è l'intera architettura del sistema e soprattutto, come già evidenziato, la tipologia di dati raccolti e di soggetti "indagati". Attualmente infatti il sistema Eurodac prevede il rilevamento delle impronte digitali di tutte le dita delle persone di età non inferiore a quattordici anni appartenenti a determinate categorie – richiedenti protezione internazionale, cittadini di Stati terzi fermati in relazione all'attraversamento irregolare di una frontiera esterna e, a certe condizioni, cittadini di Stati terzi fermati in condizioni di soggiorno irregolare – e la registrazione nella banca dati Eurodac solo dei dati relativi alle impronte digitali, allo Stato membro d'origine, al sesso della persona e altre informazioni utili a verificare se le sue impronte sono presenti o meno nel Sistema. L'ottenimento di un riscontro (*hit*) positivo permette poi di risalire ai dati anagrafici della persona, e quindi alla sua identità, attraverso la rete Dublinet²⁵.

zione del regolamento (UE) n. 604/2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di paese terzo o da un apolide, per l'identificazione di cittadini di paesi terzi o apolidi il cui soggiorno è irregolare e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto (rifusione), COM(2016) 272 final.

²⁴ Consiglio dell'UE, Proposta modificata di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del Regolamento (UE) n. 604/2013 e Direttiva 2011/55/CE, per l'identificazione di cittadini di paesi terzi o apolidi il cui soggiorno è irregolare e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto e che modifica il Regolamento (UE) n. 2018/1240 e (UE)2019/818 e (UE) 2017/2226 - Mandato per i negoziati con il Parlamento, n. 9670/2022, 15 giugno 2022.

²⁵ Commissione Europea, Comunicato stampa: Trasmissione di domande di asilo tra Stati Membri – Dublinet è ora operativa, 19.9.2003.

La nuova proposta prevede il rilevamento dei dati biometrici di tutte le persone di età superiore ai sei anni rientranti, oltre che nelle categorie sopra menzionate, anche in due nuove categorie: a) quella delle persone sbarcate a seguito di un'operazione di ricerca e soccorso (che saranno quindi distinte da quelle fermate in relazione all'attraversamento irregolare); e b) quella dei beneficiari di protezione temporanea (ad eccezione delle persone sfollate a causa della guerra in Ucraina). A variare è inoltre la tipologia di dati rilevati; la riforma prevede infatti la registrazione oltre che delle impronte digitali e dell'immagine del viso anche di: nome, cognome, data e luogo di nascita, nazionalità e ulteriori informazioni quali quelle relative all'adesione a programmi di rimpatrio, all'allontanamento dal territorio nazionale e agli esiti dei controlli di sicurezza effettuati (e quindi all'esistenza di una possibile allerta per la sicurezza nazionale). Tali dati saranno registrati oltre che direttamente nella banca dati Eurodac anche nel cd. CIR (archivio comune di dati di identità) istituito dal Regolamento UE 2019/818²⁶. La proposta di riforma è strutturata infatti anche per consentire al sistema Eurodac di funzionare pienamente nell'ambito del quadro per l'interoperabilità (Regolamento UE 2019/817 e Regolamento UE 2019/818) tra i sistemi di informazione dell'UE. La trasformazione di Eurodac da strumento per la gestione dell'asilo e determinazione dello Stato membro competente all'esame della domanda a database a fine investigativi²⁷, utile a tracciare il movimento di qualsiasi persona che fa ingresso nello spazio UE, verrà resa possibile anche dalle nuove modalità di registrazione ed elaborazione dei dati. Sarà così possibile collegare in un'unica sequenza tutte le serie di dati dell'Eurodac riferiti ad una singola persona, indipendentemente dalla loro categoria.

La capacità degli Stati membri e delle istituzioni europee di rilevare e, conseguentemente, agire al fine di contrastare i movimenti secondari saranno amplificate non solo dalle nuove modalità di registrazione dei dati sopra esaminate ma da altre modifiche riguardanti la rilevazione e conservazione dei dati biometrici dei cittadini di Stati terzi fermati in condizione di soggiorno irregolare nel territorio dello Stato membro, e la conservazione dei dati dei cittadini di Stati terzi fermati in relazione all'attraversamento irrego-

²⁶ Regolamento UE/2019/818 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 che istituisce un quadro di interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'UE nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria, asilo e migrazione, e che modifica i regolamenti (UE) 2018/1726, (UE) 2018/1862, (UE) 2019/816.

²⁷ V. FERRARIS, *Eurodac e i limiti della legge: quando il diritto alla protezione dei dati personali non esiste*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2017, pp. 1 ss.

lare di una frontiera esterna. Infatti, ad oggi, gli Stati hanno solo la facoltà – e non l’obbligo – di trasmettere al Sistema centrale i dati relativi alle impronte dei cittadini stranieri soggiornanti irregolarmente in uno Stato membro, prevista all’unico fine di verificare la precedente presentazione di una domanda di protezione internazionale in altro Stato membro (art. 17 Regolamento Eurodac). La riforma, invece, prevede non solo l’obbligo di trasmissione ma anche la registrazione di tali dati per un periodo di cinque anni. Analogamente, il periodo di conservazione dei dati dei cittadini di Stati terzi fermati in relazione all’attraversamento irregolare di una frontiera esterna passerà da diciotto mesi a cinque anni.

Le novità introdotte sollevano forti preoccupazioni riguardo alle possibili conseguenze sul piano dei diritti fondamentali soprattutto per quanto riguarda la protezione dei dati personali, la tutela della vita privata e i diritti dei minori. Nemmeno i miglioramenti relativi al diritto di informazione sembrano essere sufficienti a controbilanciare i rischi derivanti dalle altre modifiche, anche in ragione della possibilità che dati già raccolti in precedenza nel sistema Eurodac vengano utilizzati per fini diversi da quelli originari senza un’opportuna informativa alla persona interessata²⁸. In generale, le criticità già espresse dal Garante Europeo per i Dati Personali relativamente alla riforma Eurodac del 2013 riguardo all’accesso ai dati da parte delle forze dell’ordine e di Europol²⁹, rischiano di essere ulteriormente accentuate, considerato soprattutto il ruolo di Frontex che potrà agire grazie all’interoperabilità tra le banche dati³⁰. La nuova riforma permetterà di creare un “sistema di difesa della Fortezza Europa” che tratterà gli spostamenti dei cittadini di Stati terzi ancora prima dell’ingresso nel territorio dell’Unione Europea, chiudendo ogni possibile via d’accesso a movimenti considerati non autorizzati, ed espanderà in modo del tutto sproporzionato il controllo dello Stato su migranti e richiedenti asilo.

²⁸ N. VAVOULA, *ECRE Working Paper: Transforming Eurodac from 2016 to the New Pact: From the Dublin System’s Sidekick to a Database in Support of EU Policies on Asylum, Resettlement and Irregular Migration*, in *ECRE Weekly Bulletin*, 2020.

²⁹ European Data Protection Supervisor (EDPS), *Opinion of the European Data Protection Supervisor on the amended proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the establishment of ‘EURODAC’*, 5 September 2012.

³⁰ S. CARRERA, M. STEFAN, R. CORTINOVIS, N. CHUN LUK, *When mobility is not a choice. Problematising asylum seekers’ secondary movements and their criminalisation in the EU*, in *CEPS*, n. 2/2019.

4. Conclusioni: gerarchie di meritevolezza e mobilità differenziali

Mentre, nel corso degli ultimi mesi, avanzavano i negoziati all'interno del Consiglio sulle proposte di riforma qui presentate, l'aggressione militare russa all'Ucraina e lo scoppio della guerra costringevano milioni di persone a fuggire dal Paese, provocando il più rapido e ingente movimento di rifugiati in Europa dopo la Seconda guerra mondiale. In 5 mesi (i dati qui riportati sono aggiornati a luglio 2022) oltre 7 milioni di persone, tra le quali quasi 2 milioni di cittadini non ucraini, hanno attraversato i confini esterni dell'Unione e circa 4 milioni di persone hanno fatto richiesta di protezione temporanea³¹. Benché un alto numero di rifugiati si sia fermato in Polonia, centinaia di migliaia di persone si sono spostate in tutta Europa. Soltanto i confini interni italiani sono stati interessati da circa 156 mila passaggi di cittadini in fuga dall'Ucraina, che con alta probabilità avevano legami familiari, sociali o culturali con il nostro Paese³². Uno degli elementi chiave dell'approccio europeo alla crisi ucraina è stato quello della libertà per le persone in fuga di scegliere lo Stato membro in cui presentare istanza di protezione temporanea, e di muoversi anche in seguito al riconoscimento della protezione. Benché lo spostamento dei cittadini ucraini all'interno dell'UE fosse agevolato dall'inclusione dell'Ucraina tra i Paesi in esenzione visto, la scelta politica operata dagli Stati è stata netta, dal momento che nella decisione di esecuzione del Consiglio sull'attivazione della protezione si legge che le persone in fuga dall'Ucraina «possono scegliere lo Stato membro in cui intendono godere dei diritti connessi alla protezione temporanea e raggiungere i familiari e gli amici attraverso le importanti reti delle diaspore attualmente esistenti in tutta l'Unione»³³.

Come evidenziato da Di Pascale³⁴, si è sostanzialmente stabilito un meccanismo di redistribuzione *de facto*, nell'ottica di garantire «l'equilibrio degli sforzi tra gli Stati Membri»³⁵, sulla base del criterio della libera scelta che ri-

³¹ EUAA, *Analysis on Asylum and Temporary Protection in the EU+ in the Context of the Ukrainian Crisis. Week 30 (25-31 July) 2022*, 3 August 2022.

³² Dipartimento della Protezione Civile della Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Emergenza Ucraina. Dashboard ingressi alle frontiere* (consultato in data 10 agosto 2022).

³³ 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

³⁴ A. DI PASCALE, *Volere è potere! L'attivazione della protezione temporanea per l'accoglienza dei profughi ucraini nell'Unione europea*, in *Eurojus*, 14 marzo 2022.

³⁵ Sul punto anche D. THYM, *Temporary protection for Ukrainians: the unexpected renaissance of 'free choice'*, in *EU Migration and Asylum Law Blog*, 7 March 2022.

flette la sussistenza di legami familiari e culturali delle persone interessate. L'approccio seguito per la crisi ucraina era, in parte, stato incluso nel modello proposto nel 2017 dal Parlamento europeo per la revisione del Regolamento Dublino che, ormai, appare un lontano miraggio. Nella nuova proposta di riforma di Dublino del 2020 – da cui emerge ancora una volta la preoccupazione di evitare i movimenti secondari – non vi è invece alcun riferimento alla libera scelta dei richiedenti e a considerazioni incentrate sui loro legami socio-culturali³⁶.

Allo stesso modo, le conclusioni del Consiglio GAI del 9 e 10 in materia di immigrazione lasciano intuire che l'orientamento restrittivo e repressivo affermatosi negli ultimi vent'anni in materia di politiche migratorie non verrà probabilmente intaccato pur a fronte del fatto che gli spostamenti di centinaia di migliaia di persone in uscita dall'Ucraina, affiancati anche da *back-and-forth movements* (movimenti avanti e indietro) e da rientri in Ucraina³⁷, non si sono – a distanza di sei mesi dall'inizio della guerra – dimostrati un pericolo per l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica all'interno della UE. Sembra invece di poter concludere che lo spazio Schengen si riconfermi così uno spazio di «differential and unequal mobility rights»³⁸, all'interno del quale viene operata una differenziazione non soltanto tra cittadini europei e non, ma anche tra gli stessi cittadini di Stati terzi secondo una gerarchia di 'meritevolezza' in base alla quale alcuni movimenti, vengono autorizzati e altri sono invece criminalizzati e affrontati con logiche securitarie e di deterrenza.

³⁶ Per un commento: F. MAIANI, *A 'fresh start' or one more clunker? Dublin and solidarity in the New Pact*, in *EU Migration and Asylum Law Blog*, 20 October 2020.

³⁷ EUAA, *Analysis on Asylum and Temporary Protection in the EU+ in the Context of the Ukrainian Crisis. Week 30 (25-31 July) 2022*, 3 August 2022.

³⁸ M. WEISSENSTAINER, *Op. cit.*, p. 73.

WHO CAN END THE BORDER CONTROLS WITHIN SCHENGEN? IMPLEMENTING THE CJEU'S JUDGMENT IN *NW V. STEIERMARK**

Pola Cebulak**, Marta Morvillo***

SUMMARY: 1. Schengen under pressure. – 2. An eventful border crossing. – 3. Strict limits for the reintroduction of border controls within Schengen. – 4. Who can actually restore Schengen? – 5. National security exceptions in EU law. – 6. Conclusions.

1. *Schengen under pressure*

The Schengen Zone is a cornerstone of European integration. By abolishing controls at the internal borders and allowing free movement of goods, services, capital and people it has effectively become «part of our European way of life» and «a symbol of Europe's interconnectedness».¹ In recent years, however, the various 'crises' (migration, terrorism, pandemic) in the European Union (EU) have put the Schengen Zone's integrity to a test. National claims to sovereignty over borders have grown louder. Can Member States invoke national security to reintroduce border controls for longer than six months? What is the balance between free movement and national security in the Schengen Zone?

On 26 April 2022, the Court of Justice of the EU (CJEU) addressed these questions in its judgment in joined cases C-368/20 *NW v Landespolizeidirektion Steiermark* and C-369/20 *NW v Bezirkshauptmannschaft Leibnitz*²,

* This editorial builds upon a previous blog post published by the authors: P. CEBULAK, M. MORVILLO, *Schengen Restored: The CJEU Sets Clear Limits to the Reintroduction of Internal Border Controls*, in *VerfBlog*, 2022/5/05, DOI: 10.17176/20220505-182415-0

** Assistant Professor in European Law, Vrije Universiteit Amsterdam.

*** Assistant Professor in European Legal and Economic Governance, University of Amsterdam.

¹ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *A strategy towards a fully functioning and resilient Schengen area* COM/2021/277 final, 2 June 2021.

² CJEU (Grand Chamber), judgment of 26 April 2022, joined cases C-368/20 and C-369/20, *NW v Landespolizeidirektion Steiermark* and *NW v Bezirkshauptmannschaft Leibnitz*, ECLI:EU:C:2022:298.

putting strict conditions to Member States' reintroduction of border controls within the Schengen Zone. The Court's intervention exposed the gap between the legal commitments undertaken by the Member States at EU level and the tacitly accepted practice of repeated reintroduction of border controls. In this editorial, we set out the background to the CJEU's decision, summarize its main findings and innovative aspects. We then focus on the role of three types of actors – national governments, the Commission and national courts – in actually restoring the functioning of the Schengen Zone and highlight the implications of the judgment for other domains of EU law.

2. *An eventful border crossing*

The case originates at the Austrian-Slovenian border, where the applicant, an Austrian national and legal scholar, was subject to border controls on 29 August and 16 November 2019. He refused to show an identity card or passport and incurred in a 36-Euro fine, which he then challenged before an administrative court.

In the EU, the possibility for Member States to reintroduce border controls is regulated by the Schengen Borders Code (SBC)³ as an exceptional and temporary measure. Since 2015, however, several Member States, namely Germany, France, Austria, Denmark, Norway, Estonia and Sweden, have reintroduced border controls⁴ based on national security reasons. Austria, in particular, has had border controls on its southern borders to Hungary and Slovenia continuously from September 2015 until November 2021. They have been re-introduced 14 times based on four different articles of the SBC (namely Articles 25, 27, 28, and 29), alleging a threat to national security. Against this background, the referring court essentially asked whether Article 25(4) SBC allows for the reintroduction of border controls that exceed the maximum total duration of six months. The case was assigned to the Grand Chamber by the CJEU president and the oral hearing,⁵ which took

³ Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code) (codification) OJ L 77, 23.3.2016, p. 1–52.

⁴ European Commission, Member States' notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 and 28 et seq. of the Schengen Borders Code.

⁵ P. CEBULAK, M. MORVILLO, *The Guardian is Absent: Legality of Border Controls within*

place in June 2021, saw the participation of three other governments (German, French and Danish) besides the Austrian. At the hearing, a series of tough questions were addressed, by the Member States and the judges, to the Commission regarding its silent acceptance of national notifications about the reintroduction of border controls every six months over a period of several years. In these proceedings, the Commission deemed those reintroductions illegal under EU law, and justified its inaction by arguing that it had prioritized legislative reform over judicial enforcement as a strategy to ensure compliance. In the final ruling, the Court reprimanded the Commission for not exercising its oversight powers to issue opinions and engage with Member States (Article 27(4) SBC).

3. *Strict limits for the reintroduction of border controls within Schengen*

The Court sided unambiguously with the applicant and the Commission. It set out tight conditions for the exceptional reintroduction of border controls, with absolute time limits and no exceptions based on primary EU law allowed.

The Court found the time limits of six months in Article 25(4) SBC and two years in Article 29 SBC to be absolute. Hereby, it radically departed from the Advocate General's (AG) Opinion.⁶ The wording, context and purpose of the provisions all militate in favor of this conclusion. The SBC sets out a clear and stringent system of time limits, which leaves no room for unintended legislative omissions. In addition, the SBC is informed by the broader EU framework balancing free movement of persons, on the one hand, and public policy and national security, on the other hand. Within this framework, Member States can reintroduce border controls, but only by way of exception, subject to strict interpretation.⁷ This is important to uphold the

Schengen before the European Court of Justice, in *VerfBlog*, 2021/6/25, DOI: 10.17176/20210625-193249-0.

⁶ AG Opinion of 6 October 2021, joined cases C-368/20 and C-369/20, *NW v Landespolizeidirektion Steiermark* and *NW v Bezirksbauernschaft Leibnitz*, ECLI:EU:C:2021:821. For a comment see P. CEBULAK, M. MORVILLO, *The Writing is on the Wall: Proportionality of Border Controls within the Schengen Area*, in *VerfBlog*, 2021/10/11, DOI: 10.17176/20211011-181754-0.

⁷ Recital 27 SBC. See also CJEU, judgment 3 June 1986, C-139/85, *R. H. Kempf and Staatssecretaris van Justitie*, ECLI:EU:C:1986:223 and judgment 10 July 2008, C-33/07, *Minis-*

Schengen *acquis* considered as one of the ‘main achievements of the European Union’ (paras 65 and 74).

As the six-month limit applies *ex novo* in case of a national measure based on a new threat, it is essential to clarify what constitutes a new – as opposed to a persistent or renewed – threat in the context of the SBC. This is the second point addressed by the Court. While remaining vague on the applicable substantive criteria distinguishing new from persisting threats, the Court allocated the burden of proof on the Member States. It is for them to provide sufficient information as to the concrete circumstances representing a new threat (para 81), when notifying their intention to reintroduce or prolong border controls under Article 25 SBC. Such information can therefore form the basis for external scrutiny – by the Commission or the CJEU itself.

Finally, the Court excluded the possibility for Member States to derogate from the SBC based on primary law (Article 72 TFEU) in case of unforeseen circumstances for which the SBC itself allegedly proved to be ill-equipped, such as the migration crisis. The Court acknowledged that Member States are responsible for national security but found that such responsibility is well accounted for in Treaties and reflected in the SBC. Here, a balance is struck between free movement and public security (para 88), to the effect that exceptional derogations based on primary law are unnecessary. Instead, according to Article 27 SBC, Member States and the Commission should cooperate to maintain this balance.

The Court tried to mediate between, on the one hand, emphasizing the importance of giving effect to rules of secondary EU law and, on the other hand, leaving room for political actors’ intervention. In particular, the Court is silent as to both what constitutes a ‘new threat’ (paras 79-80) and to the exact criteria for national measures’ proportionality (para 68). In a nutshell, Schengen is to be restored, but the modalities seem to be open to political bargaining between the EU and the Member States.

4. *Who can actually restore Schengen?*

The judgment clarified, as a matter of principle, that the current border controls within the Schengen Zone are incompatible with EU law. Still, the road from this principled ruling to the actual restoring of a Schengen Zone

terul Administrației și Internelor – Direcția Generală de Pașapoarte București v Gheorghe Jipa,
ECLI:EU:C:2008:396.

without internal borders could be long. Member States will probably be reluctant to effectively abolish border controls. In view of its deference to the political process so far, it is unclear whether the Commission would be willing to scrutinize such behavior. The question of enforcement is likely to remain in the hands of individuals and national courts.

The Grand Chamber ruling should be interpreted as declaring all the Article 25 SBC border controls, currently in place for over six months and not based on a new threat, contrary to EU law. Following the decision by the CJEU setting out the conditions for the exceptional reintroduction of border controls (para 82), the referring Austrian court in Steiermark declared the border controls in question illegal and annulled the issued fine with reference to the primacy of EU law.⁸ The Austrian court also declared that the fine violated the rights to free movement of the applicant as an EU citizen.⁹ As a preliminary ruling, this judgment applies *erga omnes* and sets the standard for internal border controls allowed under EU law. The same conclusion should therefore also apply to all the other border controls currently in place.¹⁰ First, they have been ongoing for longer than six months. Second, Member States have not justified them by providing evidence of a new threat (studies, statistics or reasoning).

Uncertainties remain, however, as to the legality of new border controls that Member States might (re)introduce following the Court's judgment. It has been observed more broadly that partial compliance with CJEU judgments is a common *modus operandi* in the EU. Without expressly challenging the authority of the Court's rulings, Member States find ways to 'work around' their full implementation.¹¹ Against this background, the effectiveness of the Court's ruling in *NW v Landespolizeidirektion Steiermark* is at stake. At least three types of actors can influence the effective enforcement of the judgment – the national governments, the European Commission and national courts.

While the Court has been outspoken on the importance of open borders in the EU as a matter of principle, the responses by national political institu-

⁸ Landesverwaltungsgericht Steiermark, 01.06.2022, LVwG 20.3-3028/2019.

⁹ *Idem*.

¹⁰ As argued also by J. BORNEMANN, *Reviving the Promise of Schengen: The Court of Justice's Judgment in Landespolizeidirektion Steiermark on Internal Border Controls*, *VerfBlog*, 2022/4/28, DOI: 10.17176/20220428-182246-0.

¹¹ A. HOFMANN, *Resistance against the Court of Justice of the European Union*, in *International Journal of Law in Context*, 14(2), 2018, 258-274, DOI:10.1017/S174455231800006X.

tions have been rather disinclined. The Austrian, German and Danish authorities have not acknowledged that the CJEU's ruling puts them on notice to abolish border controls. Instead, they have reiterated their importance for national security and reintroduced border controls until November 2022, together with France, Norway, and Sweden.¹² On 6 May 2022, Sweden has reintroduced border controls for another six months (until 11 November 2022, then prolonged until 11 May 2023).¹³ These decisions, all effective as of 12 May 2022, appear to disregard the CJEU's judgment rendered only two weeks before. The Swedish authorities, for example, conflate reasons stemming from Articles 25 SBC ("prevent possible terrorist attacks") and 29 SBC ("[c]ontrols at the Schengen area's external border are not adequately enforced"). The CJEU intended on holding those grounds apart (para 82), because Article 29 SBC, referring to dysfunctionalities at the external Schengen borders, requires a Council recommendation, which expired on 10 November 2017 (para 26). The Swedish government is also not arguing that there is a new threat justifying a reintroduction of border controls. The press release of the Ministry of Justice states that "there is still a serious threat to public order and internal security in Sweden". The approach adopted by Swedish authorities – ignoring the judgment – seems to have been followed by other Member States, which have similarly extended internal border controls. Since the ruling on 26 April 2022, Norway, Sweden, Denmark, Germany, France, Estonia and Austria re-introduced border controls based on national security reasons.

Some national administrations are also exploring the margin left by the Court's ruling. The Court has showed trust in the Member States' commitment to Schengen and left them quite some leeway to argue the proportionality of border controls as well as the existence of a new threat justifying their reintroduction. The Austrian authorities prolonged the border controls in spite of a pending decision of a national court following the answer to its preliminary ruling question in Luxembourg.¹⁴ The regulation from the Ministry of Interior invokes multiple reasons for the re-introduction of border controls – some of them clearly old (migration and situation at external bor-

¹² For a full list, see fn 4.

¹³ Ministry of Justice, *Reintroduced temporary internal border controls*, press release of November 2022, available at <https://www.government.se/press-releases/2022/11/reintroduced-temporary-internal-border-controls/> (last accessed 31 January 2023).

¹⁴ O. NOYAN, *Austria extends Hungarian, Slovenian border control amid Ukraine war*, in *EurActiv*, 12 May 2022.

ders) and some of them which might be potentially argued as new threats (war in Ukraine). We will see how the legality of this renewed introduction of border controls will be evaluated. What undoubtedly changes following the CJEU ruling is that Member States are now required to engage with EU law reasoning and to present evidence of the actual situation at the borders, if they want to re-introduce border control.

A second actor that could prove crucial in restoring Schengen and enforcing the Court's ruling is the European Commission. In the oral hearings¹⁵ and their written reasoning, the Luxembourg judges have clearly condemned the Commission's silence in response to repeated notifications it received from Member States about the reintroduction of border controls. The ruling could provide the Commission with a clear legal basis to revive its role as guardian of the Treaties and enforce the strict interpretation of the SBC exceptions vis-à-vis Austria and the other Member States. So far, the Commission has favored a reform of the Schengen legislation over infringement proceedings as means to address the dissonance between law and the practice of Member States in this field. In 2017, it prepared a legislative proposal to revise the SBC.¹⁶ It left space to the political debates in the Council and Parliament, but, to its disappointment, the interest of, in particular, France and Germany in this legislative procedure diminished around 2019. This appears to reflect the general trend of the European Commission prioritizing its role as "engine of European integration" over its role as "guardian of the Treaties" across various domains of EU law, as shown with extensive empirical evidence.¹⁷

The third type of actors with the power to enforce the Court's pronouncement are national courts. They have to be seized by individuals, legal or natural persons, who are either subject to illegal border controls or suffer financial harm from their reintroduction (state liability). In these regards, the upcoming developments in France, where border controls were introduced in 2015, are particularly worth of attention. In a 2017 ruling, the French Council of State showed deference to the national executive and upheld the

¹⁵ See fn 5.

¹⁶ European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council, Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) 2016/399 as regards the rules applicable to the temporary reintroduction of border control at internal borders, 27.9.2017 COM (2017) 571 final.

¹⁷ D. KELEMEN, T. PAVONE, *Where Have the Guardians Gone? Law Enforcement and the Politics of Supranational Forbearance in the European Union*, in *APSA Preprints*, DOI: 10.33774/apsa-2022-c0qjl.

legality of the controls at the French border, without referring a preliminary ruling question to Luxembourg.¹⁸ The same Council of State will be now asked to rule on the legality of French border controls following the CJEU's principled ruling.¹⁹ It remains to be seen to what extent the French highest court will revise its reasoning in light of the CJEU's pronouncement on the strict interpretation of exceptions to the Schengen principle of open borders.

The question of the legality of the reintroduction of border controls within Schengen is also likely to return before the bench in Luxembourg in the future. An incremental line of case law can therefore be expected. It remains open whether it will develop along the lines of this judgment and emphasize that the exceptions to the rule of open borders within Schengen have to be interpreted narrowly. The CJEU has probably not said its last word yet.

5. *National security exceptions in EU law*

The repercussions of this Gran Chamber ruling go beyond the dilemma of enforcing or reforming the SBC rules. It can also have implications for the interpretation of national security exceptions in other areas of EU law. In its judgment, the Court does not emphasize the special character of the Area of Freedom Security and Justice (AFSJ) as the former "third pillar". This seems to suggest that its interpretation of Member States' national security is not particular to this previously intergovernmental domain of EU law. The Court emphasizes that national security is not a trump card allowing any national derogations from EU law (para 84). National security exceptions are relevant also in data protection law.²⁰ Precisely here, we have seen how a Court's principled ruling can eventually be enforced by private applicants and national courts. In 2014, the CJEU ruled in *Digital Rights Ireland*²¹ that collect-

¹⁸ Conseil d'État Decision No 415291 of 28 December 2017, *Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (ANAFE) et autres*, paras 7-8, ECLI:FR:CECHR:2017:415291.20171228.

¹⁹ J.-B. JACQUIN, *Le Conseil d'Etat saisi du contrôle aux frontières rétabli par la France depuis 2015*, in *Le Monde* 10 May 2022.

²⁰ CJEU (Grand Chamber), judgment of 6 October 2020, *La Quadrature du Net and others*, C-511/18, C-512/18 and C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791.

²¹ CJEU (Grand Chamber), judgment of 8 April 2014, *Digital Rights Ireland Ltd v Minister for Communications, Marine and Natural Resources and Others* and *Kärntner Landesregierung and Others*, C-293/12 and C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238.

ing and storing of metadata from personal communications on a mass scale constitute a violation of the right to data privacy enshrined in articles 7 and 8 of the Charter of Fundamental Rights of the EU. After the Court annulled a directive that introduced such measures, effectively the same substantive measures were introduced by some Member States through national legislation. It took two more preliminary rulings, *Tele2 Sverige* coming from Sweden and *Watson* from the UK, for the Court to confirm its interpretation of data protection²². It is possible that the question of internal border controls within Schengen might develop parallels to the incremental and mostly private enforcement that we have observed in the domain of data protection. In addition, the two domains share the political salience and the tension between national security protection and enforcement of EU law.

Finally, the Court does not really answer the last question referred by the national Court about a possible violation of the Citizens' Rights Directive.²³ The political argument for maintaining internal border controls usually refers to third-country nationals whose status within Schengen is not regularized or alleged criminals who are hiding from the law enforcement. It has been also argued in academic debates that the lack of enforcement of the Schengen rules is related to the dominant market rationale taking precedence over giving effect to EU citizenship: in so far as the abolition of internal borders is largely understood as serving first and foremost the economic interests of the internal market (free movement of goods, services, and workers), its non-market dimension (free movement of persons as essential constitutive element of EU citizenship) has been considered as a second-order priority.²⁴ The Court did not adopt this proposed line of reasoning based on

²² CJEU (Grand Chamber), judgment of 21 December 2016, *Tele2 Sverige AB v Post- och telestyrelsen* and *Secretary of State for the Home Department v Tom Watson and Others*, C-203/15 and C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970. See I. CAMERON, *Balancing data protection and law enforcement needs: Tele2 Sverige and Watson*, in *Common Market Law Review*, 54(5), 2017, pp. 1467-1495.

²³ Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC, OJ L 158, 30.4.2004, p. 77-123.

²⁴ S. SALOMON and J RJPMA, *A Europe Without Internal Frontiers: Challenging the Reintroduction of Border Controls in the Schengen Area in the Light of Union Citizenship*, in *German Law Journal*, 2021, 1-29. doi:10.1017/glj.2021.60.

EU citizenship in this case. It emphasized rather the general principle of absence of internal borders «irrespective of the nationality» of the person (para 63). It remains to be seen whether a reasoning based on free movement of EU citizens could be included in the judicial reasoning in the future.

6. *Conclusions*

In *NW v Landespolizeidirektion Steiermark* the Court took a principled stance against the prolonged reintroduction of border controls in the Schengen Zone. It referred to the absence of internal borders as one of the «main achievements of European integration» and held Member States to account for their commitment to it, as enshrined in the Treaties and in the SBC. It also called upon the Commission to live up to its role as guardian of the Treaties. In this way, the CJEU's pronouncement reads as a wake-up call for political institutions at the EU and national levels against the risk of jeopardizing the principle of free movement of persons. A month after the publication of the judgment, it seems that its full implementation might be a bumpy road. Member States seem reluctant to give full effect to the ruling and to actually renounce border controls. The Commission has put the reform of the SBC high on its agenda as a solution to the current discrepancies between the legal obligations and the border realities. Finally, national courts could play an important role in ensuring governments' accountability by initiating preliminary ruling procedures or holding the state liable for damages. This is, however, a longer and more decentralized path of enforcement, relying on active engagement of concerned companies and citizens.

IL CONSIGLIO DI STATO RISPONDE
ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE:
LA FRANCIA PROSEGUIRÀ A FRONTIERE CHIUSE!

Francesca Tassinari*

SOMMARIO: 1. Fatti di causa e decisione. – 1.1. La Francia decide di rinnovare il periodo dei controlli alle frontiere interne. – 1.2. Le norme dell'Unione Europea sul ripristino temporaneo dei controlli di frontiera. – 1.3. Il ragionamento del Consiglio di Stato che legittima la decisione della Repubblica francese. – 2. Commento.

1. *Fatti di causa e decisione*

1.1. *La Francia decide di rinnovare il periodo dei controlli alle frontiere interne*

Lo scorso aprile 2022, il Primo Ministro francese Jean Castex ha notificato alla Commissione europea la volontà di rinnovare temporaneamente i controlli alle frontiere interne dello Spazio Schengen¹ per il semestre compreso tra il 1° maggio ed il 31 ottobre dello stesso anno. La decisione ha interessato i confini terrestri della Francia con il Belgio, il Lussemburgo, la Germania, la Svizzera, l'Italia e la Spagna, così come le frontiere aeree e marittime.

L'Associazione nazionale di assistenza alle frontiere per gli stranieri, il Gruppo d'informazione e di sostegno agli immigrati, il Cimade e la Lega dei diritti umani si sono rivolti al Consiglio di Stato per chiedere l'annullamento della decisione del governo per aver agito *ultra vires* e l'addebito allo Stato di

* Dottorato di ricerca in Scienze giuridiche presso l'Università di Granada e in Diritto dell'Unione europea e degli ordinamenti giuridici nazionali presso l'Università di Ferrara, francescatassinari92@gmail.com. Questo contributo è il risultato di riflessioni personali dell'autrice. Ogni opinione qui esposta deve essere attribuita a lei e non all'istituzione alla quale è vincolata (cioè la Commissione europea).

¹ M. DE SOMER, *Schengen and internal borders controls*, in M. DE SOMER, P. DE BRUYCKER, J.L. DE BROUWER (a cura di), *From tampere 20 to tampere 2.0: towards a new european consensus on migration*, Bruxelles, 2017, pp. 119-130, e J.A. DEL VALLE GÁLVEZ, *Las fronteras de la Unión – El modelo europeo de fronteras*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 12/2002.

una somma pari a 4.000 euro ex art. L. 761-1 del Codice di giustizia amministrativa. Il ricorso è stato supportato dagli interventi del Sindacato della magistratura, dell'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione (ASGI) e dell'associazione Tutti migranti.

1.2. *Le norme dell'Unione Europea sul ripristino temporaneo dei controlli di frontiera*

Nella sua Decisione², il Consiglio di Stato francese rinvia agli artt. 25-27 del Codice Frontiere Schengen³ per delimitare il quadro giuridico di riferimento applicabile al caso di specie. L'art. 25.1 stabilisce che gli Stati membri possono, in via eccezionale⁴, «[...] ripristinare il controllo di frontiera in tutte le parti o in parti specifiche delle sue frontiere interne per un periodo limitato della durata massima di trenta giorni o per la durata prevedibile della minaccia grave se questa supera i trenta giorni». In questo secondo caso, gli Stati membri possono prorogare i controlli per periodi rinnovabili di 30 giorni, sino ad una durata totale di 6 mesi (art. 25.3 e 4). Solamente nel caso in cui circostanze eccezionali di minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna mettano a repentaglio il funzionamento globale dello Spazio Schengen, a seguito di carenze «gravi e persistenti» nei controlli di frontiere esterne, la durata totale può essere prolungata fino ad un massimo di 2 anni (art. 25.4 in fine).

In ogni caso, l'art. 25.1 del Codice Frontiere Schengen specifica che l'estensione e la durata del ripristino dei controlli non può eccedere quanto strettamente necessario per rispondere alla minaccia grave. L'art. 26 prosegue stabilendo che la misura adottata dallo Stato membro deve essere adeguata e proporzionata, e tenere conto dell'impatto della minaccia sull'ordine pubblico o la sicurezza interna e, allo stesso tempo, dell'impatto della misura

² Cons. St., sentenza del 27 luglio 2022, n. 463850.

³ 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), OJ L 77, 23.3.2016, p. 1-52, e *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil amendant le règlement (UE) 2016/399 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes - Compromis partiel de la présidence*, n. 6366/22, Bruxelles, 18 febbraio 2022.

⁴ CGUE, sentenza del 19 luglio 2012, *Atiqullah Adil c Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel*, C-278/12 PPU, EU:C:2012:508.

sulla libera circolazione delle persone⁵. Infine, l'art. 27 sviluppa la procedura per il ripristino dei controlli alle frontiere interne, che, come norma generale, inizia con l'invio di una notifica da parte dello Stato membro interessato agli altri Stati e alla Commissione europea con un preavviso di quattro settimane dalla data di esecuzione della decisione. La notifica deve essere motivata e deve indicare le seguenti informazioni parzialmente classificabili: la durata e l'estensione della misura così come le misure che gli altri Stati membri devono eventualmente adottare. La notifica è poi trasmessa dalla Commissione europea al Parlamento europeo e al Consiglio, potendo la Commissione europea consultare o emettere un parere indirizzato allo Stato membro notificante.

1.3. *Il ragionamento del Consiglio di Stato che legittima la decisione della Repubblica francese*

In apertura del suo ragionamento, il Consiglio di Stato francese ricorda che, sebbene l'art. 25 del Codice Frontiere Schengen stabilisca che i controlli alle frontiere interne possono essere ripristinati per un periodo totale di 6 mesi, la sussistenza di una “nuova minaccia grave” autorizza il rinnovo dell'implementazione dei controlli per un ulteriore periodo totale di 6 mesi, in linea con quanto stabilito dalla CGUE nel caso *NW c Steiermark*⁶ (para. 81). Secondo il Conseil d'État, una minaccia per essere “nuova” deve avere una natura diversa dalle minacce precedentemente identificate o essersi evoluta nelle sue caratteristiche a causa di circostanze ed avvenimenti nuovi che ne hanno modificato l'attualità, l'ambito o la coerenza. Nello specifico, questi fattori alteranti riguarderebbero lo scopo, l'entità o l'intensità, l'ubicazione e l'origine della minaccia.

Prendendo in considerazione il caso di specie, il Consiglio di Stato osserva che il rinnovo dei controlli alle frontiere interne è stato deciso dal Premier

⁵ CGUE, sentenza del 21 settembre 1999, *Florus Ariël Wijsenbeek*, C-378/97, EU:C:1999:439.

⁶ CGUE, sentenza del 26 aprile 2022, *NW c Landespolizeidirektion Steiermark, Bezirksbauernschaft Leibnitz*, C-368/20 e C-369/20, EU:C:2022:298, C. TOMETTEN, *Contrôles aux frontières intérieures. La CJUE met fin à une pratique illégale*, in *La Revue des Droits de l'Homme*, n. 21/2022, e E. REGAN, *Contrariedad con el Código de fronteras Schengen de una normativa nacional que obliga a exhibir el pasaporte o documento nacional de identidad con ocasión de controles realizados en fronteras interiores*: TJ, *Gran Sala*, S 26 Abr. 2022. *Asuntos acumulados C 368/20 y C 369/20: NW y Landespolizeidirektion Steiermark y Bezirksbauernschaft Leibnitz*, in *La Ley Unión Europea*, n. 104/2022.

francese sulla base di minacce gravi in materia di terrorismo, COVID-19, movimenti secondari di persone migranti, criminalità organizzata e traffico di essere umani derivanti dal conflitto ucraino-russo. La minaccia terroristica si giustificerebbe a causa dell'aumento del rischio di ritorno dei combattenti terroristi dall'Iraq o dalla Siria – in particolare a causa dell'attacco alla prigione di Hassaké del 20 gennaio 2022; dell'aumento del numero di allarme attentati da parte dei movimenti terroristici islamici facenti parte dello "Stato Islamico" e di "Al-Qaeda"; della recente espansione della rete terroristica islamica oltre l'area dell'Iraq-Siria e dell'Afghanistan verso l'Africa centrale e occidentale, e dell'atteso verdetto del processo per gli attentati del 13 novembre 2015. La minaccia COVID-19 si fonderebbe sull'arrivo di nuove varianti molto contagiose per le quali i vaccini risultano meno efficaci. Infine, e a differenza della minaccia rappresentata dalla criminalità organizzata e dal traffico di persone derivanti dal conflitto ucraino, il Consiglio di Stato riconosce che la minaccia dei movimenti migratori di carattere secondario non può essere considerata "nuova" ai fini dell'applicazione della disciplina Schengen. Tuttavia, quest'ultimo fenomeno non sarebbe rilevante ai fini del ricorso poiché non avrebbe influito sulla decisione della Primo Ministro.

In conclusione, il Consiglio di Stato afferma che è legittimo rinnovare il periodo di controlli alle frontiere interne per ulteriori 6 mesi al fine di contrastare nuove minacce gravi e respingere le accuse sulla violazione dell'art. 25 del Codice Frontiere Schengen⁷.

2. *Commento*

La Decisione del Consiglio di Stato del 27 luglio 2022 conferma l'interpretazione già data dalla stessa Corte in passato (28 dicembre 2017⁸ e 16 ottobre 2019⁹) in merito all'applicazione degli artt. 25-27 del Codice Frontiere Schengen; interpretazione che, in realtà, sembra essere seguita dalla prassi di numerosi Stati dell'Unione dal 2015 a questa parte¹⁰. Cionono-

⁷ LE FIGARO AVEC AFP, *Contrôles aux frontières intérieures : le Conseil d'État donne raison au gouvernement français*, luglio 2022.

⁸ Cons. St., sentenza del 28 dicembre 2017, e M. SAVINO, *Verso la fine di Schengen? L'inatteso contributo del "Conseil d'État": Nota a Consiglio di Stato 28 dicembre 2017*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2018.

⁹ Cons. St., sentenza del 16 ottobre 2019.

¹⁰ C. BORIES, *Malaise aux frontières, frontières du malaise. Des droits limités et des pra-*

stante, la Decisione presa qui in analisi non può non fare i conti con la recente sentenza della CGUE nella quale la Repubblica d'Austria è stata condannata per aver sistematicamente ripristinato i controlli alle frontiere interne e, quindi, per aver superato il limite totale dei 6 mesi stabilito dal Codice Frontiere Schengen¹¹. Alla luce delle critiche mosse al caso *NW c Steiermark* in questo blog¹², è facile notare come il Consiglio di Stato si sia approfittato delle lacune interpretative lasciate dalla Corte in relazione ai criteri sostantivi atti a distinguere il concetto di minaccia “nuova” da quello di minaccia c.d. “persistente”.

Nel caso *NW c Steiermark*, la CGUE aveva infatti chiarito che gli “eventuali nuovi elementi” sulla cui base gli Stati membri possono prorogare i controlli alle frontiere interne ex art. 25 del Codice Frontiere Schengen devono essere «direttamente connessi alla minaccia che ha inizialmente giustificato il ripristino dei controlli» (para. 62). Tuttavia, la CGUE ha anche osservato che il concetto di “minaccia persistente” – con o senza eventuali nuovi elementi – deve essere interpretato restrittivamente alla luce dei principi di necessità e proporzionalità del controllo attuato in sua risposta (para. 66). Di qui, la CGUE è giunta alla conclusione per cui, nei casi di minacce persistenti, gli Stati membri non possono mantenere i controlli alle frontiere interne per un periodo superiore ai 6 mesi (para. 70). Questo periodo imperativo si estenderebbe ai 2 anni sempre e quando la minaccia grave e persistente riunisce i requisiti dell'art. 29 del Codice Frontiere Schengen (cfr. *supra*). È la stessa CGUE che spiega come una “nuova minaccia”, susseguente a un periodo di ripristino dei controlli alle frontiere interne di 6 mesi o di 2 anni, permetterebbe agli Stati membri di mantenere ripristinati i controlli alle frontiere interne, seppure temporaneamente. Secondo il ragionamento della Corte, l'esistenza di una minaccia “nuova” deve essere valutata sulla base delle circostanze che rendono necessario il ripristino dei controlli alle frontiere interne e che gli Stati membri notificano alla Commissione europea ex art. 27 del Codice Frontiere Schengen; così come sulla base degli eventi che costituiscono una minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna dello Stato membro interessato (para. 80).

tiques discrétionnaires aux frontières des États membres de l'Union. L'exemple de la France, in *CeDIE*, 2022.

¹¹ ASGI, *Il Consiglio di Stato francese ignora i principi sulla libera circolazione Schengen ribaditi dalla Corte di Giustizia europea*, luglio 2022.

¹² P. CEBULAK, M. MORVILLO, *Who can end the border controls within Schengen? Implementing the CJEU's judgment in NW v Steiermark*, in *ADiM Blog, Editorial*, May 2022.

Ergo, il Consiglio di Stato francese modifica notevolmente il ragionamento della CGUE: in primo luogo, considera come nuova anche quella minaccia che ha una natura diversa da quella precedente; in secondo luogo, afferma che i criteri delle circostanze e degli eventi che concernono la minaccia devono poterne modificare l'attualità, la portata o la coerenza. Il Consiglio di Stato, quindi, precisa quali sono gli elementi integranti il concetto di "nuova minaccia", ma l'interpretazione eccessivamente ampia data sulle "circostanze ed avvenimenti nuovi" non rispetta il carattere di eccezionalità delle norme sul ripristino dei controlli alle frontiere interne – i.e., artt. 25-27 del Codice Frontiere Schengen (para. 63-65). Allo stesso tempo, la Decisione del Consiglio di Stato raggira il nesso di causalità proposto dalla CGUE per individuare l'esistenza o no di un continuum tra una minaccia "vecchia" e una persistente o nuova. In questo senso, il Consiglio di Stato avrebbe dovuto imporre al governo francese l'onere di provare la non esistenza di una connessione diretta tra i nuovi ed i vecchi elementi integranti le minacce terrorista, criminale, sanitaria, e migratoria. In ogni caso, anche se scartassimo l'ipotesi di una connessione diretta tra, ad esempio, la minaccia dei combattenti terroristi dell'Iraq o della Siria da quella degli attentati di Parigi e dei Paesi Bassi del 2018, oppure tra le varianti del COVID-19 attuali e quelle esistenti nel 2020, così come tra i movimenti migratori secondari del 2022 e quelli esistenti sin dal 2015, il governo francese avrebbe dovuto allegare prove concrete sull'esistenza non di un "aumento del rischio" (come dichiara) ma sull'esistenza di nuove minacce gravi, attuali, diverse, ed incoerenti rispetto a quelle precedenti. Risulta invece più avvincente la deposizione in merito ai rischi provocati dalla guerra in Ucraina, sebbene la Decisione non giustifichi il fatto che la criminalità organizzata ed il traffico di essere umani ivi scaturenti rappresentano una minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna dello Stato francese e pertanto, rendano necessario il ripristino dei controlli alle frontiere interne.

Occorre finalmente sottolineare che, alla luce dell'art. 25 del Codice Frontiere Schengen analizzato *supra*, una decisione come quella francese ripristinante i controlli alle frontiere interne *ex abrupto* per 6 mesi deve essere accompagnata dalla prova della necessità e proporzionalità del ripristino dei controlli in relazione con ciascuna delle minacce gravi allegate¹³; cosa che il Consiglio di Stato non richiede.

¹³ T. WAHL, *EP Wants Temporary Border Controls Kept to a Minimum*, in *Eucrium forum*, febbraio 2019.

PARTE II

IL DIRITTO D'ASILO E LA GESTIONE DELL'EMERGENZA

Evoluzione e crisi dell'asilo in Europa

IL DIRITTO D'ASILO IN EUROPA E L'ETEROGENESI DEI FINI

Daniela Vitiello*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La protezione *par ricochet* e le garanzie procedurali ad essa associate nella giurisprudenza di Strasburgo. – 3. La protezione contro i respingimenti abusivi nell'ambito del SECA e il “peccato originale” delle politiche UE di immigrazione e asilo. – 4. La dicotomia migrante-rifugiato e l'accesso all'asilo nell'Unione europea. – 5. Il test della condotta colposa nella giurisprudenza di Strasburgo e lo statuto giuridico del richiedente asilo “irregolare”. – 6. Riflessioni conclusive sul futuro dell'asilo in Europa.

1. *Introduzione*

La realizzazione del Sistema europeo comune d'asilo (SECA) è uno degli ambiti dell'integrazione sovranazionale più esposti al rischio di eterogenesi dei fini.

Secondo la legge di Wundt, i fini dell'azione umana, tanto nella sfera pubblica quanto in quella privata, non coincidono con quelli che la storia realizza, poiché tra i primi e i secondi vengono a fraporsi forze centrifughe derivanti da determinanti oggettive, ma anche da conflitti di natura etico-politica e sociale, produttivi di “effetti secondari”, che cadono fuori dal perimetro di controllo dell'agente. Lo sviluppo del diritto d'asilo in Europa sembra risentire in maniera sempre più vistosa di questi effetti secondari, fino a raggiungere conseguenze paradossali, come l'aver creato il più avanzato sistema regionale di protezione internazionale al mondo che però è in grado di garantire l'accesso effettivo all'asilo a un numero via via inferiore di aventi titolo.

Il paradosso dell'eterogenesi dei fini può essere meglio apprezzato in relazione a due tendenze, oggetto di riflessione nelle pagine che seguono: (i) il diffuso riconoscimento della funzione cardinale del principio di non respingimento e del divieto di espulsioni collettive nell'ambito della CEDU e del SECA e, contestualmente, il progressivo annichilimento della tutela ad essi tipicamente associata (parr. 2-3); (ii) l'insistenza sulla dicotomia migrante-rifugiato e, contestualmente, l'assimilazione della condizione giuridica del richiedente asilo a quella dell'immigrato irregolare ai fini dell'accesso all'asilo

* Ricercatrice di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi della Tuscia.

(parr. 4-5). Queste tendenze vengono confermate e rafforzate dalle riforme delle politiche UE sulla migrazione e l'asilo, nonché dalle tendenze consolidate di recente nella giurisprudenza di Strasburgo (par. 6). Pur nel tentativo, per un verso, di rilanciare la cooperazione nell'ambito del SECA e del sistema Schengen, per altro verso, di contenere le spinte centrifughe, generate in seno al Consiglio d'Europa dall'attivismo della Corte Edu in tema di migrazioni, tali tendenze portano di fatto a compimento la parabola discendente dell'asilo in Europa.

2. *La protezione par ricochet e le garanzie procedurali ad essa associate nella giurisprudenza di Strasburgo*

L'importanza cardinale del divieto di respingimento, quale presupposto logico-giuridico per l'accesso all'asilo, è ampiamente riconosciuta in Europa¹. In ambito CEDU, nessuno degli Stati convenuti dinanzi alla Corte di Strasburgo per la violazione di tale divieto ha recentemente contestato non solo l'esistenza, ma anche il contenuto sostanziale dello stesso. Anzi, alcuni dei più creativi tentativi di aggirarlo – come l'idea di “frontiera operativa” avanzata dal governo spagnolo nel caso *N.D. e N.T.* – hanno preso proprio le mosse dalla constatazione che esso si applica «to persons who were in danger or faced a risk recognised under international law»².

Al contempo, la fase espansiva della giurisprudenza della Corte Edu in materia di non respingimento, che si colloca tra le sentenze *Soering*³ e *Hirsi*⁴, è proceduta di pari passo con il proliferare delle prese di posizione degli Stati parti circa i limiti procedurali dell'obbligo e l'opportunità di *self-restraint* della Corte nell'esame di proporzionalità delle misure statali di controllo degli accessi. Tali rivendicazioni, che animano numerosissimi interventi statali in giudizio in qualità di parti terze, sono sfociate nella dichiarazione finale della Conferenza di Iz-

¹ Cfr., *ex multis*, M. DI FILIPPO, *L'allontanamento dell'individuo straniero*, in A.M. CALAMIA, M. GESTRI, M. DI FILIPPO, S. MARINAI, F. CASOLARI (a cura di), *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, 2021, p. 257.

² Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 13 febbraio 2020, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. n. 8675/15 e 8697/15, par. 128.

³ Corte Edu (Plenaria), sentenza del 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, ric. n. 14038/88.

⁴ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ric. n. 27765/09.

mir⁵, formalmente volta a indurre il foro di Strasburgo a ricalibrare la portata e gli effetti delle garanzie procedurali associate al divieto di *refoulement* al fine di ampliare lo spazio di manovra statale nel contrasto alle minacce transfrontaliere. Pertanto, mentre il prisma della protezione *par ricochet* si è arricchito, producendo conseguenze di ampio respiro sull'interpretazione dei concetti di *jurisdiction ex art. 1 CEDU* e di *expulsion ex art. 4, prot. 4*, sotto il profilo procedurale si è assistito a una sempre più esplicita contestazione degli obblighi dedotti dalla Corte in capo alle autorità nazionali nell'ambito della valutazione del rischio di *refoulement* e di espulsione collettiva⁶.

Allo stesso tempo, il principio di sussidiarietà è stato sempre più spesso richiamato per rivendicare un'estensione del margine di apprezzamento statale in materia migratoria e confinare il sindacato di Strasburgo ai casi eccezionali, in cui le procedure nazionali siano arbitrarie o manifestamente irragionevoli e la tutela giurisdizionale a livello interno sia formalmente ineffettiva⁷. Di conseguenza, anche se l'aperta richiesta di un maggiore *self-restraint* da parte della Corte Edu in materia di immigrazione è risultata minoritaria nell'ambito della piattaforma formale di dialogo interno al Consiglio d'Europa⁸, l'esigenza di evitare che la Corte diventi «a court of fourth instance, [or] an immigration appeals tribunal»⁹ ha fatto breccia nell'atteggiamento dei giudici di Strasburgo, come dimostrato dai recenti sviluppi giurisprudenziali in materia di *push-backs* e accesso al giudice per violazione del divieto di espulsioni collettive¹⁰.

⁵ Final Declaration of the High-Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, organised within the framework of the Turkish Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe (Izmir, 26-27 April 2011).

⁶ Il riferimento è in particolare agli obblighi di *due diligence* in capo alle autorità competenti a valutare il rischio di subire un danno grave nei casi di comprovata esistenza di situazioni di compressione dei diritti umani nel paese di destinazione (c.d. *implied knowledge doctrine*), su cui v., *ex multis*, V. STOYANOVA, *Fault, knowledge and risk within the framework of positive obligations under the European Convention on Human Rights*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 3, n. 3/2020, pp. 601-620.

⁷ Draft Copenhagen Declaration of 5 February 2018 of the High-Level meeting at the initiative of the Danish Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe (Copenhagen, 12-13 April 2018), parr. 24-26.

⁸ Final Copenhagen Declaration of the High Level Conference meeting in Copenhagen on 12 and 13 April 2018 at the initiative of the Danish Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe.

⁹ Draft Copenhagen Declaration of 5 February 2018, cit., par. 25.

¹⁰ Corte Edu, *N.D. e N.T. c. Spagna* (Grande Camera), cit., parr. 209-211; Corte Edu, sen-

Dal punto di vista amministrativo, questa dinamica ha condotto – sin dal celebre caso *Kblaifia*¹¹ – a una valutazione sempre più “liberale” delle modalità con cui le autorità statali verificano la situazione individuale dello straniero ai fini dell’allontanamento¹², nell’ambito della quale la qualità formale delle procedure interne assurge a parametro dirimente ai fini del test di proporzionalità e ragionevolezza delle misure interne¹³. Dal punto di vista processuale, si è assistito a un riposizionamento in capo al ricorrente, avente titolo all’ingresso nel territorio statale in qualità di richiedente asilo, dell’onere della prova dell’inesistenza di punti di accesso autorizzati o dell’impossibilità materiale di raggiungerli, con la conseguenza di degradare a mera pretesa di fatto l’istanza di protezione contro il *refoulement* che non venga formalizzata secondo le modalità amministrative previste dai diversi ordinamenti interni¹⁴.

Pertanto, pur mantenendo costante il riferimento al principio dell’effettività dei diritti e della tutela giurisdizionale interna¹⁵, la Corte ha finito per accrescere la propria deferenza nei confronti delle autorità di frontiera al punto di comprimere in maniera crescente le garanzie procedurali associate alla protezione contro l’allontanamento.

tenza dell’8 ottobre 2021, *Shahzad c. Ungheria*, ric. n. 12625/17, par. 59; Corte Edu, sentenza del 4 aprile 2022, ric. n. 15670/18 e 43115/18, *M.H. e altri c. Croazia*, par. 294; Corte Edu, sentenza del 5 aprile 2022, *A.A. e altri c. Macedonia del Nord*, ric. n. 55798/16 e altri 4, parr. 112-123.

¹¹ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 15 dicembre 2016, *Kblaifia e altri c. Italia*, ric. n. 16483/12.

¹² In argomento, per tutti, M. SAVINO, *L’«amministrativizzazione» della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Kblaifia*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3-4/2015, p. 50 ss.

¹³ In generale, sulla “proceduralizzazione” della tutela dei diritti in ambito CEDU, «whereby the quality of domestic decision-making processes is given special significance as an external non-merits reason that either influences the Court’s substantive review of the proportionality or reasonableness of a measure, or replaces it», cfr. *amplius* O. MJÖLL ARNARDÓTTIR, *The “procedural turn” under the European Convention on Human Rights and presumptions of Convention compliance*, in *I•CON*, vol. 15(1), 2017, pp. 9-35, p. 33.

¹⁴ Corte Edu (Grande Camera), *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., parr. 212-214.

¹⁵ Cfr., ad es., Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 21 gennaio 2011, Corte Edu (Grande Camera), *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ric. n. 30696/09, parr. 301 ss.; Corte Edu, sentenza del 22 luglio 2021, *E.H. c. Francia*, ric. n. 39126/18, par. 132 ss.

3. *La protezione contro i respingimenti abusivi nell'ambito del SECA e il "peccato originale" delle politiche UE di immigrazione e asilo*

Nell'ordinamento UE, il principio di *non-refoulement* è stato assunto a fondamento giuridico di un vero e proprio *status* di protezione, sviluppato in funzione sussidiaria rispetto allo *status* di rifugiato¹⁶. Al contempo, il contenuto e la portata degli obblighi statali associati ai divieti di respingimento e di espulsioni collettive sono stati elaborati sulla scorta della giurisprudenza di Strasburgo¹⁷ e adattati estensivamente per essere applicati (*inter alia*) in contesti operativi specifici, come quello dei pattugliamenti marittimi coordinati dall'Agenzia Frontex¹⁸. Pertanto, la protezione contro i respingimenti abusivi raggiunge la massima estensione nell'ordinamento dell'Unione: dal punto di vista sostanziale, essa s'impone alle autorità nazionali anche nell'esercizio di poteri di interdizione e controllo extraterritoriale degli accessi, sul modello *Hirsi*¹⁹; dal punto di vista procedurale, la violazione delle garanzie ad essa associate comporta necessariamente l'accesso effettivo a un giudice ai sensi dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e, pertanto, l'autorizzazione all'ingresso nel territorio statale²⁰.

Nonostante il rilievo che la protezione contro i respingimenti abusivi assume, sia in funzione costitutiva dello *status* di protezione sussidiaria, sia per l'accesso all'asilo e alla tutela giurisdizionale effettiva, il diritto secondario che informa le politiche UE di immigrazione e asilo accoglie una ricostruzione parziale e a tratti restrittiva del corollario procedurale della protezione dal respingimento, che – secondo quanto previsto dall'Agenzia Onu per i rifugiati²¹ – dovrebbe comprendere (almeno) una rapida identificazione,

¹⁶ V., *ex multis*, F. MESSINEO, *Non-Refoulement Obligations in Public International Law: Towards a New Protection Status?*, in S.S. JUSS (ed.), *The Ashgate Research Companion to Migration Law, Theory and Policy*, Ashgate, 2013, pp. 129-155.

¹⁷ Cfr. le Spiegazioni relative all'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

¹⁸ Cfr. l'art. 4 del regolamento (UE) n. 656/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, recante norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea.

¹⁹ Corte Edu (Grande Camera), *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, cit.

²⁰ Per tutti, V. MORENO-LAX, *Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member States' Obligations Accruing at Sea*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 23(2), 2011, pp. 174-220, p. 215 ss.

²¹ UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Geneva, 2019.

un'informazione accessibile e chiara sulle condizioni di accesso e godimento della protezione e il diritto a un rimedio effettivo.

Ne è un esempio l'obbligo di informazione di cui all'art. 8 della direttiva procedure²², che è subordinato a una chiara manifestazione della volontà del cittadino del paese terzo di chiedere asilo. O ancora, l'effetto sospensivo automatico del ricorso in appello, che non è garantito, neppure «quando la persona interessata invochi un grave rischio di violazione del principio di non respingimento»²³.

Lo iato tra il ruolo cardine che la protezione contro i respingimenti abusivi riveste nel SECA e la compressione delle garanzie procedurali e processuali ad essa associate può essere inteso come uno dei principali “effetti secondari” del processo di armonizzazione della materia dell'asilo a livello dell'Unione, ascrivibili alla sua derivazione dall'ex terzo pilastro. La conseguenza di tale “peccato originale” è di espandere il margine di discrezionalità statale al punto da consentire il ricorso alla regolazione sovranazionale per ridurre le garanzie previste dagli ordinamenti nazionali a tutela del divieto di respingimento e, più precisamente, per rendere inesigibile il diritto a un rimedio effettivo avverso le violazioni dello stesso alle frontiere. Una conseguenza che appare paradossale, nella prospettiva di un ordinamento il cui marchio di fabbrica è la capacità garantire la tutela effettiva dei diritti che fanno parte del patrimonio giuridico individuale²⁴, assieme alla tutela giurisdizionale piena delle posizioni giuridiche che derivano dal diritto dell'Unione²⁵.

Peraltro, anche il *self-restraint* della Corte di giustizia rispetto all'elaborazione di un filone giurisprudenziale coerente e autonomo sull'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali può, in una certa misura, essere ricondotto a questa tendenza al livellamento al ribasso delle garanzie tipiche del *non-refoulement* nel diritto secondario e nella prassi applicativa degli Stati

²² 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).

²³ CGUE, sentenza del 26 settembre 2018, *X. e Y. C. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-180/17, ECLI:EU:C:2018:775, punto 44.

²⁴ Sentenza della Corte del 5 febbraio 1963, *van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, C-26-62, ECLI:EU:C:1963:1.

²⁵ C. FAVILLI, *The standard of fundamental rights protection in the field of asylum: The case of the right to an effective remedy between EU law and the Italian Constitution*, in *Review of European Administrative Law*, vol. 12(2), 2019, pp. 167-183.

membri. Come eloquentemente dimostrato dalla decisione nel caso *N.S. e M.E.*²⁶, il parametro di riferimento della Corte nei casi aventi a oggetto il trasferimento dei richiedenti asilo è l'art. 4 della Carta, mentre l'art. 19 viene perlopiù valorizzato in relazione alla sua dimensione procedurale in casi aventi a oggetto l'espulsione di migranti irregolari²⁷.

4. *La dicotomia migrante-rifugiato e l'accesso all'asilo nell'Unione europea*

La specificità dello statuto giuridico del rifugiato e la natura dichiarativa dello *status* costituiscono l'altro aspetto chiave dello sviluppo del diritto d'asilo in Europa. La dicotomia migrante-rifugiato, la cui rilevanza descrittiva e prescrittiva, nel contesto di migrazioni forzate di massa, è stata sovente messa in discussione²⁸, ma sempre strenuamente difesa dai governi²⁹ e dalla stessa Agenzia Onu per i rifugiati³⁰, si fonda su due esigenze contrapposte. Per un verso, la constatazione che la protezione internazionale non può essere estesa a tutti i migranti in fuga e che servono regole certe di selezione dei titolari che consentano di preservare il potere statale di limitare l'accesso al territorio da parte degli stranieri³¹. Per altro verso, tale dicotomia affonda le proprie radici "umanitarie" nella con-

²⁶ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 21 dicembre 2011, *N.S. e M.E.*, C-411/10 e C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865, punto 106.

²⁷ Per un'analisi di questa giurisprudenza, si rinvia a M. FERRI, *Il principio di non respingimento e lo statuto giuridico del rifugiato non espellibile all'esame della Corte di Giustizia: osservazioni sul rapporto tra Convenzione di Ginevra e Carta dei diritti fondamentali UE*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2019, p. 7 ss.

²⁸ Cfr., *ex multis*, H. CRAWLEY, D. SKLEPARIS, *Refugees, Migrants, Neither, Both: Categorical Fetishism and the Politics of Bounding in Europe's 'Migration Crisis'*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 44(1), 2018, pp. 48-64.

²⁹ Da ultimo, in occasione dell'estensione dei patti globali sulla migrazione e sull'asilo, su cui ci sia consentito rinviare a D. VITIELLO, *Il contributo dell'Unione europea alla governance internazionale dei flussi di massa di rifugiati e migranti: spunti per una rilettura critica dei Global Compacts*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2018, p. 38 ss.

³⁰ UNHCR, *UNHCR viewpoint: 'Refugee' or 'migrant' – Which is right? The two terms have distinct and different meanings, and confusing them leads to problems for both populations*, 11 luglio 2016.

³¹ A. PANEBIANCO, *La forza (a metà) di Macron: una lezione dalla Francia*, in *Il Corriere della sera*, 26 aprile 2022. Di recente, tale approccio è stato rivendicato anche oltre oceano, dall'Amministrazione Biden. Cfr. C. MONTOYA-GALVEZ, *Biden administration moves to limit asylum in bid to reduce border arrivals*, in *CBS News*, 21 febbraio 2023.

siderazione che i rifugiati sono un gruppo particolarmente qualificato di stranieri e che l'estensione della protezione internazionale a una platea sempre più ampia di soggetti finirebbe per indebolire la tutela degli stessi rifugiati. Di qui l'esigenza di compendiare protezione e rigore, già evidente nella logica del “doppio binario” inaugurata a Tampere e ribadita dall'Unione in sede di negoziati per i patti globali sulla migrazione e l'asilo³².

Uno dei precipitati tipici di questa dicotomia è l'irriducibilità della condizione giuridica del richiedente asilo a quella del migrante irregolare. Essa deriva dalla natura dichiarativa della protezione internazionale, riconosciuta dalle corti europee in una giurisprudenza invero consolidata³³ e posta a fondamento dell'architettura giuridica del SECA: non soltanto degli *status* “ordinari” (rifugiato e protezione sussidiaria), ma – come sottolineato nelle linee guida³⁴ per l'attuazione della decisione di esecuzione della direttiva protezione temporanea³⁵ – anche in relazione a forme di protezione immediata ed emergenziale³⁶.

Da questa premessa discendono due corollari: (a) che l'arrivo spontaneo dei richiedenti asilo alle frontiere esterne è il presupposto fattuale per il riconoscimento della protezione internazionale; (b) che, nei sistemi d'asilo territoriale, l'ingresso non autorizzato dei richiedenti asilo nel territorio statale si situa al di fuori del perimetro del potere sovrano dello Stato di interdizione della migrazio-

³² D. VITIELLO, *Il contributo dell'Unione europea alla governance internazionale dei flussi di massa di rifugiati e migranti: spunti per una rilettura critica dei Global Compacts*, cit., p. 4 ss.

³³ Corte Edu (Grande Camera), *M.S.S c. Belgio e Grecia*, cit.; CGUE (Grande Sezione), sentenza del 14 maggio 2019, *M.X.X. c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, C-391/16, C-77/17 e C-78/17, ECLI:EU:C:2019:403.

³⁴ Comunicazione della Commissione relativa agli orientamenti operativi per l'attuazione della decisione di esecuzione (UE) 2022/382 del Consiglio 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, C(2022) 1806.

³⁵ 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.

³⁶ Sulla natura dichiarativa della protezione temporanea, ci sia consentito di rinviare a D. VITIELLO, *The Nansen Passport and the EU Temporary Protection Directive: Reflections on Solidarity, Mobility Rights and the Future of Asylum in Europe*, in *European Papers*, no. 7/2022, pp. 15-30. Più in generale, sull'attuazione della direttiva protezione temporanea si veda F.L. GATTA, M. SAVINO, *La guerra in Ucraina: verso una nuova crisi dei rifugiati?*; M. PORCHIA, *L'attuazione della Direttiva 55/2001 sulla protezione temporanea: verso un nuovo concetto di solidarietà?*, entrambi in questo Volume.

ne irregolare. Pertanto, il respingimento dei richiedenti asilo e la criminalizzazione del loro ingresso irregolare si pongono *ipso iure* in contrasto con gli obblighi internazionali ed europei (oltre che nazionali) in materia di protezione internazionale. Nondimeno, la costruzione del SECA è proceduta di pari passo con l'assimilazione della condizione giuridica del richiedente asilo a quella dell'immigrato irregolare ai fini dell'accesso al territorio (e alla protezione). Esempio emblematico di tale paradosso è il regolamento di Dublino³⁷, in cui il criterio base del paese di primo ingresso irregolare per l'allocazione della competenza all'esame delle domande d'asilo si fonda «in particolare sull'idea che ogni Stato membro è responsabile, nei confronti di tutti gli altri Stati membri, della sua politica in materia di ingresso e di soggiorno di cittadini di paesi terzi e deve assumerne le conseguenze con spirito di solidarietà e di leale cooperazione»³⁸.

Anche questo paradosso è in larga misura legato a “effetti secondari” rispetto all'istituzione della politica comune di asilo, ascrivibili alla sua derivazione dall'ex terzo pilastro e all'attribuzione dell'impulso legislativo per lo sviluppo della competenza UE alla Direzione affari interni della Commissione. Le modalità di esercizio del potere di decisione politica in relazione alle materie comunitarizzate con il Trattato di Amsterdam non hanno sostanzialmente intaccato, almeno nella prima fase, gli spazi di manovra degli Stati in relazione alle politiche migratorie e di controllo del confine³⁹, che anzi hanno beneficiato di un ampliamento attraverso lo sviluppo della dimensione esterna della politica migratoria europea⁴⁰. Un *trend* al quale ha fatto seguito la crescente commistione delle politiche di asilo, contrasto all'immigrazione irregolare e controllo delle frontiere esterne⁴¹, con conseguenze tutt'altro che neutrali rispetto alla dicotomia migrante-rifugiato.

³⁷ Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione), art. 13.

³⁸ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 26 luglio 2017, *Jafari*, C-646/16, ECLI:EU:C:2017:586, punto 88.

³⁹ Cfr., in tal senso, CGUE, sentenza del 17 luglio 2014, *Qurbani*, C-481/13, ECLI:EU:C:2014:2101, punti 24-25.

⁴⁰ S. LAVENEX, *Shifting up and out: The foreign policy of European immigration control*, in *West European Politics*, vol. 29(2), 2006, pp. 329-350.

⁴¹ M. GEIGER, A. PÉCOUD, *The Politics of International Migration Management*, Palgrave Macmillan, 2010; A. BETTS, *The Refugee Regime Complex*, in *Refugee Survey Quarterly*, vol. 29(1), 2010, p. 12 ss.; D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, Bari, 2020, p. 72 ss.

Quest'ultima, pur sempre ribadita e difesa, è stata ridotta alla sua dimensione escludente, con conseguente legittimazione di politiche di deterrenza dell'immigrazione irregolare che adottano un approccio selettivo alla pretesa di accesso al territorio dei richiedenti asilo in funzione della "regolarità" amministrativa della formulazione dell'istanza alle frontiere. È significativo che questo sviluppo non riguardi soltanto la prassi statale, sempre più interessata a tecniche di de-territorializzazione dell'asilo, fondate sulla istituzione di "non luoghi" fittiziamente sottratti alla sfera di signoria statale (si pensi, ad es., alla segregazione dei richiedenti "irregolari" sull'isola di Lindholm⁴² da parte della Danimarca) ovvero sulla delega a Stati terzi (come nell'accordo tra il governo britannico e il Ruanda per la riconduzione dei richiedenti asilo "irregolari" nel paese africano⁴³).

L'Unione stessa ha abbracciato il canone della "meritevolezza" dell'asilo nel momento in cui ha deciso di rinviare in Turchia i rifugiati siriani giunti irregolarmente sulle coste europee, in cambio di rifugiati giunti regolarmente attraverso i canali aperti dalla dichiarazione UE-Turchia⁴⁴; canali che, tuttavia, sono stati intesi in funzione alternativa all'arrivo spontaneo dei richiedenti asilo, con conseguente trasformazione del *resettlement* in strumento di gestione del confine⁴⁵.

5. *Il test della condotta colposa nella giurisprudenza di Strasburgo e lo statuto giuridico del richiedente asilo "irregolare"*

La schizofrenia conseguente alla commistione delle politiche di asilo, contrasto all'immigrazione irregolare e sorveglianza frontaliera è altresì evidente nella più recente giurisprudenza di Strasburgo, che concorre alla ricostruzione dello statuto giuridico del richiedente asilo "irregolare" attraverso l'introduzione di due condizioni cumulative, il cui verificarsi giustifica l'adozione di misure statali di respingimento che altrimenti risulterebbero in contrasto con il divieto di espulsioni collettive e con le garanzie procedurali connesse alla protezione *par ricochet*.

⁴² «In Danimarca non li vogliamo, e se ne accorgeranno», in *Il Post*, 4 dicembre 2018.

⁴³ Memorandum of Understanding (MoU) between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Rwanda for the provision of an asylum partnership arrangement, 14 April 2022.

⁴⁴ Consiglio europeo, Dichiarazione UE-Turchia, comunicato stampa, 18 marzo 2016.

⁴⁵ K. BAMBERG, *The EU Resettlement Framework: From a humanitarian pathway to a migration management tool?*, European Policy Centre Discussion Paper, 26 June 2018.

La prima condizione, già richiamata nelle pagine che precedono⁴⁶, è stata ricavata dalla Corte Edu a partire dall'art. 5 del Codice frontiere Schengen⁴⁷, che impone l'attraversamento delle frontiere esterne «soltanto ai valichi di frontiera e durante gli orari di apertura stabiliti»⁴⁸. Tale condizione traspone surrettiziamente in ambito CEDU un nuovo requisito formale “esterno” ai fini dell'attivazione del divieto di espulsioni collettive che, invece, dovrebbe sorgere automaticamente nel momento in cui lo straniero viene a trovarsi nella giurisdizione *de jure* o *de facto* di uno Stato parte della Convenzione⁴⁹. Peraltro, lo stesso Codice frontiere Schengen prevede un'espressa eccezione alla regola dell'art. 5 per salvaguardare gli obblighi degli Stati membri in materia di protezione internazionale⁵⁰, che includono necessariamente le garanzie procedurali associate, nel diritto primario dell'Unione, alla protezione contro i respingimenti abusivi. Pertanto, ancorché l'obiettivo dei giudici di Strasburgo sia il contenimento del *trend* di chiusura indiscriminata delle frontiere esterne degli Stati parti⁵¹, mediante il collegamento tra la deroga al divieto di espulsioni collettive e l'esistenza di un numero sufficiente di valichi autorizzati, la previsione stessa della deroga amplia la discrezionalità amministrativa nei confronti dei richiedenti asilo alle frontiere esterne, spingendola ben oltre quanto consentito finanche dal diritto UE.

La seconda condizione, sviluppata dalla Corte Edu per contenere le dinamiche centrifughe rispetto al divieto di espulsione collettiva di stranieri, si fonda sulla condotta del ricorrente, che deve essere meritevole di protezione contro l'allontanamento. Il test della condotta colposa, affinato dalla Corte nella sentenza *A.A. e altri c. Macedonia del Nord*⁵², consente di attribuire al

⁴⁶ *Ivi*, par. 2.

⁴⁷ 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).

⁴⁸ Corte Edu (Grande Camera), *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., par. 209. In argomento, A. FAZZINI, *La sentenza N.D. e N.T. e il divieto di espulsioni collettive: una prova di equilibrio tra flessibilità, restrizioni e più di una contraddizione*; E. SANTOMAURO, *La controversa decisione della Corte Edu nel caso N.D. e N.T. c. Spagna sul divieto di espulsioni collettive: il diritto di avere diritti a rischio per i richiedenti asilo?*, entrambi in questo Volume.

⁴⁹ Corte Edu (Grande Camera), *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., Opinione parzialmente dissenziente del Giudice Koskelo, par. 19.

⁵⁰ Regolamento (UE) 2016/399, cit., art. 5, par. 3.

⁵¹ Corte Edu (Grande Camera), *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., Opinione parzialmente dissenziente del Giudice Kosk, par. 17.

⁵² Corte Edu, *A.A. e altri c. Macedonia del Nord*, cit., parr. 112 ss. In argomento, D. SCHMALZ, *Enlarging the Hole in the Fence of Migrants' Rights*, in *VerfBlog*, 22 April 2022.

ricorrente la responsabilità per la mancata adozione di una decisione individuale di espulsione o respingimento alla frontiera nei casi in cui il ricorso alla violenza ovvero le modalità di accesso in massa precludano alle autorità nazionali la valutazione del caso singolo. Mediante tale condizione, la Corte riconduce a tale condotta abusiva del richiedente asilo la conseguenza di esimersi le autorità statali dalla responsabilità per l'adozione di decisioni stereotipate in materia di espulsione e finanche per il respingimento indiscriminato, in assenza di procedure di identificazione e di previa adozione di un provvedimento formale di non ammissione⁵³.

Sul piano processuale, tale impostazione si traduce nella completa inversione dell'onere della prova della violazione della CEDU, che impone ai ricorrenti (richiedenti asilo) di dimostrare la "meritevolezza" della protezione avverso le espulsioni collettive da parte dello Stato parte (convenuto). Il canone della meritevolezza, rendendo inesigibile il *godimento* della protezione *par ricochet* mediante condizioni procedurali relative alle modalità di *accesso* al territorio statale, contribuisce all'arretramento complessivo dello stato di diritto alle frontiere europee. Al contempo, l'applicazione del test della condotta colposa conduce a giustificare l'assenza di una decisione individuale di allontanamento in base a un creativo accertamento della *mens rea* dei ricorrenti, ai sensi del quale «by participating in the illegal entry onto Macedonian territory (and) taking advantage of the group's large number», essi avrebbero dimostrato di non avere un interesse specifico all'asilo, quanto piuttosto «in transiting through (the territory of the respondent State)». Per questo motivo non avrebbero fatto uso «of the official entry procedures», e non in ragione «of some shortcomings in the asylum procedures and reported pushbacks», la cui esistenza è, purtuttavia, espressamente riconosciuta dalla Corte⁵⁴.

6. Riflessioni conclusive sul futuro dell'asilo in Europa

Lo iato tra la statuizione formale del diritto d'asilo e l'accesso effettivo alla protezione internazionale in Europa è destinato ad ampliarsi, tanto per mezzo delle riforme delle politiche UE sulla migrazione e l'asilo, quanto attraverso la giurisprudenza di Strasburgo.

Per un verso, le proposte di riforme del SECA e della cooperazione Schen-

⁵³ Corte Edu (Grande Camera), *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., par. 173.

⁵⁴ Corte Edu, *A.A. e altri c. Macedonia del Nord*, cit., parr. 121-123.

gen, oramai prossime all'approvazione⁵⁵, condurranno a un ulteriore "spiazzamento" delle garanzie tipiche del *non-refoulement* mediante il rafforzamento dei filtri pre-ingresso e il ricorso generalizzato alla *fictio iuris* dell'extraterritorialità nell'ambito delle procedure di frontiera⁵⁶. In questo modo, la "gestione" dell'asilo sarà completamente integrata nel dispositivo di sorveglianza delle frontiere esterne⁵⁷, con la conseguenza di disgiungere l'atto dell'attraversamento fisi-

⁵⁵ Per quanto riguarda lo *screening* pre-ingresso, il riferimento è, in particolare, alla proposta di regolamento che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817, COM(2020) 612 final, e alla conseguente proposta di regolamento recante modifica del regolamento (UE) 2019/816 che istituisce un sistema centralizzato per individuare gli Stati membri in possesso di informazioni sulle condanne pronunciate a carico di cittadini di paesi terzi e apolidi (ECRIS-TCN) e integrare il sistema europeo di informazione sui casellari giudiziari e del regolamento (UE) 2019/818 che istituisce un quadro per l'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'UE nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria, asilo e migrazione, e che modifica i regolamenti (UE) 2018/1726, (UE) 2018/1862 e (UE) 2019/816, allo scopo di introdurre accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne, COM(2021) 96 final. Per quanto concerne la "gestione" dell'asilo, inclusa la riforma del regolamento di Dublino e la reazione alle situazioni emergenziali, si veda la proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione e che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio, COM(2020) 610 final; la proposta modificata di regolamento che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione e del regolamento sul reinsediamento, per l'identificazione di cittadini di paesi terzi o apolidi il cui soggiorno è irregolare e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, e che modifica i regolamenti (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/818, COM(2020) 614 final; nonché la proposta di regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo, COM(2020) 613 final. Per quanto concerne le procedure di frontiera, si rinvia alla proposta modificata di regolamento che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, COM(2020) 611 final. Infine, per quanto riguarda la riforma di Schengen, si rinvia alla proposta di regolamento 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 final.

⁵⁶ J.-P. CASSARINO, L. MARIN, *The Pact on Migration and Asylum: Turning the European Territory into a Non-territory?*, in *European Journal of Migration and Law*, vol 4, n. 1/2022.

⁵⁷ Su tale dispositivo e sul suo funzionamento operativo ci sia consentito rinviare a D. VIETIELLO, *Poteri operativi, accountability e accesso alla giustizia nella gestione integrata delle frontiere esterne dell'Unione europea. Una prospettiva sistemica*, in *Quaderni AISDUE*, n. 5/2023, pp. 226-255.

co della frontiera esterna dalle sue conseguenze giuridiche tipiche sul piano del divieto di respingimento. Al contempo, nel tentativo di limitare il ricorso alle clausole del Codice frontiere Schengen relative alla reintroduzione dei controlli per motivi di ordine pubblico – sanzionato dalla stessa Corte di giustizia nel recente caso *NW*⁵⁸ – le frontiere interne potrebbero subire una “metamorfosi funzionale”⁵⁹: da snodo per la gestione del traffico transfrontaliero ad avamposto della frontiera esterna per i controlli di polizia sui migranti irregolari intercettati nelle immediate vicinanze delle frontiere interne⁶⁰.

Per altro verso, la Corte Edu ha oramai consolidato il *revirement* operato a partire dalla “crisi” dei rifugiati del 2015, non solo allineando le proprie posizioni a quelle della Corte di Lussemburgo su questioni “calde”, come la portata extraterritoriale del *non-refoulement* (si pensi ai visti umanitari, nei noti casi *X.X. c. Belgio*⁶¹ e *M.N. et al. c. Belgio*⁶²), ma anche rimodulando il contenuto procedurale tipico della protezione *par ricochet* in funzione di esigenze di sostenibilità amministrativa della gestione integrata delle frontiere esterne e del controllo dei flussi migratori in transito attraverso le stesse. Tale dinamica è particolarmente interessante in relazione al fenomeno dell’eterogeneità dei fini. Invero, il contenzioso strategico promosso dalla società civile e dall’accademia, che ha offerto un indiscusso contributo alla definizione del contenuto procedurale dell’obbligo di *non-refoulement* (si pensi a *Khlaifia*), ma anche alla sua estensione a “nuove” forme di *push-back* cooperativo (come le riammissioni informali sulla rotta balcanica, censurate in *M.H. et al. c. Croazia*⁶³), sembra tuttavia produrre “effetti secondari” sulla politica giudiziaria di Strasburgo.

⁵⁸ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 26 aprile 2022, *NW c. Landespolizeidirektion Steiermark*, C-368/20 e C-369/20, ECLI:EU:C:2022:298.

⁵⁹ E. GUILD, *Schengen Borders and Multiple National States of Emergency: From Refugees to Terrorism to COVID-19*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 23(4), 2021, pp. 385-404.

⁶⁰ Cfr., in tal senso, la nota della Presidenza del Consiglio UE al Coreper del 24 febbraio 2023, *Functioning of the Schengen area*, LIMITE 6764/23, accessibile online.

⁶¹ CGUE, sentenza del 7 marzo 2017, *X e X c. État belge*, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173.

⁶² Corte Edu, decisione di inammissibilità del 5 maggio 2020, *M.N. e altri c. Belgio*, ric. n. 3599/18, su cui v. F.L. GATTA, *La “saga” dei visti umanitari tra le Corti di Lussemburgo e Strasburgo, passando per il legislatore dell’Unione europea e le prassi degli Stati membri*, in *Diritti fondamentali*, n. 1/2019.

⁶³ Corte Edu, sentenza del 18 novembre 2021, *M.H. e Altri c. Croazia*, ric. nn. 15670/18 e 43115/18. Sul caso e sul rilievo del contenzioso strategico in tale ambito v. M. ASTUTI ET AL., «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*, n. 1/2022.

Lo svilimento delle garanzie di esame individuale della situazione dello straniero, che si manifesta sin dal caso *Kblaifia*⁶⁴, per consolidarsi definitivamente in *Asady e altri c. Slovacchia*⁶⁵, è espressione di un approccio sempre più formalistico e deferente, che tenta di contenere le spinte centrifughe degli Stati parti della CEDU per scongiurare un più generale disimpegno in relazione agli obblighi convenzionali. Un approccio comprensibile e, in parte, condivisibile, tenuto conto altresì della generale crisi che la partecipazione ai trattati internazionali sui diritti umani attraversa⁶⁶ e del rischio di “effetto a catena” collegato anche alla recente espulsione della Russia dal Consiglio d’Europa⁶⁷. Il paradosso dell’eterogeneità dei fini, però, chiama a una riflessione, il cui banco di prova si candida ad essere la prossima decisione nel caso *S.S. c. Italia*⁶⁸, relativo alla pratica dei *pull-back by proxy*.

La questione sulla quale interrogarsi è se nel tentativo di “trattenere” gli Stati parti, a beneficio dell’applicazione della Convenzione nei loro ordinamenti, l’*appeasement* giurisprudenziale in atto non finisca per concorrere alla generale degradazione dei diritti dei migranti alle frontiere, foriera di rischi non troppo diversi da quelli che si tenta di scongiurare. Se così fosse, lo iato tra la statuizione formale del principio di *non-refoulement* e la revisione silenziosa della tutela a esso associata⁶⁹ condurrebbe a conseguenze sempre più paradossali, rimettendo inevitabilmente in discussione la rilevanza e la precettività del principio stesso.

⁶⁴ Corte Edu (Grande Camera), *Kblaifia e altri c. Italia*, cit. par. 248.

⁶⁵ Corte Edu, sentenza del 24 marzo 2020, *Asady e altri c. Slovacchia*, ric. n. 24917/15, su cui v. A. BUFALINI, *L’insostenibile incertezza sul contenuto degli obblighi degli Stati derivanti dal divieto di espulsioni collettive*, in *Annuario ADiM 2020*, pp. 605 ss.

⁶⁶ J. ALBERTI, M. BUSCEMI, *Exit! Il recesso dai trattati multilaterali. Crisi e nuovi slanci della cooperazione internazionale ed europea*, in *Federalismi.it*, n. 17/2020, pp. iv-xii.

⁶⁷ In argomento, A. SACCUCCI, *Le conseguenze dell’espulsione della Russia dal Consiglio d’Europa sui trattati stipulati nell’ambito dell’organizzazione*, in *DUDI*, vol. 2, 2022, pp. 211-242.

⁶⁸ Corte Edu, *S.S. e altri c. Italia*, ric. n. 21660/18, introdotto il 3 maggio 2018 e promosso da ASGI e ARCI, insieme al Global Legal Action Network (GLAN) e alla Yale Law School’s Lowenstein International Human Rights Clinic, su cui si rinvia a V. MORENO-LAX, *The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control – On Public Powers, S.S. and Others v. Italy, and the “Operational Model”*, in *German Law Journal*, 2020, vol. 21(3), pp. 385-416; A. FAZZINI, *Il caso S.S. and Others v. Italy nel quadro dell’esternalizzazione delle frontiere in Libia: osservazioni sui possibili scenari al vaglio della Corte di Strasburgo*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2020.

⁶⁹ I. MANN, *A Lost Opportunity for Border Justice at the European Court of Human Rights*, in *EJIL:Talk!*, 3 February 2022.

Peraltro, in una prospettiva sistemica, non possono escludersi effetti “collaterali” sul dialogo tra la Corte Edu e la Corte di giustizia dell’Unione. Nella misura in cui la giurisprudenza di Lussemburgo tempera la tutela dei diritti fondamentali con la più generale garanzia della tenuta dello stato di diritto nell’Unione, incluse le sue frontiere esterne, la Corte di giustizia sarà più attenta a evitare che decisioni settoriali, ispirate dalla necessaria deferenza nei confronti degli Stati membri in un ambito delicato come quello della migrazione, non producano ripercussioni di ampia portata sul piano dell’effettività del diritto dell’Unione e della tutela giurisdizionale⁷⁰.

Da questo punto di vista, lo “scisma” tra le due Corti europee in relazione al trattamento dei richiedenti asilo nelle zone di transito al confine tra l’Ungheria e la Serbia è eloquente. Entrambe riconoscono come pienamente operante il principio di *non-refoulement*, condannandone la violazione; tuttavia, solo la Corte di Lussemburgo lo pone realmente in relazione con il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, con la conseguenza di qualificare come detenzione *de facto* la condizione di impossibilità materiale e giuridica di accesso dei richiedenti al territorio ungherese ai fini dell’asilo⁷¹. In un esercizio di estremo realismo, i giudici di Strasburgo invece capovolgono la funzione dell’interpretazione evolutiva dei diritti CEDU: da strumento esecutivo di estensione della tutela, e aggiornamento della stessa alle sfide del presente⁷², a tecnica di riduzione dei diritti a pretese di fatto⁷³. Il risultato di questo capovolgimento è l’attribuzione al richiedente asilo della responsabilità per il trattamento subito nella zona di transito, nella misura in cui «the State authorities have undertaken vis-à-vis the individual no other steps than reacting to his or her *wish to enter*»⁷⁴.

⁷⁰ Cfr., in tal senso, CGUE (Grande Sezione), sentenza del 17 dicembre 2020, *Commissione c. Ungheria*, C-808/18, ECLI:EU:C:2020:1029, punti 218-302.

⁷¹ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 14 maggio 2020, *FMS*, C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367, punto 223 ss., su cui v., *ex multis*, L. MARIN, *La Corte di Giustizia riporta le ‘zone di transito’ ungheresi dentro il perimetro del diritto (europeo) e dei diritti (fondamentali)*, in *Annuario ADiM 2020*, pp. 688 ss.

⁷² Corte Edu, sentenza del 25 aprile 1978, *Tyrer c. Regno Unito*, ric. n. 5856/72, par. 31.

⁷³ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 21 novembre 2019, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. n. 47287/15, parr. 215-224.

⁷⁴ *Ivi*, par. 225 (enfasi aggiunta). Analogamente, v. Corte Edu, sentenza del 2 marzo 2021, *R.R. e altri c. Ungheria*, ric. n. 36037/17, par. 77; sentenza del 2 giugno 2022, *H.M. e altri c. Ungheria*, ric. n. 38967/17, par. 30.

Il cerchio dell'eterogenesi dei fini, dunque, si chiude: categorie giuridiche nate per proteggere, come quella di richiedente asilo, si trasformano in "gabbie" del controllo statale, rispetto alle quali la tutela dei diritti umani fondamentali è degradata a forma di imperialismo culturale⁷⁵.

⁷⁵ Su tale dinamica, per tutti, A. CASSESE, *L'esperienza del male. Guerra, tortura, genocidio, terrorismo alla sbarra. Conversazione con Giorgio Acquaviva*, Bologna, 2011, pp. 91 ss.

LA NUOVA AGENZIA DELL'UNIONE EUROPEA PER L'ASILO: VERSO UN EFFETTIVO MECCANISMO DI MONITORAGGIO DEL SECA?

Marcella Cometti*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il meccanismo di monitoraggio: una breve descrizione. – 3. Questioni relative il futuro sistema di monitoraggio. In particolare: il problema del cortocircuito monitorante-monitorato. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Con regolamento 2021/2303 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 dicembre 2021¹ è stata istituita un'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo (EUAA) che sostituisce l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO), rafforzandone le competenze.

I tentativi di riforma di questo nuovo – o, per meglio dire, rinnovato – organismo risalgono a tempi lontani (è del 2016 la prima proposta² poi modificata da una successiva del 2018³) tant'è che la Commissione, con il Nuovo Patto su immigrazione e asilo presentato a settembre 2020,⁴ aveva sollecitato Parlamento europeo e Consiglio ad approvare, già entro la fine dello stesso anno, tale normativa.

* Dottoranda in “Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali”, Università degli Studi di Ferrara.

¹ 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, *OJ L 468*, 30.12.2021, pp. 1-54.

² Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo e che abroga il regolamento (UE) n. 439/2010, COM/2016/0271 final.

³ Proposta modificata di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo e che abroga il regolamento (UE) n. 439/2010, Contributo della Commissione europea alla riunione dei leader di Salisburgo del 19-20 settembre 2018, COM/2018/633 final.

⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato della Regioni, Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, COM/2020/609 final.

Nel frattempo, lo iato tra funzioni riconosciute dal regolamento istitutivo e competenze esercitate nella prassi dai funzionari EASO stava diventando sempre più ampio sulla scia di quel *trend* che vede le agenzie esser utili strumenti per sperimentare innovazioni “sul campo”, al di fuori di una cornice normativa che garantisca strumenti di controllo e *accountability*.⁵ La stessa mediatrice europea, a tal proposito, in un caso che aveva visto coinvolto EASO nel 2017,⁶ dichiarò: «it is likely that EASO's founding Regulation will be amended in the near future to provide explicitly for the type of activity in which EASO is currently engaged, thus resolving the issue of EASO possibly operating outside of its statutory brief».

Il nuovo regolamento solleva svariati temi di interesse;⁷ il presente scritto intende soffermarsi, in particolare, sulla creazione di un meccanismo di monitoraggio del Sistema europeo comune d'asilo (di seguito SECA) (Capo 5) che affonda le sue radici in una competenza più *soft* attribuita ad EASO, ovvero l'elaborazione di una Relazione annuale sull'Asilo.⁸ Tale Report offriva (e continuerà ad offrire – si veda art. 69) una panoramica completa dei principali sviluppi in materia di asilo intervenuti negli ordinamenti nazionali ed era utile, tra l'altro, a definire le misure d'urgenza predisposte dall'Agenzia a sostegno di Stati membri sottoposti ad una particolare pressione migratoria (art. 12 par. 1 regolamento 2010/439 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 maggio 2010 che istituisce l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo).⁹

2. Il meccanismo di monitoraggio: una breve descrizione

Prima di mettere in luce le criticità del nuovo meccanismo di monitorag-

⁵ E. DE CAPITANI, G. DEL TURCO, *Are the New EU Agencies in the Freedom Security and Justice Area Becoming the New Sorcerer's Apprentices?*, in *ADiM Blog, Editorial*, Novembre 2021.

⁶ Decisione nel caso 735/2017/MDC riguardante il coinvolgimento dell'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO) nel processo decisionale relativo all'ammissibilità delle domande di protezione internazionale presentate nei punti di crisi greci, in particolare lacune nei colloqui di ammissibilità.

⁷ L. TSOURDI, *European Union Agency on Asylum: An Agency 'Reborn'?*, in *EULawLive*, 98, 2022.

⁸ Le Relazioni Annuali sono disponibili sul sito dell'Agenzia, all'url <https://euaa.europa.eu/asylum-knowledge/asylum-report>.

⁹ Regolamento (UE) n. 439/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 maggio 2010, che istituisce l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo, *OJ L 132, 29.5.2010*, p. 11-28.

gio del SECA, previsto dallo statuto dell'Agenzia, appare necessario delinearne brevemente il contenuto e la relazione con la procedura di determinazione dello Stato membro responsabile per l'esame delle domande di protezione internazionale (cd. Dublino), le procedure di riconoscimento della protezione internazionale, la disponibilità e capacità del personale ivi coinvolto e le condizioni del sistema d'accoglienza predisposto dallo Stato membro (art. 14 par. 3).

L'avvio di quest'attività di "controllo" da parte dell'Agenzia potrà seguire una via ordinaria o una via, per così dire, straordinaria. Per quanto riguarda la prima, si fa riferimento al "programma di monitoraggio" che, una volta approvato dal consiglio di amministrazione dell'Agenzia – su proposta del direttore esecutivo e in consultazione con la Commissione – individuerà gli Stati membri i cui sistemi di asilo e accoglienza dovranno essere monitorati in un determinato anno, garantendo che ognuno di essi sia controllato almeno una volta ogni cinque anni (art. 15 par. 1).

In situazioni emergenziali, ovvero qualora dalle analisi delle informazioni sulla situazione dell'asilo (di cui all'art. 5) emergano una serie di preoccupazioni, tale meccanismo potrà essere attivato al di fuori di quanto previsto dal "programma di monitoraggio" ordinario, a seguito di una richiesta della Commissione o su iniziativa della stessa Agenzia (e in consultazione con la Commissione).

L'effettiva implementazione del meccanismo di monitoraggio sarà, inoltre, subordinata all'approvazione (sempre da parte del consiglio di amministrazione, su proposta del direttore esecutivo e in stretta collaborazione con la Commissione) di una "metodologia comune" che descriverà il metodo, i processi e gli strumenti che potranno essere utilizzati e definirà le norme e i principi per la costituzione delle squadre di esperti (art. 14 par. 2).

Per converso, i possibili seguiti dell'attività di monitoraggio vengono indicati con precisione nel regolamento istitutivo; invero, nell'ipotesi in cui siano individuate carenze o problemi relativi alle capacità e alla preparazione dello Stato membro interessato, si aprirà una procedura che, per semplificare, può essere suddivisa in tre macro-fasi di cui la prima si chiude con una raccomandazione dell'Agenzia (adottata, in consultazione con la Commissione, dal suo consiglio di amministrazione). Tale raccomandazione andrà a delineare le misure che lo Stato membro dovrà adottare, anche con l'aiuto dell'Agenzia, se necessario. Sebbene questo potere raccomandatorio in capo all'EUAA sia una novità introdotta dal nuovo regolamento istitutivo, d'altro canto, la maggioranza di due terzi richiesta in seno al consiglio d'amministrazione sposta il potere decisorio in capo agli Stati membri che detengono tale maggioranza in seno all'organo in questio-

ne. Inoltre, pare interessante notare che, a seguito di triloghi svoltisi tra febbraio e giugno 2017, il Parlamento europeo rinunciò all'emendamento secondo cui la raccomandazione dell'Agenzia dovrà essere messa a disposizione del pubblico;¹⁰ così, l'odierna formulazione dell'art.15 par. 4 prevede che la raccomandazione sarà trasmessa al Parlamento europeo, il quale, assieme al Consiglio, verrà informato anche del seguito dato al monitoraggio svolto dalla Commissione nonché dei progressi compiuti dallo Stato membro nell'attuazione delle raccomandazioni (art. 15 par. 8).

La seconda fase si attiva qualora uno Stato membro non attui quanto previsto dalla raccomandazione dell'Agenzia e vede l'intervento della Commissione che, con una sua raccomandazione, identificherà misure specifiche per lo Stato membro e indicherà i provvedimenti che l'Agenzia dovrà prendere per sostenere lo stesso.

Qualora neppure l'intervento della Commissione sortisca il suo effetto, questa potrà presentare una proposta di atto di esecuzione al Consiglio. Tale decisione del Consiglio potrà, tra le altre, imporre allo Stato membro di cooperare con l'Agenzia nell'attuazione delle misure indicate (art. 15 par. 7 e art. 22).

Infine, si tenga conto che, a seguito dell'accordo raggiunto in fase di triloghi e che rispecchia la posizione del gruppo dei cd. Stati del Mediterraneo, l'applicazione di tale meccanismo di monitoraggio risulta posticipata (art. 73). Invero, le disposizioni riguardanti, in generale, il meccanismo di monitoraggio e l'adozione del relativo programma si applicheranno a decorrere dal 31 dicembre 2023; mentre, l'implementazione della procedura che si snoda nelle fasi appena descritte e la conseguente possibilità del Consiglio di adottare atti di esecuzione è subordinata alla sostituzione dei meccanismi che governano oggi il Regolamento Dublino (se tale regolamento verrà sostituito prima del 31 dicembre 2023, le disposizioni in questione dovrebbero comunque applicarsi a decorrere dal 31 dicembre 2023).

3. *Questioni relative il futuro sistema di monitoraggio. In particolare: il problema del cortocircuito monitorante-monitorato*

È quanto mai opportuno, in attesa di un'effettiva applicazione di tale

¹⁰ Consiglio dell'Unione europea, File interistituzionale, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Union Agency for Asylum and repealing Regulation (EU) No 439/2010 – State of play and guidance for further work, 2016/0131 (COD), 27 giugno 2017, p. 4.

meccanismo, riflettere su un aspetto particolarmente critico di questa nuova competenza che, per l'appunto, rischia di sfociare in un vero e proprio cortocircuito tra funzioni d'implementazione e funzioni di monitoraggio.¹¹ A titolo di esempio, si può raffigurare una situazione in cui (*ex art. 16, par. 2*) i funzionari dell'Agenzia siano dispiegati in uno Stato membro per agevolare l'esame delle domande di protezione internazionale, conducendo le interviste ai richiedenti asilo e predisponendo, come già accade, pareri sulla decisione di riconoscimento della protezione internazionale. Contestualmente, il medesimo Stato membro potrebbe essere sottoposto (o secondo quanto previsto dal "programma di monitoraggio" o per cause straordinarie, come visto sopra) al meccanismo di monitoraggio che, tra l'altro, riguarda "le procedure relative alla protezione internazionale, l'applicazione dei criteri di valutazione delle esigenze di protezione e la natura della tutela offerta" (*art. 14, par. 3, lett. a*).

Se, è indubbio, la sintesi di funzioni operative e di supervisione permetterebbe, grazie al dispiegamento di funzionari dell'Agenzia negli Stati membri, di risolvere le carenze e i problemi individuati attraverso l'attività di monitoraggio – dando immediato supporto nell'*enforcement* delle misure previste in tale sede, d'altro canto ciò comporterebbe una certa tensione di fondo. Infatti, ove le condotte operative dell'Agenzia dovessero contrastare con il SECA, incidendo (direttamente o indirettamente) sulla compatibilità con lo stesso SECA delle condotte delle autorità nazionali a cui l'Agenzia fornisce supporto, il monitoraggio su tali autorità finirebbe per riguardare le stesse attività operative dell'Agenzia. L'EUAA si troverebbe così ad essere, contestualmente, soggetto monitorante e oggetto della sua stessa attività di monitoraggio.

Inoltre, il sostegno fornito dall'Agenzia agli Stati membri tramite dispiegamento di apposite Squadre dipende da un'esplicita richiesta che deve provenire dallo Stato membro (o, comunque, vi deve essere l'accordo di questo).¹² L'EUAA, quale organismo dell'UE, ha tutto l'interesse a che gli Stati membri invocino la presenza di suoi funzionari sul territorio nazionale, data la prospettiva, nel lungo termine, «di trasferire la competenza per il trattamento delle domande di asilo dal livello nazionale a quello dell'UE, trasformando l'EASO in un'agenzia di decisione in primo grado».¹³ Premesso ciò e

¹¹ L. TSOURDI, *The New Pact and EU Agencies: an ambivalent approach towards administrative integration*, in *Odysseus Blog*, 6 November 2020.

¹² Salvo quanto previsto dall'art. 22 regolamento istitutivo 2021/2303, vedi *supra*.

¹³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Riformare il*

considerato che i funzionari delle Squadre di sostegno nello Stato membro, indubbiamente, si riveleranno utili “eyes on the ground” ai fini del meccanismo di monitoraggio, ci si chiede se gli Stati membri saranno ancora invogliati a chiedere tale supporto o se, piuttosto, l’Agenzia utilizzerà un “approccio morbido” proprio al fine di evitare che eventuali raccomandazioni scaturenti da monitoraggio non si ripercuotano sulle sue funzioni di “assistenza operativa e tecnica” (Capo 6) – che, tra le altre, rappresentano la ragione d’essere della stessa Agenzia.

Messa a fuoco la questione, è quanto mai opportuno prefigurare eventuali aggiustamenti che potrebbero esser introdotti al fine di contenere (sicuramente non risolvere) il conflitto d’interessi appena descritto.

Come suggerito dallo stesso Parlamento europeo¹⁴ sarebbe, ad esempio, necessario prevedere delle squadre di monitoraggio composte da personale formato esclusivamente per tali missioni, al fine di poter svolgere efficacemente il proprio ruolo e garantire, per quanto possibile, imparzialità. Anche la dottrina, riferendosi all’evoluzione delle cd. Agenzie AFSJ da organismi con ruoli operativi a organismi con (anche) funzioni di monitoraggio, intravede, come punto d’equilibrio, la possibilità di rafforzare ulteriormente «the role of external expertise within the AFJS agencies, whether expertise is provided through international organisations, academics, expert practitioners, or expert civil society representatives».¹⁵

A tal proposito, mentre la proposta presentata dalla Commissione (Proposta COM (2016) 271, art. 14 par. 2) definiva in modo relativamente più chiaro la composizione delle squadre di esperti in monitoraggio, esplicitando come queste dovessero essere composte da personale dell’Agenzia e da rappresentanti della Commissione, il testo finale del regolamento istitutivo (art. 14, par. 2) rimanda alla “metodologia di monitoraggio” per la definizione della composizione delle future squadre, lasciando così la scelta in capo al consiglio di amministrazione. Tale disposizione è frutto dell’Accordo uscito dai triloghi, dalla lettura del quale sembrerebbe desumersi un ulteriore elemento per la futura definizione delle squadre di monitoraggio che potrebbe-

sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all’Europa, COM(2016) 197 final, 6 aprile 2016.

¹⁴ Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni, I Relazione sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all’Agenzia dell’Unione europea per l’asilo e che abroga il regolamento (UE) n. 439/2010, A8-0392/2016.

¹⁵ L. TSOURDI, *Monitoring and steering through FRONTEX and EASO 2.0. The rise of a new model of AFSJ Agencies?*, in *Odysseus Blog*, 29 January 2018.

ro vedere la partecipazione di esperti degli Stati membri a condizione che all'UNHCR sia concesso lo status di osservatore in seno alle stesse.¹⁶

4. Conclusioni

Sorgono, così, dubbi relativamente l'effettivo apporto che l'EUAA potrà dare per prevenire o individuare eventuali carenze dei sistemi di asilo e accoglienza degli Stati membri al fine di rafforzarne la loro efficacia. Una tale attività di "prevenzione", portata avanti con un sistema di monitoraggio effettivo e quanto più imparziale, sarebbe stata auspicabile, in particolar modo se si hanno a mente le preoccupanti questioni che sorgono rispetto le modalità con cui l'Agenzia interviene per contrastare tali carenze. Rispetto a quest'ultime, si fa riferimento all'intervento di EASO presso gli *hotspot* greci: secondo ricerche aggiornate al 2019, i funzionari dell'Agenzia ivi dispiegati, nei loro pareri inviati alla autorità amministrativa competente (*Greek Asylum Service*), raccomandavano decisioni di "non ammissibilità" basate sul concetto di "Paese terzo sicuro" anche per i richiedenti asilo non siriani sottoposti a tali procedure. Il *Greek Asylum Service* ribaltava tali opinioni e dichiarava la domanda di asilo ammissibile.¹⁷ Un'altra circostanza che fa sorgere simili questioni critiche è quella relativa l'intervento dell'Agenzia a supporto del sistema d'asilo lituano ove il dispiegamento delle Squadre d'asilo è avvenuto immediatamente in seguito all'approvazione, nell'estate 2021, di una normativa in materia che, apparentemente, si pone in violazione con diversi diritti fondamentali.¹⁸ In tale contesto, i funzionari delle Squadre di Sostegno per

¹⁶ Consiglio dell'Unione europea, File interistituzionale, 2016/0131 (COD), cit., p. 3; con riferimento alla presenza di un osservatore dell'UNHCR si v. anche il considerando n. 24 dell'attuale regolamento istitutivo.

¹⁷ Corte dei Conti, Special Report, *Asylum, Relocation and return of migrants: Time to step up action to address disparities between objectives and results*, 2019, p. 38; M. MOUZOURAKIS, ECRE, *The Role of EASO operations in national asylum system*, 2019, p. 26.

¹⁸ A tal proposito, si v. il commento dell'Ombudsman presso il Parlamento lituano *Regarding the draft law amending and supplementing the law of the Republic of Lithuania on the legal status of aliens*, 12 luglio 2021, No. 1/3D-1711; lettera della Commissaria per i diritti umani alla prima ministra lituana del 10 agosto 2021, CommHR/DM/sf 030-2021; UNHCR, *Legal observations on the amendments to the Law of the Republic of Lithuania on Legal Status of Aliens N. XIV-506 e N. 21-29207*; ECRE, *Extraordinary responses: legislative changes in Lithuania*, Legal Note#11, 2021.

l'Asilo potrebbero trovarsi, quindi, ad implementare disposizioni della normativa lituana o, comunque, ad agire in circostanze in cui la normativa e, conseguentemente, la prassi sono caratterizzate da una forte tensione rispetto a quanto previsto dal diritto dell'Unione europea.

Nel primo caso, quindi, l'Agenzia è intervenuta concretando standard di tutela più bassi rispetto a quelli definiti, almeno in un primo momento, dall'amministrazione nazionale; nel secondo caso i funzionari dell'Agenzia sono stati dispiegati a supporto di amministrazioni nazionali che si trovano ad agire in un contesto normativo in forte frizione con gli attuali standard di protezione previsti dal diritto dell'Unione.

Così, il ruolo svolto da EASO a supporto di tali sistemi d'asilo nazionali sembrerebbe non tanto «volto ad assicurare un livello uniforme di applicazione del diritto dell'Unione, sulla base di elevati standard di protezione» (Considerando 3, 6 e 19) quanto, piuttosto, parrebbe anticipare una tendenza nella legislazione dell'UE, desumibile dalle prospettive di riforma del SECA, a ridurre il livello dei diritti e delle garanzie riconosciute ai richiedenti protezione internazionale.¹⁹ In tal modo, se è pur vero che un'evoluzione verso una più forte integrazione amministrativa sarebbe auspicabile ai fini di una maggior armonizzazione dei singoli sistemi d'asilo – ed è evidente che l'Agenzia stia giocando un ruolo determinante in tal senso – d'altro canto, ancor più alla luce delle competenze rafforzate in capo alla nuova EUAA, risulta essenziale riconoscere che tale processo non si sta muovendo verso un auspicato allineamento tra maggiore integrazione amministrativa – migliore armonizzazione e più elevati standard di tutela.

Certamente, ciò non dipende esclusivamente dal mandato dell'Agenzia bensì è ascrivibile anche all'incapacità dei governi in senso al Consiglio europeo e al Consiglio di sviluppare misure ispirate ad una visione lungimirante e al fatto che la Commissione stia interpretando le sue competenze in materia d'asilo e immigrazione dando particolare seguito alle singole posizioni nazionali (e ciò risulta chiaro, in particolar modo, se si legge il testo delle recenti proposte di riforma del Codice Frontiere Schengen²⁰ e di regolamento per affrontare una situazione di strumentalizzazione nel contesto migrazione e

¹⁹ Rispetto a tale tendenza nell'ordinamento dell'UE si veda C. FAVILLI, *Le politiche di immigrazione e asilo: passato, presente e futuro di una sovranità europea incompiuta*, in *I Post di AISDUE*, IV, 2022.

²⁰ 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 final.

asilo²¹). D'altro canto, l'istituzione dell'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo poteva esser un'occasione per tentare di spostare il baricentro verso un sistema meno dipendente da influssi nazionali, ad esempio garantendo un'attività monitoraggio più imparziale implementata da squadre composte secondo i parametri sopra delineati.

Infine, sebbene si saluti con favore l'istituzione di un meccanismo di denuncia interno (art. 51) – che, assieme a quanto previsto dall'art. 18 par. 6 lett. c), potrebbe portare a comprimere le questioni relative le attività dell'Agenzia che si pongano in violazione di diritti fondamentali – purtroppo, gli elementi di somiglianza con la procedura prevista in seno a FRONTEX (art. 111 reg. ist.)²² fanno sorgere analoghe questioni sulla sua efficacia²³ e, di riflesso, sui limiti del Responsabile per i diritti umani a cui fa capo tale procedura. Peraltro, diversamente da FRONTEX, per l'EUAA non è stata prevista l'istituzione di un team di osservatori di diritti fondamentali né, tanto meno, il Responsabile per i diritti umani è tenuto a pubblicare una relazione annuale sulle sue attività e sulla portata del rispetto dei diritti fondamentali da parte dell'Agenzia (si prevede solo, all'art. 51 par. 10, che l'EUAA includa, nella sua relazione annuale, informazioni riguardanti il meccanismo di denuncia).

²¹ 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 final.

²² Regolamento (UE) 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2019, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea e che abroga i regolamenti (UE) n. 1052/2013 e (UE) 2016/1624, *GU L 295 del 14.11.2019*, pp. 1-131.

²³ Si v. LIBE Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Working Document, *Report on the fact-finding investigation on Frontex concerning alleged fundamental rights violations*, 14 luglio 2021.

THE (NON-)PENALISATION OF ASYLUM SEEKERS
FOR IRREGULAR ENTRY:
THE REFUGEE CONVENTION PUT TO THE TEST BY THE ECTHR

Giulia Ciliberto*

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. The prohibition of collective expulsion of aliens in the recent case-law of the EctHR. – 3. The principle of non-penalisation of irregular entry under Art. 31(1) of the Refugee Convention vis-à-vis the «applicants' own conduct» exception. – 4. Concluding remarks.

1. *Introduction*

The *N.D. and N.T. v Spain* Grand Chamber's judgment¹ introduced a brand-new exclusionary clause to the prohibition of collective expulsion of aliens, provided for under Art. 4, Protocol 4 of the European Convention on Human Rights (ECHR). Notably, the European Court of Human Rights (ECtHR) extended the scope of the «applicants' own conduct» exception to situations in which the behaviour «of persons who cross a land border in an unauthorised manner, deliberately take advantage of their large numbers and use force, is such as to create a clearly disruptive situation which is difficult to control and endangers public safety»². In its subsequent judgments, the ECtHR has developed and tried to clarify the scope of this exception.

The next few lines are far from providing a comprehensive analysis of this case-law, which scholars have closely followed and fiercely contested during the past months. Rather, after a brief sketch of the main elements of this judge-made exception and the situations to which it applies (Section 2), this piece attempts to shed light on a somehow less mainstream aspect, namely the possible tension between this exclusionary clause and Art. 31(1) of the 1951 Geneva Convention on the Status of Refugees (Refugee Convention)³, which enshrines the principle of non-penalisation of asylum seekers

* Research Fellow in International Law, Università degli Studi di Cagliari.

¹ ECtHR, judgment of 12 February 2020, *ND and NT v Spain*, applications nos. 8675/15 and 8697/15.

² ECtHR, *ND and NT v Spain*, para. 201.

³ Convention Relating to the Status of Refugees, 189 UNTS 137, 28 July 1951, entered into force 22 April 1954.

on account of their irregular entry (Section 3). The last section will outline short and more general concluding remarks on the relationship between States' right to expel third country nationals, the principle of *non-refoulement* and the «applicants' own conduct» exception (Section 4).

2. *The prohibition of collective expulsion of aliens in the recent case-law of the ECtHR*

According to the case-law of the ECtHR, the alien's behaviour is an element to be considered for the purpose of Art. 4, Protocol 4⁴. Notably, there is no violation of the prohibition of collective expulsion if the lack of an individual decision «can be attributed to the applicants' own conduct». In its case-law, the Court applied this exception solely to cases where aliens' lack of «active cooperation» with the refugee determination procedure⁵ or the expulsion proceeding⁶ obstructed the individual assessment of their claim. In such circumstances, the ECtHR excluded State responsibility for the absence of such an assessment. In the (in)famous *N.D. and N.T.* judgment, the Grand Chamber extended the scope of the «applicants' own conduct» exception to situations in which the behaviour «of persons who cross a land border in an unauthorized manner, deliberately take advantage of their large numbers and use force, is such as to create a clearly disruptive situation which is difficult to control and endangers public safety»⁷. The Court then established a two-step test to assess a complaint in this specific context. First, the ECtHR will consider whether the respondent State provided «genuine and effective access to means of legal entry, in particular border procedures». If this is the case, and the asylum seekers did not make use of it, the Court will examine whether there were «cogent reasons» preventing the use of these procedures which were based on «ob-

⁴ On the prohibition of collective expulsion, see e.g., C. FAVILLI, *Articolo 4. Divieto di espulsioni collettive di stranieri*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, pp.866-871; A. SACCUCCI, *Il divieto di espulsioni collettive di stranieri in situazioni di emergenza migratoria*, in *DUDI*, 1/2018, 29-52.

⁵ ECtHR, decision of 16 June 2005, *Berisha and Haljiti v the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, application no. 18670/03.

⁶ ECtHR, decision of 1 February 2011, *Dristas and others v Italy*, application no. 2344/02.

⁷ ECtHR, *ND and NT v Spain*, §201.

jective facts for which the respondent State was responsible» – without prejudice to the application of Artt. 2 and 3 ECHR⁸.

On the merits, the ECtHR observed that the applicants were apprehended and turned back after they had crossed the Morocco-Spain border in an unauthorised manner by participating in the storming of the Melilla border fences⁹. The Court then applied the two-step test and declared that Spain had afforded genuine and effective access to several means of allowing entry into its territory lawfully and that there were no cogent reasons, based on objective facts for which Spain was responsible, for the applicants failing to make use of such arrangements¹⁰. The ECtHR thus unanimously excluded a violation of Art. 4, Protocol 4 ECHR.

Commentators have criticised this judge-made exception *per se* and the ECtHR's deceptive and superficial performance of the two-step test¹¹. In a subsequent judgment, three judges of the Court partly echoed scholars' concerns on the impact that an «overly broad interpretation» of the exception may have on compliance with the principle of *non-refoulement* under Artt. 2 and 3 ECHR and stressed «the limited circumstances in which the judgment is applicable»¹², notably situations of unauthorised border crossing *en masse* and using force, resulting in difficult to control disruption which endangers public safety.

The Court's subsequent judgments on the prohibition of collective expulsion recalled the approach of *N.D. and N.T. v Spain* as the general princi-

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*, §206.

¹⁰ *Ibidem*, §§212 ff.

¹¹ D. THYM, *A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR's N.D. & N.T. Judgment on 'Hot Expulsions'*, in *EU Migration Law Blog*, 17 February 2020; R. WISSING, *Push backs of «badly behaving» migrants at Spanish border are not collective expulsions (but might still be illegal refoulements)*, in *Strasbourg Observer*, 25 February 2020; F. MUSSI, *La sentenza N.D. e N.T. della corte europea dei diritti umani: uno «schiaffo» ai diritti dei migranti alle frontiere terrestri?*, in *SIDI Blog*, 19 March 2020; H. HAKIKI, *N.D. and N.T. v. Spain: defining Strasbourg's position on push backs at land borders?*, in *Strasbourg Observer*, 26 March 2020; M. DI FILIPPO, *Walking the (Barbed) Wire of the Prohibition of Collective Expulsion: An Assessment of the Strasbourg Case Law*, in *DUDI*, 2/2020, 479-509; G. CILBERTO, *A Brand-New Exclusionary Clause to the Prohibition of Collective Expulsion of Aliens: The Applicant's Own Conduct in N.D. and N.T. v Spain*, in *HRLR*, 21(1)/2021, pp. 203–220.

¹² ECtHR, judgment of 23 March 2020, *Asady and others v Slovakia*, application no. 24917/15, Joint Dissenting Opinion of Judge Lemmens, Keller, and Schembri Orland, §§18-19, 24-25.

ples applicable to the cases at hand, including the reference to the large number of migrants and the violent manner of unauthorised border crossing which, at a first glance, constitutes the preliminary condition which triggers the application of the «applicants' own conduct exception». In spite of that, the ECtHR performed the two-step test on cases that «apart from the applicants' unauthorised manner of entry [...] cannot not be compared to the situation in N.D. and N.T.»¹³. In other words, it was the irregular entry that prompted the application of the exclusionary clause, and not crossing the border *en masse* by using force¹⁴.

This subsequent case-law dealt with applications against Poland, Hungary, Croatia and North Macedonia¹⁵. The Court acknowledged that applicants did not use force, nor did they resist the officers, or oppose the measures and actions taken by national authorities. Nonetheless, the ECtHR proceeded «to examine whether, by crossing the border irregularly, the applicants circumvented an effective procedure for legal entry»¹⁶. The Court then applied the two-step test and found Poland, Hungary, and Croatia in violation of Art. 4, Protocol 4 ECHR¹⁷. On the contrary, according to a debatable assessment of the genuine and effective access to means of legal entry and the

¹³ ECtHR, judgment of 8 July 2021, *Shabzad and others v Hungary*, application no. 12625/17, §61.

¹⁴ V. WRIEDT, *Expanding Exceptions? AA and Others v North Macedonia, Systematic Pushbacks and the Fiction of Legal Pathways*, in *EU Migration Law Blog*, 7 June 2022.

¹⁵ ECtHR, judgment of 23 July 2020, *M.K. and others v Poland*, application nos. 40503/17, 42902/17, and 43643/17 ECtHR, *Shabzad and others v Hungary*, cit; ECtHR, judgment of 18 November 2021, *M.H. and others v Croatia*, applications nos. 15670/18 and 43115/18; ECtHR, judgment of 5 April 2022, *A.A. and others v North Macedonia*, Applications nos. 55798/16 and 4 others; ECtHR, judgment of 30 June 2022, *A.B. and others v. Poland*, application no. 42907/17.

¹⁶ ECtHR, *Shabzad and others v Hungary*, cit. §61; ECtHR, *A.A. and others v North Macedonia*, cit. §114.

¹⁷ For a more detailed analysis of each judgment, see F.L. GATTA, *Systematic push back of 'well behaving' asylum seekers at the Polish Border: M.K. and others v Poland*, in *Strasbourg Observer*, 7 October 2020; D. SCHMALZ, *Rights that are not Illusory. The ECtHR Rules on Pushbacks from Hungary*, in *Verfassungsblog*, 9 July 2021; A. FAZZINI, 'Buoni' e 'cattivi' alle frontiere terrestri: la progressiva definizione del divieto di espulsioni collettive a margine della sentenza M.K., in *DUDI*, n. 2/2021, 534-548; J. DE CONINK, *MH and Others v. Croatia: Resolving the Jurisdictional and Evidentiary Black Hole for Expulsion Cases?*, in *Strasbourg Observer*, 14 January 2022.

lack of cogent reasons preventing their use¹⁸, the ECtHR did not deem the expulsions from North Macedonia as «collective» in nature and, thus, dismissed the claim.

In each of these judgements, the Court sidestepped what, according to *N.D. and N.T. v Spain*, constituted the preliminary condition of the «applicants' own conduct» exception, which thus does not apply solely to a limited range of circumstances – as called for by scholars and the three dissenting judges in *Asady and others v Slovakia*. Beside the already mentioned concerns on the deteriorating repercussions of such exception on the level of protection afforded by Art. 4, Protocol 4 ECHR and on the effectiveness of the principle of *non-refoulement*, this broad scope of application may be in tension with other States' treaty-based obligations, among which the principle of non-penalisation of asylum seekers on account of their irregular entry under Art. 31(1) of the Refugee Convention.

3. *The principle of non-penalisation of irregular entry under Art. 31(1) of the Refugee Convention vis-à-vis the «applicants' own conduct» exception*

Art. 31(1) of the Refugee Convention prohibits States parties from imposing penalties «on account of their illegal entry [...] on refugees who, coming directly from a territory» where they fear persecution within the meaning of the Convention, are «present in their territory without authorization, provided they present themselves without delay to the authorities and show good cause for their illegal entry». The drafters of the Convention introduced the principle of non-penalisation to face the realities of refugees, who usually flee from their country of origin and, thus, are «rarely in a position to comply with the requirements for legal entry [...] into the country of refuge»¹⁹. The rule exempts from penalties refugees who, following unauthorised border crossing or resorting to other irregular means of access, promptly submit their application to national authorities²⁰.

¹⁸ D. SCHMALZ, *Enlarging the Hole in the Fence of Migrants' Rights. A.A. and others v. North Macedonia*, in *Verfassungsblog*, 6 April 2022.

¹⁹ PAUL WEIS, *The Refugee Convention, 1951: The Travaux préparatoires analysed with a Commentary*, p. 202.

²⁰ Roundtable on Non-Penalization for Illegal Entry or Presence: Interpreting and Applying Article 31 of the 1951 Refugee Convention, 15 March 2017, §3 (hereinafter, 2017 Oxford Roundtable).

According to a well-established interpretation of Art. 31(1), the principle applies to both asylum seekers and refugees who come directly from their country of origin, or from other transit countries where they fear persecution or could not obtain protection – e.g., due to exclusionary provisions on safe country of origin²¹. The term «irregular entry» covers arriving or securing entry in breach of the immigration laws of the destination State²². The *ratione loci* scope of the provision covers asylum seekers within the jurisdiction of the State, including those at sea or land borders²³. The content and scope of the other elements of the principle of non-penalisation are less clearcut. There is no single time limit to measure the «delay» in submitting applications, nor an exhaustive list of «good causes» for illegal entry: these flexible criteria require a case-by-case interpretation which considers the specific circumstances of each asylum seeker²⁴. The term «good causes» encompasses – among other circumstances – the inability to enter the country of refuge in a regular manner due to legal and factual barriers or risks, such as the fear of being rejected at border crossing points following a summary examination of the application for international protection²⁵.

Lastly, the understanding of the wording «penalties on account of their illegal entry» may be challenging. Scholars, national legislation and domestic case-law support a broad interpretation of the term «penalties». According to a teleological reading²⁶, the term covers administrative, civil, and criminal sanctions, alongside any measure «that has the effect of being disadvanta-

²¹ G. GOODWIN-GILL, *Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees: Non-penalization, Detention and Protection*, October 2021, §§26-28; C. COSTELLO, Y. IOFFE, T. BÜCHSEL, *Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, July 2017, §§4.1-4.2; 2017 Oxford Roundtable, §§6-10.

²² G. GOODWIN-GILL, *Ibidem*, §34.

²³ 2017 Oxford Roundtable, §11; J. POON, *A Purposive Reading of 'Non-Penalization' under Article 31(1) of the Refugee Convention*, in *Columbia Journal of International Affairs*, 19 April 2018.

²⁴ UNHCR Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum Seekers, February 1999, §4; C. COSTELLO, Y. IOFFE, T. BÜCHSEL, *Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, cit., §§4.4-4.5; 2017 Oxford Roundtable, §§16, 18.

²⁵ 2017 Oxford Roundtable, §18; C. COSTELLO, Y. IOFFE, T. BÜCHSEL, *Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, cit. §§4.5.

²⁶ Vienna Convention on the Law of Treaties, signed in Vienna on 23 May 1969, entered into force on 27 January 1980, 1155 UNTS 331, Art. 31(1).

geous»²⁷, or that subjects asylum seekers to «any detriment for reasons of their unauthorised entry»²⁸. This broad interpretation is supported by national laws²⁹ and domestic case-law, which notably included «denying a person access to the refugee claim process on account of his illegal entry»³⁰. Moreover, Art. 31(1) only prohibits those penalties imposed «as the result of unlawful entry»³¹, thus requiring a causal nexus between unauthorised access and the imposition of a sanction. The last remark concerns the drafters' explicit will to exclude expulsions from the scope of the term «penalties» and, hence, from the principle of non-penalisation³². However, States' rights to expel asylum seekers is not boundless, since – among other limits – it «is circumscribed by the principle of *non-refoulement*»³³.

The case-law of the ECtHR on the «applicants' own conduct» exception to Art. 4, Protocol 4 ECHR is in tension with the principle of non-penalisation. According to the Court's most recent approach, the exception absolves States from an appropriate and reasonable examination of the personal circumstances of each member of a group of migrants and, as a consequence, from issuing individual expulsion orders, whenever aliens enter a State's territory in an unauthorised manner. The exception does not apply when the State does not provide genuine and effective access to means of legal entry or, where it does, when there are cogent reasons preventing the asylum seekers from making use of such proceedings, based on objective facts attributable to the respondent State.

²⁷ C. COSTELLO, Y. IOFFE, T. BÜCHSEL, *Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, cit., §§4.6.1.

²⁸ J.C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, 2010, 411-412.

²⁹ Argentina, Ley N° 26.165 de 8 Noviembre 2006 - Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado, Art. 40; Bolivia, Ley N° 251 Ley De 20 de Junio de 2012 - Ley de Protección a Personas Refugiadas, Art. 7; Honduras, Decreto N° 208-2003 de 3 Marzo de 2004 - Ley de Migración y Extranjería, Art. 46(2); Italia, D.lgs. n. 286 del 25 luglio 1998 - Testo unico sull'immigrazione (T.U.I.), art. 10 *bis*(6); Venezuela, Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas, 3 de October de 2001, Art. 2(3)).

³⁰ Supreme Court of Canada, *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704, §63.

³¹ J.C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, cit., p. 411.

³² PAUL WEIS, *The Refugee Convention, 1951: The Travaux préparatoires analysed with a Commentary*, cit., p. 219; UNHCR - Division of International Protection, *Commentary on the Refugee Convention 1951 Articles 2-11, 13-37*, 1997, pp. 98-99.

³³ G. GOODWIN-GILL, *Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees: Non-penalization, Detention and Protection*, cit., §30.

The principle of non-penalisation and the judge-made exception apply to (at least partly) overlapping situations. Both rules refer to the irregular entry of asylum seekers at States' borders, who submit their request for international protection to border guards without delay – although the *ratione personae* scope of Art. 4, Protocol 4 is wider, since it covers «aliens» regardless of their status as asylum seekers. Both envisage the existence of circumstances that justify unauthorised entry.

On paper, such circumstances are alike and include situations where legal barriers (e.g., the unavailability of means of legal entry) or factual obstacles (e.g., the ineffectiveness of such proceedings, including the summary assessment of each claim) prevent aliens from entering the country in a regular manner. However, a closer look at the line of reasoning in *N.D. and N.T. v Spain* and in *A.A. and others v North Macedonia* shows that the ECtHR based its conclusion on a dubious national legal basis and completely disregarded the evidence proving the *de facto* inaccessibility of the means of legal entry³⁴. Moreover, the «cogent reasons» requirement adds a further burden on applicants, who must prove that there is a causal nexus between the State's conduct and the difficulties encountered in accessing means of legal entry. This restrictive approach excludes all the situations where the «good causes» under Art. 31(1) of the Refugee Convention are grounded on conducts, events or facts that are not attributable to the respondent State – such as those attributable to the authorities of transit States, an aspect that is extremely problematic in the current context of outsourcing of migration controls³⁵.

Last but not least, the main incompatibility between the judge-made exception to Art. 4, Protocol 4 ECHR and the principle of non-penalisation under Art. 31(1) of the Refugee Convention concerns the imposition of penalties on the account of the illegal entry of aliens. The «applicants' own conduct» exception allows States to adopt measures – such as the denial of access to the refugee determination procedure (as in the *N.D. and N.T. v Spain* and *A.A. and others v North Macedonia* cases) or performing an inadequate examination of their request for international protection – to the detriment of asylum seekers as a result of their unauthorised entry. The qualification of such measures as «penalties» within the meaning of Art. 31(1) of the Refugee

³⁴ V. WRIEDT, *Expanding Exceptions? AA and Others v North Macedonia, Systematic Pushbacks and the Fiction of Legal Pathways*, cit.

³⁵ S. PAPAGEORGIOPOULOS, *N.D. and N.T. v. Spain: do hot returns require cold decision-making?*, in *EDAL*, 28 February 2020.

Convention is hard to deny. Moreover, the most recent case-law of the ECtHR shows that States may adopt these sanctions on the sole account of aliens «illegal entry».

This trend blatantly overlooks the criterion of systemic interpretation of treaties, enshrined in Art. 31(1)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties³⁶, which has so far shaped the ECtHR attitude. Indeed, according to a well-established principle, the ECHR «cannot be interpreted in a vacuum» and the Court must take into account all the other relevant rules relating to the protection of human rights³⁷ – including those related to asylum seekers. Remarkably, in the very same *N.D. and N.T.* judgment, the Grand Chamber expressly quoted Art. 31(1) of the Refugee Convention among the list of the «other international materials» to be considered in assessing the case³⁸. This notwithstanding, the ECtHR did not consider the norm in determining the scope of Art. 4, Protocol 4 ECHR. None of the other judgments addressed in this piece even bothers to mention Art. 31(1) of the Refugee Convention³⁹, which apparently has disappeared from the Court's radar.

4. *Concluding remarks*

The incompatibility between the judge-made law exception based on the «applicants' own conduct» and the normative provision which prohibits the imposition of penalties as the result of the unauthorised entry of asylum seekers is only one of the harmful consequences of the approach of the ECtHR to push-backs of migrants at land borders.

Neither scholars nor international law, including the Refugee Convention, challenge States' right to expel third country nationals. The very same ECHR recognises this sovereign power, provided that national authorities

³⁶ For a comprehensive analysis of Art. 31(3)(c), see e.g. O. DÖRR, *General rule of interpretation*, in O. DÖRR, K. SCHMALENBACH (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Berlino, 2018 (2nd Ed.), pp. 603-613.

³⁷ See e.g., ECtHR, judgment of 12 November 2008, *Demir and Baykara v. Turkey*, application no. 34503/97, §§65-86, 147-154; ECtHR, judgment of 4 April 2018, *Correia De Matos v. Portugal*, application no. 56402/12, §134; ECtHR, judgment of 8 April 2014, *RMT v. the United Kingdom*, application no. 31045/10, §27-37.

³⁸ ECtHR, *ND and NT v Spain*, cit., §62.

³⁹ The ECtHR also mentioned the Refugee Convention in only of such other cases, although it did not refer to Art. 31(1): see, e.g., ECtHR, *MK and others v Poland*, cit. §92.

comply with certain procedural guarantees – such as those enshrined in Art. 4, Protocol 4. Access to asylum procedures, *per se*, and a proper examination of applications for international protection are functional to the practical and effective enjoyment of substantive rights. On the contrary, the penalisation of illegal entry of aliens through an exception to the prohibition of collective expulsions risks depriving asylum seekers the protection afforded under international refugee and human rights law, including the principle of *non-refoulement*. Compliance with the latter requires national authorities to carry out an individual examination of the circumstances of each alien, regardless of the means of (ir)regular entry, before performing an expulsion. Ultimately, and without excluding the possibility of an extension of its application to interception on the high sea, the «applicants’ own conduct» may turn to a *carte blanche* for pushbacks at land borders of asylum seekers which attempt to enter States’ territory in an unauthorised manner.

THE (MIS)IDENTIFICATION OF STATELESS ASYLUM-SEEKERS IN THE ITALIAN ASYLUM PROCEDURE

Cecilia Manzotti*

SUMMARY: 1. Identifying stateless asylum-seekers. – 2. Stateless asylum-seekers in Italy: a hidden population? – 3. Obstacles to the identification of stateless asylum-seekers in Italy. – 4. Possible advancements.

1. *Identifying stateless asylum-seekers*

In line with the 1951 Refugee Convention¹, the Italian Legislative Decree No. 251/2007 (Qualification Decree)², implementing the EU recast Qualification Directive³, foresees the possibility of stateless persons being beneficiaries of international protection. Indeed, Art. 2(1) points (e) and (g) of the Decree, which define a refugee and a person eligible for subsidiary protection, respectively, apply to both foreign citizens and stateless persons. A stateless person is defined in Art. 1(1) of the 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons⁴, to which Italy has been party since 1962, as «a person who is not considered as a national by any State under the operation of its law». Accordingly, the Qualification Decree defines stateless refugees and persons eligible for subsidiary protection as having a well-founded fear of persecution or being at risk of serious harm in their *country of former habitual residence*, and not in their country of nationality, as those who have a nationality.

* PhD candidate, School of Law, University of Sussex (UK).

¹ Convention relating to the Status of Refugees, adopted 28 July 1951, entered into force 22 April 1954, art 1(A) (2).

² Decreto legislativo 19 novembre 2007 n. 251, Attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta.

³ Directive (EU) 2011/95 of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted.

⁴ Convention relating to the Status of Stateless Persons, adopted 28 September 1954, entered into force 6 June 1960.

Italy is one of the few countries in Europe to have dedicated procedures – an administrative procedure and a judicial procedure – for determining statelessness⁵. While the *formal determination* of statelessness pertains to these procedures, it is critical that stateless persons and persons at risk of statelessness who apply for international protection be promptly *identified* and their condition be flagged in the context of the asylum procedure. Although statelessness *per se* does not make a person a refugee and stateless persons may have a well-founded fear of persecution or serious harm for reasons which are completely unrelated to their statelessness – they may, for example, be at risk of persecution because of their religion or flee a situation of generalised violence – statelessness can *result from* a persecutory act, i.e. arbitrary or discriminatory deprivation of nationality, or *cause* serious human rights violations which, under certain circumstances, may amount to persecution, and therefore be relevant for the purpose of refugee status determination (RSD)⁶. Identifying stateless/at risk of statelessness asylum applicants is also important for reasons that go beyond the asylum procedure. Indeed, the person's prospects of family reunification, naturalisation or return often depend on their nationality status and/or their ability to prove it. Moreover, should the person later apply for the status of stateless person, the failure to identify their (risk of) statelessness in the context of the asylum procedure may create credibility problems undermining their statelessness claim. Not less importantly, identifying stateless asylum-seekers is crucial for preventing new cases of statelessness among newborns. Indeed, Italian law⁷, in line with the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness⁸, provides for the acquisition of the Italian nationality at birth by children born in Italy to stateless parents.

Against this background, this piece focuses on the identification of stateless persons in the Italian asylum system. It draws on my ongoing PhD re-

⁵ ENS Statelessness Index, *Statelessness determination and status*.

⁶ On the intersection between refugeehood and statelessness, see, for example, H. LAMBERT, *Stateless refugees* in C. COSTELLO, M. FOSTER, J. MCADAM (eds), *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Oxford, 2021, pp. 792-814; M. FOSTER, H. LAMBERT, *International Refugee Law and the Protection of Stateless Persons*, Oxford, 2019. The term refugee status determination (RSD) is hereafter used to refer to the assessment of asylum applications, regardless of the type of protection, if any, which is eventually granted to the applicant.

⁷ Legge 5 febbraio 1992 n. 91, Nuove norme sulla cittadinanza.

⁸ Convention on the Reduction of Statelessness, adopted 30 August 1961, entered into force 13 December 1975.

search and relies on a review of primary and secondary sources, as well as questionnaires and semi-structured interviews with different actors involved or knowledgeable in the fields of asylum and statelessness. These include members of the Territorial Commissions for the Recognition of International Protection (TCs) (*Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale*), the first-instance asylum authorities; judges of the Specialised Court Sections competent for examining asylum appeals (*Sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale, cittadinanza e apolidia*); lawyers specialised in asylum and statelessness, staff of UNHCR and NGOs. This contribution argues that stateless persons and persons at risk of statelessness who apply for international protection in Italy are not adequately identified and examines some of the elements which hinder their identification, as well as some avenues for improvement.

2. *Stateless asylum-seekers in Italy: a hidden population?*

Unlike the asylum statistics published on the website of the Italian Ministry of Interior⁹, EUROSTAT asylum statistics include specific data on the number of stateless persons who have gone through the asylum procedure in EU member states, including Italy¹⁰. These are generally extremely low. With regard to Italy, EUROSTAT reports that, over a period of six years (2016-2021), only 10 stateless persons applied for asylum, 30 received a first-instance decision and none a final decision concerning their application for international protection. Although EUROSTAT guidelines for data collection do not clarify whether a formal determination of statelessness is necessary for a person to be counted as “stateless”¹¹, states generally tend to follow this approach. The Italian asylum authorities also seem to register a person as stateless only when their statelessness has been formally determined by the competent authorities, which means that EUROSTAT statistics most probably only concern persons who have been granted the legal status of “stateless person”.

A closer look at the profiles and countries of origin of asylum applicants in Italy suggests that stateless asylum applicants may be many more than

⁹ Ministero dell'Interno Italiano, *I numeri dell'asilo*.

¹⁰ EUROSTAT, *Asylum statistics*.

¹¹ EUROSTAT, *Technical guidelines for the data collection under article 4.1-4.3 of the Regulation 862/2007: Statistics on asylum*, Version 4.0 amended in February 2018.

those included in EUROSTAT statistics. First, a small but noteworthy number of asylum applicants in Italy are registered as having an “unknown nationality”, and their nationality status often remains undetermined throughout the entire asylum procedure, as reflected in EUROSTAT statistics. While the label “unknown nationality” seems to be used inconsistently by the Italian asylum authorities throughout the country and not all those registered as having an ‘unknown nationality’ are necessarily stateless, some of them may indeed not be considered as nationals by any country in the world.

Moreover, the list of the main countries of origin of asylum applicants in Italy features countries which host significant stateless populations, like Côte d’Ivoire and Bangladesh¹². According to UNHCR’s Statelessness Statistics, at the end of 2019, more than 955,000 stateless persons lived in Côte d’Ivoire, the largest reported stateless population in the world, followed by the almost 855,000 stateless Rohingyas reportedly living in Bangladesh¹³. To be sure, stateless persons only account for a small percentage of the total population in the two countries. However, these data cannot be overlooked, also considering that stateless persons’ inability to enjoy basic rights in their country of residence may force many of them to leave.

Another issue that deserves consideration when reflecting on the risk of statelessness among asylum-seekers in Italy is the fact that several of the countries from which asylum applicants originate have gender-discriminatory nationality laws. These prevent women from passing on their nationality to their children, thereby exposing the latter to statelessness, if the father himself is stateless, unknown or unable for some reasons to transmit his nationality to them. This is the case of Somalia, Iraq, and Sudan, for example, which are all countries of origin of applicants for international protection in Italy.

Some lawyers I interviewed pointed to another group of asylum applicants who may be at risk of statelessness. These include persons originating from Africa who have never held any identity or travel documents and were born to parents of different nationalities. Conflicts in the nationality laws of their parents’ countries of nationality may result in their statelessness, and this risk may be further exacerbated if they were born in a third country. While the fact of never having had any identity documents – which is quite common among asylum applicants originating from Africa – *per se* does not mean that the person is stateless, in these particular cases it may be an indi-

¹² Ministero dell’Interno Italiano, *I numeri dell’asilo. Confronto anni 2020-2021*.

¹³ UNHCR, *Global trends, Forced Displacement in 2019, 2020*.

cation of the fact that the person is not considered as a national by any of the countries with which they have relevant links.

Of particular concern is also the situation of those children who were born in transit countries, such as Libya, during the journey to Italy. Most of these births remain unregistered, due to the instability in the country and the parents' irregular situation, exposing the child to the risk of statelessness. Moreover, in some cases the nationality laws of the parents' countries of nationality only allow for the transmission of nationality if the child was born in the territory of the state, while the nationality law of the country of birth may be based on the *jus sanguinis* principle, thereby excluding those born from foreign parents.

Sometimes the applicant's statelessness or risk of statelessness is identified and flagged in the asylum decision. Indeed, members of the TCs and staff of UNHCR – which until the end of 2021 was directly involved in first-instance asylum decisions through its representatives in the TCs – reported to me that, if the TC identifies a risk of statelessness, this is mentioned in the decision, and sometimes the applicant is also informed about the possibility of applying for the status of stateless person through the dedicated procedures. However, what is certainly a good practice, in the absence of a formal referral mechanism between the asylum procedure and the SDPs, does not seem to be applied by all TCs throughout the country. As for the appeal level, in two recent decisions, the Civil Courts of Firenze¹⁴ and Trento¹⁵ went as far as to recognise the applicant's statelessness and grant them the status of stateless person within the asylum appeal procedure. These are extremely interesting decisions, but certainly exceptional.

While it remains true that the vast majority of asylum applicants do have a nationality, there are strong reasons to believe that stateless persons who go through the asylum procedure in Italy often remain unidentified. As reported by the European Network on Statelessness with regard to other EU countries, stateless asylum-seekers are likely to be registered with an imputed nationality, based on their country of former habitual residence or their native language, or with «unknown/undetermined nationality», and the possibility of them being stateless is rarely taken into account¹⁶.

¹⁴ Trib. Firenze, Decree of 24 November 2021, case 7397/2019.

¹⁵ Trib. Trento, Decree of 28 December 2021, case 4684/2019.

¹⁶ ENS, ISI, *Addressing statelessness in Europe's refugee response. Gaps and Opportunities*, 2019, p. 3.

3. *Obstacles to the identification of stateless asylum-seekers in Italy*

The interviews I conducted with asylum authorities, lawyers, and staff of UNHCR and NGOs further support the hypothesis that stateless/at risk of statelessness asylum-seekers often remain unidentified and reveal a number of obstacles to their identification. First, most respondents, including decision-makers themselves, reported that the applicant's claim regarding their nationality is generally accepted without much investigation, although most asylum applicants do not submit any ID or travel documents attesting to their nationality. The TCs usually scrutinize the applicant's claim regarding their nationality only when this can determine the outcome of their asylum application because all applicants originating from the person's putative country of nationality are entitled to some kind of protection. At the appeal stage, judges generally do not question the applicant's nationality, unless the TC identified credibility issues in this regard. This means that, if the applicant does not claim to be stateless or does not report problems concerning their nationality status, their possible statelessness will hardly be spotted.

Furthermore, the authorities tend to assume that the applicant holds the nationality of the country from which they originate and do not always distinguish the concepts of "country of nationality" and "country of former habitual residence". Accordingly, when testing the applicant's claim regarding their origin, they tend to draw conclusions regarding their country of nationality from evidence which is only indicative of the country where they were habitually residing. In particular, although the Italian asylum procedure does not provide for the use of Language Analysis for the Determination of Origin (LADO) – unlike what happens in other European countries – if the interpreter facilitating the RSD interview warns the interviewer that the applicant's accent or dialect does not correspond to the one prevalent in their claimed country of nationality, this may be informally and covertly used to reject the applicant's claim regarding their nationality. This practice, which was reported to me by several interviewees, raises a number of problems: not only is such an assessment carried out in a totally informal manner by interpreters who are not qualified to make a LADO evaluation and without any procedural guarantees for the applicant, but the language or dialect spoken by the applicant and their accent can only be used to draw conclusions regarding their country or environment of *socialisation* and cannot directly determine their nationality, which is not inherently linked to language¹⁷. Simi-

¹⁷ P. L. PATRICK, *Guidelines for the Use of Language Analysis in Relation to Questions of*

larly, the applicant's ability or inability to answer questions regarding the history and geography of their putative country of nationality is sometimes used to assess the credibility of their claim regarding their nationality, although a person may have lived all their life in a country, and therefore know it well, but hold the nationality of another country or do not hold any nationality at all.

In fact, the hypothesis that the person may be stateless is rarely considered by the asylum authorities. Most decision-makers at first instance and judges on appeal who participated in my research seemed to have little awareness of the nexus between statelessness and forced displacement and the conditions which may create a risk of statelessness. Emblematically, a judge admitted that they had never thought about the possibility of a refugee being stateless. Moreover, most participants, including decision-makers, lawyers, and staff of NGOs, seemed to underestimate the relevance of statelessness for the assessment of the applicant's fear of persecution. If anything, they appeared to consider statelessness as an additional and separate condition concerning a very small percentage of asylum applicants, which has generally nothing to do with their asylum claims. Since stateless persons themselves are often unaware of their condition or its relevance for the purpose of RSD – especially those originating from regions where attachment to states may be less strong than attachment to ethnic groups or religious communities and a significant portion of the population is undocumented¹⁸ – their statelessness is likely to remain unidentified. Some may also be reluctant to mention their statelessness or the problems they have faced in trying to obtain identity documents from the authorities of their country of origin, as they fear that this may cause complications and delays in the assessment of their asylum applications¹⁹.

While lawyers generally displayed better awareness of nationality issues, some lawyers reported to me that, even when there were elements indicating that their client could be stateless, they preferred not to explore this option and support their application for international protection as nationals of their country of former habitual residence. They explained that this was the easiest and safest way for the person to obtain some form of protection and a

National Origin in Refugee Cases, in *International Journal of Speech Language and the Law*, n.11/2004, pp. 261-266.

¹⁸ B. MANBY, *Nationality, Migration and Statelessness in West Africa. A Study for UNHCR and IOM*, 2015, p. 88.

¹⁹ CESPI, *Secondo Rapporto, Osservatorio Nazionale sui MSNA in Italia*, 2021, Chapter 3.

residence permit. Along the same lines, several participants described the asylum procedure as easier to access and faster than the SDPs and pointed out that preparing a statelessness case is generally more complex and time-consuming than preparing an asylum case. Problematically, though, if the person is granted refugee status, their statelessness may potentially never come out since refugees are exempted from the obligation to produce a passport for the issue and renewal of their residence permit. Beneficiaries of *protezione speciale* (or *protezione umanitaria* until 2018), and sometimes those who have been granted subsidiary protection, instead, are generally requested to submit a passport to obtain and renew their residence permit. Therefore, if their statelessness was not previously identified and formally recognised, they will be unable to regularise their situation with all the problems that this implies.

Some lawyers also maintained that, if the person is recognised as a refugee, there are no reasons for them to apply for the status of stateless person as refugee status offers better protection and after five years the person can apply for naturalisation. As noted by a UNHCR respondent, however, refugee status may cease. Moreover, as mentioned above, the formal recognition of statelessness is critical to preventing new cases of statelessness.

4. *Possible advancements*

Although a discussion of possible solutions to the problems discussed above goes beyond the scope of this brief contribution, in closing I would like to put forward a few suggestions. My research so far has identified a general lack of awareness of statelessness and its nexus with forced displacement among the Italian asylum authorities and a widespread perception of statelessness as an obscure and complex subject. Therefore, the inclusion of statelessness in the training for members of the TCs and judges of the Specialised Sections by UNHCR, as reported to me by UNHCR staff members, appears particularly relevant. Some training on statelessness and nationality issues should also be addressed to public officials in charge of identifying and registering asylum-seekers in the *hotspots* and at the *Questure*, as well as lawyers.

The introduction of some kind of referral mechanism between the asylum procedure and the SDPs – which would probably require a broader reform of the existing SDPs – would also contribute to the identification of stateless asylum-seekers by raising awareness of statelessness among the asy-

lum authorities and encouraging them to be attentive to possible indicators of statelessness. Indeed, something similar has happened with the establishment of a referral mechanism for victims of trafficking (VoTs) and the development of the related guidelines on the identification of VoTs among asylum applicants²⁰.

Finally, there is certainly room for the TCs and the Courts' Specialised Sections to explore further the relevance of statelessness and nationality issues for the purpose of RSD, and refugee law's potential to protect stateless persons.

²⁰ COMMISSIONE NAZIONALE PER IL DIRITTO D'ASILO, UNHCR, *L'identificazione delle vittime di tratta tra i richiedenti protezione internazionale e procedure di referral, Linee guida per le Commissioni Territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale*, 2021, edizione aggiornata.

LA CONCESSIONE DEL VISTO
DI VALIDITÀ TERRITORIALE LIMITATA
PER FATTI NOTORI.
IL PREGIUDIZIO IMMINENTE ED IRREPARABILE
NEL NUOVO EMIRATO ISLAMICO D'AFGHANISTAN

Francesco Gargallo di Castel Lentini*

SOMMARIO: 1. Un cenno introduttivo. – 2. La vicenda processuale. – 3. Sui requisiti del «visto di validità territoriale limitata - VTL». – 4. Il «fatto notorio» come prova di un pregiudizio imminente ed irreparabile. – 5. La condotta omissiva del Ministero degli Affari Esteri e la successiva Ordinanza del Tribunale di Roma.

1. *Un cenno introduttivo*

Con un'ordinanza del 21 dicembre 2021, il giudice dei diritti fondamentali del Tribunale di Roma ha affrontato la questione riferibile alla concessione di un visto di validità territoriale limitata per due cittadini afgani, interrogandosi circa gli effettivi requisiti posti dal Regolamento comunitario in materia. Discostandosi parzialmente dagli ultimi orientamenti, anche della giurisprudenza internazionale, il giudice ha, nel caso in esame, affermato che il visto VTL debba essere concesso anche sulla base di un fatto notorio quando sia in concreto idoneo a scongiurare un pregiudizio imminente ed irreparabile.

2. *La vicenda processuale*

L'ordinanza in commento è stata emessa all'esito di un procedimento ex art. 700 c.p.c. introdotto da due fratelli afgani nei confronti del Ministero degli Esteri, della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero dell'Interno, affinché fosse loro rilasciato, a causa del grave rischio per la propria incolumità cui erano costantemente esposti dopo la repentina ascesa dell'Emirato islamico d'Afghanistan, un visto di ingresso nel territorio italiano.

* Dottorando di ricerca in diritto pubblico nell'Università degli studi di Roma "Tor Vergata".

Le sopracitate amministrazioni resistenti, costituendosi nel giudizio *de quo*, eccepivano, tra le varie obiezioni, l'insussistenza dei requisiti di urgenza e del *fumus boni iuris* – «essendo estranea al nostro ordinamento la previsione del rilascio di un visto finalizzato alla presentazione di una domanda di protezione internazionale» – l'assenza di un obbligo degli Stati comunitari in tal senso e la possibilità, per i due fratelli afgani, di ricorrere al protocollo d'intesa per l'attivazione di corridoi umanitari, sottoscritto il 4 novembre 2021 dal Ministero degli Esteri con il Ministero dell'Interno, la C.E.I. ed altre organizzazioni.

I ricorrenti, nel merito del ricorso, evidenziavano con circostanze fattuali «adeguatamente documentate» di trovarsi in una situazione specifica di rischio imminente per la propria incolumità. Nello specifico, ciò veniva evidenziato anche dal fatto che i medesimi ricorrenti svolgevano la professione di giornalista, frequentavano l'Università americana in Afghanistan e collaboravano con varie organizzazioni rivolte alla tutela sportiva e sociale di giovani donne afgane.

Il coinvolgimento con il mondo occidentale dei ricorrenti, reso ancor più evidente dalla loro speciale posizione di giornalisti, divulgatori e soggetti coinvolti in attività di informazione e libera espressione, li avrebbe resi ancor più esposti alle numerose violazioni dei diritti umani – incluse limitazioni alla libertà personale e di espressione, uccisioni mirate di civili e quant'altro di utile per reprimere ogni forma di dissenso – azionate dal potere del nuovo Emirato islamico d'Afghanistan, «circostanza che può ritenersi acquisita al processo come fatto notorio».

Su questi presupposti, pertanto, è stato affermato che la situazione dei ricorrenti in Afghanistan fosse di effettiva esposizione a rischio per la loro permanenza in vita e che sussistevano le ragioni per la ricorrenza dei motivi umanitari utili alla concessione del visto di validità territoriale limitata.

Nello specifico, è stato osservato come l'art. 25, co. 1, lett. a), del Regolamento 810/2009/CE, preveda espressamente che uno Stato membro possa, in via eccezionale, conferire un *visto di validità territoriale limitata - VTL* ad un cittadino proveniente da un Paese extra-comunitario qualora ne ravvisi la necessità per motivi umanitari o per obblighi derivanti da trattati internazionali. Pertanto, il Tribunale di Roma ha statuito che lo strumento richiesto dai due cittadini afgani risultasse idoneo a tutelare i loro più elementari diritti da una «eccezionale, documentata e peculiare situazione di imminente pericolo».

Il ricorso, a ben vedere, era stato preceduto da una formale istanza al Ministero per gli affari esteri, ove veniva reso chiaro il pericolo imminente a

cui i ricorrenti erano esposti. La stessa domanda, però, è rimasta inevasa e per questo motivo si era resa necessaria la proposizione del ricorso d'urgenza. All'esito di tale procedimento, l'orientamento del giudice dei diritti fondamentali, così come disposto nell'ordinanza che qui si commenta, è quindi stato motivato quasi unicamente con la rappresentazione di un fatto notorio riferibile alla grave situazione umanitaria presente in Afghanistan dopo la rapida ascesa, in quella zona, del nuovo emirato islamico.

3. *Sui requisiti del «visto di validità territoriale limitata - VTL»*

Nell'ordinanza *de qua*, il Tribunale ha ribadito il potere discrezionale, spettante a ciascuno Stato membro, di conferire il visto di validità territoriale limitata in presenza, quantomeno, di documentati motivi umanitari.

A questa determinazione il giudice nazionale è giunto dopo aver condotto un'analisi della disciplina del cd. «Codice dei visti» rintracciabile nell'art. 25, co. 1, lett. a), del Regolamento 810/2009/CE, mirata, nello specifico, alla ricerca della possibile sussistenza dei requisiti per il rilascio del visto in via eccezionale. Orbene, secondo la norma sopra citata, il rilascio di un visto con validità territoriale limitata può essere concesso da uno Stato membro, eccezionalmente, quando, per motivi umanitari o di interesse nazionale, ritenga di: derogare al principio dell'adempimento delle condizioni di ingresso di cui all'art. 5, para. 1, lettere a), c), d) ed e), del codice frontiere Schengen; rilasciare un visto nonostante l'opposizione al rilascio di un visto uniforme manifestata dallo Stato membro consultato; rilasciare un visto per motivi di urgenza benché non abbia avuto luogo la consultazione preliminare¹. I motivi umanitari, quindi, sono stati posti alla base della determinazione con cui sono stati rilasciati i visti d'ingresso in Italia in quanto ritenuti utili di poter derogare alle condizioni di ingresso previste dal codice Schengen.

A ben vedere, con riferimento allo specifico tema che ci occupa, il 5 giugno 2020 la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo – come sottolineato dalla parte resistente nel giudizio *de quo* – si è pronunciata sul caso *M.N. e altri c. Belgio* che riguardava il quesito circa la sussistenza di un obbligo positivo in capo agli Stati membri dell'Unione europea di concedere un visto con validità territoriale limitata in presenza di fondati motivi umanitari. I giudici di Strasburgo, dichiarando inammissibile il ricorso per motivi

¹ In generale, S. MARINAI, *L'Unione europea e i canali di accesso legale per i soggetti bisognosi di protezione internazionale*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2020, pp. 57-77.

attinenti alla giurisdizione, hanno tuttavia sottolineato come sia onere di ciascuno Stato membro verificare che le eventuali istanze presentate da un'autorità consolare estera siano effettivamente meritevoli di tutela nel territorio del singolo Stato.

Ciò rilevato, il Tribunale di Roma ha in ogni caso ritenuto concreto, sulla base dei riscontri provati in giudizio, un pregiudizio imminente ed irreparabile, idoneo a soddisfare i requisiti non solo dell'art. 700 c.p.c. ma anche dell'art. 25, com. 1, lett. a), del Regolamento 810/2009/CE.

4. *Il «fatto notorio» come prova di un pregiudizio imminente ed irreparabile*

La circostanza decisiva, ai fini dell'accoglimento delle istanze dei due cittadini afgani, è stata ritenuta provata, dal Tribunale di Roma, sulla base di un cd. «fatto notorio» riferibile al clima di terrore instaurato dal nuovo Emirato islamico d'Afghanistan.

Un fatto notorio, il quale deroga al principio dispositivo delle prove e al principio del contraddittorio, è una circostanza che deve essere intesa come fatto acquisito alle conoscenze della collettività, con un tale grado di certezza da apparire indubitabile ed incontestabile. Restano, pertanto, estranei a tale nozione le acquisizioni specifiche di natura tecnica, gli elementi valutativi che implicano cognizioni particolari o richiedono il preventivo accertamento di particolari dati, nonché quelle nozioni che rientrano nella scienza privata del giudice, poiché questa, in quanto non universale, non rientra nella categoria del notorio, neppure quando derivi al giudice medesimo dalla pregressa trattazione d'analoghe controversie².

Posto che la circostanza riferibile alla situazione afgana può essere accostata ad una fonte di prova acquisibile al processo come fatto notorio, va ricordato che il sopra citato articolo 25, co. 1, lett. a), del Regolamento 810/2009/CE, stabilisce, quale unico requisito formale, che i visti di validità territoriale limitata possono essere rilasciati dallo Stato membro, eccezionalmente, quando lo «ritiene necessario».

Ebbene, il continuo sviluppo della disciplina relativa alla concessione dei visti³, affiancato da una discreta produzione giurisprudenziale, ha fatto regi-

² Cass. Civ., sez. V, ordinanza del 11 ottobre 2018, n. 25218.

³ Regolamento (UE) 2021/1134 del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 luglio 2021 che modifica i regolamenti 767/2008/CE, 810/2009/CE, 2016/399/UE, 2017/2226/UE, 2018/1240/UE, 2018/1860/UE, 2018/1861/UE, 2019/817/UE e 2019/1896/UE del Parla-

strare un certo cambiamento sotto il profilo dell'ampio potere discrezionale spettante a ciascuno Stato membro e via via si è aggiunta la necessità di un'allegazione probatoria più strutturata alle istanze dei cittadini extracomunitari richiedenti il visto *VTL*⁴.

Appare, pertanto, significativa la decisione che oggi ci occupa, non foss'altro perché – sebbene a fronte di «altre circostanze fattuali esposte nel ricorso (tutte adeguatamente documentate)» – il Tribunale di Roma ha posto a fondamento delle sue ragioni un fatto notorio, a tutti senz'altro riconoscibile, sulla base di un ragionamento secondo cui «tutti i principali organi di informazione [...] ne danno conto».

Ancora, si è sostenuto per la prima volta che un fatto notorio possa integrare «pienamente» la ricorrenza dei motivi umanitari sopra considerati e che tale riflessione, pertanto, possa consentire al giudice dei diritti fondamentali di disporre il provvedimento di urgenza con il fine specifico di scongiurare una eccezionale, documentata e peculiare situazione di imminente pericolo di violazione dei diritti fondamentali di due cittadini afgani⁵. E, in effetti, al di là della generale situazione critica dell'Afghanistan, vengono in rilievo anche le situazioni peculiari dei ricorrenti, giornalisti, particolarmente esposti e collegati al mondo occidentale.

In relazione alla questione relativa ai visti di validità territoriale limitata, infine, l'ordinanza in commento dimostra come il potere discrezionale sancito nell' art. 25, co. 1, lett. a), del Regolamento 810/2009/CE, sia idoneo a ricomprendere nei motivi utili al rilascio di un *VTL* anche quelli riferibili ad un fatto comunemente noto, purché in concreto idoneo a minacciare un pregiudizio imminente e irreparabile.

mento europeo e del Consiglio e che abroga le decisioni 2004/512/CE e 2008/633/GAI del Consiglio, ai fini della riforma del sistema di informazione visti, pag. 11; Regolamento (UE) 2018/1860 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 novembre 2018 relativo all'uso del sistema d'informazione Schengen per il rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, pag. 1.

⁴ In generale, F.L. GATTA, *Politica dei visti e stato di diritto: il difficile equilibrio tra sovranità e garanzie procedurali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *European Papers*, Vol. 6, no. 1/2021, pp. 599-619.

⁵ In tema, D. BORGONOVO RE, *I visti con validità territoriale limitata: l'esempio dei corridoi umanitari nella provincia autonoma di Trento*, in *Le Regioni*, n. 5-6/2019.

5. *La condotta omissiva del Ministero degli Affari Esteri e la successiva Ordinanza del Tribunale di Roma*

Con ricorso introdotto *ex art. 669 duodecies* c.p.c., i medesimi cittadini afgani hanno poi reso noto al Tribunale di Roma il fatto che il MAECI non aveva dato seguito al provvedimento *ex art. 700* c.p.c., con cui si era ordinato all'amministrazione resistente di rilasciare in favore dei ricorrenti un visto per motivi umanitari.

Nello specifico, i due cittadini afgani hanno fatto presente che il MAECI, in seguito alla prima ordinanza, ha proposto loro, in sostituzione del rilascio di un visto *VTL*, di aderire al protocollo per la realizzazione dei corridoi umanitari. L'amministrazione resistente, nel chiedere che il ricorso venisse respinto, ha invece sostenuto, pur volendo dare esecuzione alla ordinanza del Tribunale di Roma, di essere ancora in attesa della «copia dei passaporti dei ricorrenti e documentazione comprovante l'esistenza di un percorso di accoglienza e integrazione in Italia stabile, strutturato e duraturo, oltre che dotato dell'opportuna copertura finanziaria» (p. 2 dell'ordinanza del 14 gennaio 2022).

Il Tribunale di Roma, pronunciandosi sul medesimo ricorso, ha preso atto che le copie dei passaporti erano rinvenibili tra gli atti del procedimento cautelare, e rilevato che la richiesta di fornire prova di uno stabile percorso di accoglienza e integrazione in Italia fosse «del tutto arbitrariamente inserita tra i requisiti pretesi per l'attuazione del provvedimento, stante la natura incondizionata dell'ordine giudiziale». Inoltre, il Tribunale ha rilevato come non vi siano motivi idonei a negare il visto *VTL* ai due cittadini afgani, e che le argomentazioni avanzate del MAECI abbiano disvelato unicamente un *intento elusivo* del provvedimento cautelare. Per tale ragione, il giudice ha assegnato al MAECI un termine temporale di dieci giorni, decorrenti dal 14 gennaio 2022, per dare esecuzione all'ordinanza cautelare.

THE UK – RWANDA MIGRATION PARTNERSHIP
UNDER THE SCRUTINY OF THE STRASBOURG COURT:
EXTERNALIZING ASYLUM WHILE BYPASSING REFUGEE LAW?

Francesca Romana Partipilo*

SUMMARY: 1. The partnership between the UK and Rwanda. – 2. The interim measure in the case *N.S.K. v. the United Kingdom*. – 3. Interim measures in the ECtHR jurisprudence. – 4. Comment.

1. *The partnership between the UK and Rwanda*

In April 2022, a Migration and Economic Development Partnership was agreed between the UK and Rwanda¹. The decision to stipulate the deal was prompted by rising numbers of migrants arriving in the UK by boat. In fact, according to the UK Government, crossings through the English Channel have increased sharply since 2019. By way of example, around 4,540 people were detected arriving from France, from January to March 2022. Nonetheless, the Migration Observatory at the University of Oxford highlighted how reliable and accurate data on the UK's irregular migrant population is not available, and that available estimates should be treated with caution².

Under the Memorandum of Understanding, a five-year asylum partnership will allow the UK to send back to Rwanda migrants who might claim asylum in the UK yet have a connection with the African country. As declared by the British Government, the Rwanda policy is aimed at deterring the journeys of people who arrive in the UK through «illegal, dangerous or unnecessary methods» such as on small dinghies or hidden in lorries.

Pursuant to the deal, the UK is responsible for the initial screening of asylum-seekers and may request the transfer to Rwanda of migrants whose claims are considered “inadmissible”. According to the MoU, inadmissibility

* PhD Candidate in Human Rights and Global Politics, Scuola Superiore Sant’Anna (Pisa).

¹ M. GOWER, P. BUTCHARD, *UK-Rwanda Migration and Economic Development Partnership*, House of Commons Library, 19 July 2022, pp. 1-61.

² The Migration Observatory at the University of Oxford, *Irregular migration in the UK*, 11 September 2020.

applies to people who pass through, or have a connection with, a safe country³. Rwanda will consider the asylum-seekers for permission to stay or return them to their country of origin. Where asylum is granted, migrants will be permitted to stay in the African country for at least five years, yet they will not be eligible to return to the UK.

2. *The interim measure in the case N.S.K. v. the United Kingdom*

The first removal flight under the Rwanda scheme was scheduled to take place on June 14th. On June 13th, the European Court of Human Rights received a request to issue an urgent interim measure to the UK Government, under Rule 39 of the Rules of Court. On June 14th, the Court granted the interim measure in the case of *N.S.K. v. the United Kingdom*⁴.

The applicant was an Iraqi national who left Iraq in April 2022. Alleging that he feared for his life in his origin country, he claimed asylum upon arrival in the UK, on 17th May 2022. On 24th May, the UK sent the applicant a “notice of intent”, informing him that his application was considered inadmissible, and he would be removed to Rwanda.

In its decision on the interim measure, the ECtHR stated «that the applicant should not be removed until the expiry of a period of three weeks following the delivery of the final domestic decision in the ongoing judicial review proceedings». In coming to this decision, the Court gave great weight to concerns expressed by the UN High Commissioner for Refugees «that asylum-seekers transferred from the United Kingdom to Rwanda will not have access to fair and efficient procedures for the determination of refugee status».

Thus, the Court concluded that it was necessary to grant the interim measure due to the «risk of treatment contrary to the applicant’s Convention rights as well as the fact that Rwanda is outside the Convention legal space, and the absence of any legally enforceable mechanism for the applicant’s return to the UK in the event of a successful merits challenge before the domestic courts».

³ Home Office, *Inadmissibility: safe third country cases*, 2022, pp. 1-31.

⁴ ECtHR, judgment of 14 June 2022, *N.S.K. v. the United Kingdom*, application no. 28774/22. Also see, European Council on Refugees and Exiles, *UK: Victory for Human Rights Defenders as Rwanda Flight “Crashes” on the Runway – Government Humiliated but Looking for Come Back*, 17 June 2022.

3. *Interim measures in the ECtHR jurisprudence*

The case of *N.S.K. v. the United Kingdom* testifies to the relevance of interim measures in the context of the Council of Europe monitoring system. As well known, urgent interim measures often represent the sole means to prevent irreparable harm to Convention rights, which cannot be remedied by a subsequent judgment on the merits⁵. In the case of *N.S.K. v. the United Kingdom* the potentially irreparable harm to Convention rights was linked on the one hand to the fact that Rwanda is not a signatory to the ECHR – circumstance which would have left the applicant with no legal protection under the Convention – and on the other hand to the absence of legally enforceable mechanisms for the applicant's return to the UK, had his merits challenge before UK courts achieved a positive outcome.

As for the legal nature of interim measures, although they are only incorporated in the Rules of Court – its internal rules of procedure – and not in the Convention itself, States Parties to the Convention are under a legal obligation to comply with them. In fact, while in *Cruz Varas and Others v. Sweden*⁶ the Strasbourg Court held that States Parties were not legally bound to respect its interim measures, in 2005 the Grand Chamber overruled this finding in *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*⁷. In this case, the Court held that the extradition of two Uzbek applicants despite the order of interim measures had violated their right to submit an individual application under Article 34 ECHR. In this way, the ECtHR attached the binding character of interim measures to the right of individual application under Article 34 ECHR.

Interim measures are often requested in connection with the fundamental prohibition of *refoulement*⁸. In fact, they are regularly employed to pro-

⁵ E. RIETER, *Preventing Irreparable Harm, Provisional Measures in International Human Rights Adjudication*, Antwerp, 2010.

⁶ ECtHR, judgment of 20 March 1991, *Cruz Varas and Others v. Sweden*, application no. 15576/89.

⁷ ECtHR, judgment of 4 February 2005, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, applications no. 467827/99 and 46951/99.

⁸ C. BURBANO HERRERA, Y. HAECK, *Staying the Return of Aliens from Europe through Interim Measures: The Case-law of the European Commission and the European Court of Human Rights*, in *European Journal of Migration and Law*, 2011, pp.31-51. Also see F. DE WECK, *Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention Against Torture: the assessment of individual complaints by the European Court of Human Rights under Article 3*, Leiden, Boston, 2017.

protect aliens in case of imminent deportation or extradition to third countries, where the person concerned risks losing their life upon return (Article 2 ECHR), being ill-treated (Article 3)⁹, or being separated from their family (Article 8). In exceptional cases, the Court has extended the application of interim measures to other rights, such as the prohibition of slavery (Article 4), or the right to a fair trial (Article 6). Generally, requests for interim measures in cases of potential deportation to “suspect” third countries like Uzbekistan, Belarus, Somalia, Iraq, or Tunisia are accepted by the Court.

4. *Comment*

Arguably, in the case at hand the Court employed interim measures to clarify the contrast between externalization deals and the protection of Convention rights, stigmatizing the violations of international law which might derive from such agreements. Yet, the attempt to tackle migration through deals with third countries is by no means a novelty in the British political landscape. As a matter of fact, discussions around the idea of outsourcing the processing of asylum applications outside EU borders began after former UK Prime Minister Tony Blair published a document summarizing the British new approach to the refugee question in 2003, during the British presidency of the European Council. The letter, which accompanied a policy paper titled “A New Vision for Refugees”, suggested the creation of processing centers in protected zones in third countries, preferably transit countries (transit processing centers, TPC). Pursuant to the proposal, asylum seekers arriving in the territory of EU Member States should have been transferred to these centers to have their asylum applications processed offshore. Then, those recognized as refugees would have been resettled in Member States while others would be returned to their country of origin.

The MoU with Rwanda resumes the strategy outlined in the 2003 document. It was adopted pursuant to a Nationality and Borders Bill aimed at outsourcing asylum processing to third countries. Notably, before reaching the deal with Rwanda, earlier attempts to secure agreements for the outsourcing of migration with Albania and Ghana failed. In fact, Albania denied any intention to stipulate a deal with the UK, slamming the possibility as “totally unacceptable” and “against international law”. Similarly, Ghana categorically debunked news of a processing and resettlement agreement with

⁹ ECtHR, judgment of 7 July 1989, *Soering v. United Kingdom*, application no. 14038/88.

the UK. In this regard, it is worth recalling that the African Union recently condemned a similar policy adopted by Denmark, stating that the Nordic country would be abdicating its international responsibilities in the asylum realm, and that such policies were worrying, xenophobic, and unacceptable.

Human rights defenders and legal scholars repeatedly stigmatized the detrimental consequences of externalization policies on the human rights of people on the move, arguing that European countries are shutting their borders to *bona fide* asylum seekers and avoiding their responsibilities under the global refugee regime¹⁰. Nonetheless, it must be borne in mind that the trend towards the externalization of asylum has been encouraged by the EU itself¹¹.

The adoption of the “safe third country rule” – which then became the “first safe country” principle in the Dublin Convention of 1990 – represented one of the earliest forms of externalization at the Union level. Then, since the Tampere European Council, in 1999, reference was made to the importance of partnerships with countries of origin. The Council Conclusion underlined that «[p]artnership with third countries [...] will be a key element for the success of [a Common European Asylum System], with a view to promoting co-development». In 2004, the Hague Programme – adopted by the European Council – emphasized the need «to continue the process of fully integrating migration into the EU’s existing and future relations with third countries». Further, since 2011 the Global Approach to Migration and Mobility (so-called GAMM) promoted a close cooperation with third countries, acknowledging the need to tackle migration through a close partnership between the countries of origin, transit, and destination.

Finally, externalization strategies made their way into the proposal for a New Pact for Migration and Asylum, presented by the EU Commission in September 2020¹². The proposal considers enhanced partnerships with third countries as a fundamental pillar of a new European approach to migration.

¹⁰ L. BIALASIEWICZ, *Off-Shoring and Out-Sourcing the Borders of Europe: Libya and EU Border Work in the Mediterranean*, in *Geopolitics*, 2012, pp. 843-66. Also see K. APPLEBY, *Dispatches from the Middle East, The European Union-Turkey Migration Agreement One Year Later: A Victory for Orderly Migration or a Violation of International Law and Protection?*, Centre for Migration Studies, 2017.

¹¹ M. CREMONA, J.J. RIJPMAN, *The Extra Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law*, European University Institute Working Paper 07/01, 2007, pp. 1-24.

¹² EUROPEAN COMMISSION, *A fresh start on migration: building confidence and striking a new balance between responsibility and solidarity*, Press Release, Brussels, 24 September 2020.

The New Pact aims to develop a «comprehensive and mutually beneficial» cooperation with origin and transit countries, based on a «joint assessment of the interests of both the EU and its partner countries». Nonetheless, the Pact does not require an appropriate assessment of the human rights situation in third countries as a prerequisite for the stipulation of agreements between the EU and such countries. Similarly, the Commission is not asked to evaluate whether a particular third country ratified the Geneva Convention, before reaching a deal with said country¹³. This clearly demonstrates how the main concern driving the EU in the implementation of partnerships with third countries is represented by the desire to externalize migration management, outsourcing it to origin and transit countries, without any concern for an appropriate assessment of the human rights situation in the partner third countries. In this regard, there seems to be no difference between the EU proposal and the British approach as enshrined in the Rwanda policy.

As to the MoU's legal consequences, although the UK and Rwandan Governments promoted the deal as an «innovative solution for a broken international refugee protection regime»,¹⁴ the deal raises numerous legal dilemmas, particularly with regard to the violation of the principle of *non-refoulement*. In the first place, it was demonstrated that whilst Rwanda has a long history as a receiving country – hosting Congolese refugees since 1996 – the country remains a controversial destination due to its poor human rights record. According to the 2022 World Report by Human Rights Watch, in fact, «[t]he ruling Rwandan Patriotic Front (RPF) continued to stifle dissenting and critical voices and to target those perceived as a threat to the government and their family members. Several high-profile critics, including opposition members and commentators using social media or YouTube to express themselves, went missing, were arrested, or threatened»¹⁵.

Further, the High Court in London heard on the 16th of August that an official at the Foreign Office, who had expertise on Rwanda, raised some concerns about the contents of the official “Country Policy and Information Note” of Rwanda. UNHCR itself expressed its concerns with regard to shortcomings in the capacity of the Rwandan asylum system in its July 2020

¹³ D. MUSUMECI, *Sul partenariato UE-Stati terzi in ambito migratorio: le proposte del nuovo patto sulla migrazione e l'asilo in tema di rafforzamento delle capacità di border management*, in *Freedom, Security and Justice*, no. 2/2021.

¹⁴ UK Government, Home Office in the Media, *Repairing the broken asylum system is a moral imperative*, 19 May 2022.

¹⁵ Human Rights Watch, *World Report 2022: Rwanda*, 2022.

submissions to the Universal Period Review. In particular, the UN Agency observed that asylum-seekers are often arbitrarily denied access to refugee status determination procedures, particularly in the case of LGBTIQ+ applicants, reasons for negative decisions are seldomly provided, and practices for appeal decisions are ambiguous. In addition, UNHCR evidenced the harsh living conditions to which some migrants are subjected, and the substantial risk of detention and deportation.

UNHCR's position with regard to the UK-Rwanda MoU is that asylum-seekers and refugees should ordinarily be processed in the territory of the State where they arrive.¹⁶ Moreover, the Agency stressed that in the context of initiatives involving the transfer of asylum-seekers for the purpose of asylum processing, transferring States retain responsibilities under international refugee and human rights law. Therefore, the UK would retain international responsibility for the treatment of asylum-seekers transferred to Rwanda.

Further, UNHCR acknowledged that although States may plan arrangements with other States to ensure international protection, such deals must advance international cooperation to uphold refugee protection. In this regard, the Agency recalled that international law requires States to fulfil their treaty obligations in good faith. Finally, UNHCR noted that the MoU with Rwanda risks overstressing the capacity of the Rwandan asylum system, undermining its ability to provide protection to those who seek asylum. Therefore, in the eyes of the Refugee Agency, the MoU does not contribute to burden and responsibility sharing, nor does it enhance international cooperation or enhance the protection space in any State¹⁷.

In addition to representing a blatant violation of international refugee law, the UK-Rwanda deal represents a practical demonstration of the UK progressive withdrawal from international mechanisms of cooperation. In fact, as a result of the decision of the Strasbourg Court for interim measures, the UK is planning legislation to make it easier to disregard ECtHR's injunctions. While currently having no plans to leave the Convention, the UK Government believes that the Strasbourg Court "overstepped its powers in blocking the deportation", as held by deputy prime minister and Britain's justice secretary, Dominic Raab. Under the newly proposed Bill of Rights, ministers would be able to ignore Strasbourg Court's injunctions.

The Bill would be coherent with the isolationist policy inaugurated by

¹⁶ UNHCR, *Analysis of the Legality and Appropriateness of the Transfer of Asylum-Seekers under the UK-Rwanda arrangement*, 2022, pp.1-7.

¹⁷ *Ibidem*.

the UK with Brexit and leading towards a progressive departure from pivotal mechanisms and institutions devoted to international cooperation and human rights protection. In this regard, it is important to stress that amending UK legislation with a view to making it easier to disregard Rule 39 orders will not suffice to bypass UK legal obligations under the global refugee regime. As underlined by UNHCR, in fact, «[...] the initial asylum screening interview, which will take place prior to deciding whether an individual may be transferred to Rwanda, is not sufficient to discharge the UK's obligations to ensure the lawfulness and appropriateness of removal to Rwanda on an individual basis. There are long-standing concerns about the quality of information collected at screening and registration, and in particular about the identification of vulnerabilities»¹⁸.

Therefore, as noted by Deprose Muchena, Amnesty International Director for East and Southern Africa, «[b]y trying to dump asylum seekers in Rwanda, the UK Government is shirking its international responsibility under the Refugee Convention to protect people in need of asylum»¹⁹. European governments should rather focus their efforts in designing legal and safe pathways to international protection, while improving existing avenues to asylum. Regrettably, it appears that the UK does not intend to choose this course of action, especially in light of the London's High Court ruling which, in December 2022, established that UK's agreement with Rwanda is lawful²⁰.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Amnesty International, *Rwanda: Commonwealth leaders must oppose UK's racist asylum seeker deal*, 17 June 2022.

²⁰ CNN, *UK's controversial plan to deport asylum seekers to Rwanda ruled lawful by court*, 19 December 2022.

Il conflitto russo-ucraino e la protezione temporanea

LA GUERRA IN UCRAINA: VERSO UNA NUOVA CRISI DEI RIFUGIATI?

Mario Savino^{*}, Francesco Luigi Gatta^{**}

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le premesse di una nuova crisi. – 3. La risposta dell'Unione: i “vantaggi” della direttiva del 2001 sulla protezione temporanea. – 4. La direttiva come panacea?

1. *Introduzione*

Democrazia contro autocrazia. Libertà contro censura. Pace contro guerra. Questa contrapposizione sembra essere, finora, la cifra distintiva del conflitto in Ucraina. Una dicotomia così netta da facilitare l'identificazione di noi europei nel popolo ucraino in lotta e indurre le istituzioni dell'Unione a destinare per la prima volta risorse del bilancio comune a spese belliche¹. Siamo probabilmente di fronte a un momento storico, che potrebbe aiutare l'Europa a riscoprire la sua identità smarrita, attualizzando il significato di quel momento fondativo rappresentato dalla caduta, ormai più di trent'anni fa, del Muro di Berlino.

Intanto, però, al quinto giorno di ostilità, il numero di sfollati giunti in Europa supera già il mezzo milione². Mentre gli uomini tra i 18 e i 60 anni sono chiamati a imbracciare le armi per difendere l'Ucraina dall'aggressione russa, le donne e i bambini fuggono verso l'Unione in cerca di protezione. Al ritmo di centomila al giorno. Alla frontiera con la Polonia, si registrano code di 15 km, con 40 ore di attesa. Si va, dunque, verso una nuova crisi dei rifugiati in Europa, ad appena sette anni da quella innescata dalla guerra in Siria?

^{*} Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università della Tuscia.

^{**} Ricercatore di Diritto internazionale, Università della Tuscia.

¹ Si v. European Commission, *Statement by President Von der Leyen on further measures to respond to the Russian invasion of Ukraine*, 27 February 2022, disponibile al seguente link: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_22_1441.

² A. BREZAR, *Ukraine war: More than half a million refugees have fled in just over four days, says UN*, in *Euronews.com*, 5 March 2022.

2. *Le premesse di una nuova crisi*

Almeno quattro fattori inducono a pensare che questa crisi possa essere addirittura peggiore di quella del 2015. Il primo è la geografia. Tra la Siria, principale Paese di origine dei flussi del 2015, e la Grecia, primo Stato membro di approdo, si frappongono 1500 km di penisola anatolica, con la Turchia a fare da cuscinetto, impegnata da marzo 2016 nel ruolo di “guardiana” dei confini europei in cambio di lauti finanziamenti e un importante mezzo di pressione politica. Per ottenere protezione, i siriani giunti in Grecia dovettero proseguire il viaggio verso i Balcani, attraversando un dedalo di frontiere severamente controllate. L’Ucraina, invece, confina direttamente con quattro Stati membri dell’Unione (Polonia, Slovacchia, Ungheria e Romania) e per raggiungere Berlino dalle sue regioni orientali bastano dieci ore di auto.

Il secondo elemento differenziale sta nei numeri. La Siria nel 2014 aveva 19 milioni di abitanti (2 milioni erano già fuggiti nei primi anni di guerra civile, cominciata nel 2011): secondo stime dell’UNHCR³, dei 6,6 milioni di rifugiati siriani (cui si aggiungono 6,7 milioni di sfollati interni) soltanto 1 milione è arrivato in Europa, mentre gli altri 5,5 milioni sono rimasti nei Paesi limitrofi (ben 3,6 milioni in Turchia). L’Ucraina di oggi ha invece ben 44 milioni di abitanti con una diffusa propensione a viaggiare verso Ovest, come conferma la diaspora già radicata in molti Paesi europei. Secondo una prima proiezione⁴, il conflitto potrebbe provocare dai 3 ai 5 milioni di sfollati, metà dei quali destinati ad arrivare nella sola Polonia. Per comprendere le proporzioni, basti ricordare che l’Unione nel suo complesso ospita attualmente 2,6 milioni di rifugiati (1,2 dei quali in Germania).

Un terzo fattore è l’esonazione dell’Ucraina dal visto di ingresso, che l’Unione invece prevede per tutti gli altri Paesi di origine dei rifugiati. I cittadini ucraini possono entrare in Europa e soggiornarvi fino a 90 giorni senza visto. In passato, l’esplosione di guerre ha portato gli Stati membri a reintrodurre temporaneamente l’obbligo di visto o a frapporre impedimenti amministrativi alla frontiera esterna. Questa volta, però, non sembra andare così. Per l’ingresso in Schengen servirebbero un passaporto e altri requisiti (dai

³ Si v. UNHCR, *Syria Refugee Crisis – Globally, in Europe and in Cyprus*, 18 March 2021, disponibile al seguente link: <https://www.unhcr.org/cy/2021/03/18/syria-refugee-crisis-globally-in-europe-and-in-cyprus-meet-some-syrian-refugees-in-cyprus/>.

⁴ Cfr. S. NEBEHAY, *Invasion could drive 5 million Ukrainians to flee abroad – U.N.*, in *Reuters.com*, 25 February 2022, disponibile al seguente link: <https://www.reuters.com/world/europe/invasion-could-drive-5-million-ukrainians-flee-abroad-un-2022-02-25/>.

documenti che dimostrino la sufficienza dei mezzi di sostentamento all'assenza di segnalazione nel SIS). Ma i Governi degli Stati membri frontalieri – tre dei quali appartenenti al c.d. Gruppo di Visegrad – hanno già dichiarato di aver “rilassato” i controlli sui passaporti, sul test Covid-19 negativo e persino sugli animali domestici⁵: una inattesa gara di disponibilità ad accogliere “questi” sfollati (ucraini) da parte di governi altrimenti ostili ai rifugiati.

Un quarto elemento di complicazione deriva dalla debolezza dei sistemi di asilo nei Paesi di Visegrad. Quei governi hanno adottato, negli anni, misure legislative e amministrative che hanno portato allo smantellamento pressoché completo dei rispettivi sistemi di accoglienza. La Polonia dispone, nei suoi centri di accoglienza per richiedenti asilo, di 2 mila posti complessivi. L'Ungheria non ha più norme che permettano di chiedere asilo, se non presso le ambasciate ungheresi in Paesi terzi. Perciò, dopo aver ricevuto il primo soccorso umanitario – per organizzare il quale la Polonia pare aver chiesto a Frontex quel supporto che tuttora rifiuta al confine con la Bielorussia – i profughi dovranno proseguire il loro viaggio per ricevere protezione. Si aprirà, così, uno scenario ancor più problematico. Centinaia di migliaia (se non milioni) di persone in fuga dall'Ucraina, sommariamente identificate alle frontiere esterne senza adeguati controlli di sicurezza e sanitari, cominceranno ad attraversare il cuore dell'Europa per raggiungere la Germania e gli altri Stati membri in grado di accoglierli. Lo spettro dei rischi si estende al versante sanitario: solo un terzo della popolazione ucraina è vaccinata contro il Covid e molti profughi hanno condiviso rifugi sotterranei e mezzi di trasporto sovraffollati. Movimenti incontrollati di questo tipo potrebbero infliggere il “colpo di grazia” a quello spazio Schengen che proprio dal 2015 attraversa una profonda crisi.

3. *La risposta dell'Unione: i “vantaggi” della direttiva del 2001 sulla protezione temporanea*

Sembra essere chiaro, questa volta, che, per evitare uno *tsunami* esiziale per lo spazio Schengen, occorrerà uno sforzo europeo coordinato. Il Consiglio straordinario di giustizia e affari interni dell'Unione, riunitosi domenica 27 febbraio, ha deciso, tra l'altro, di mobilitare risorse aggiuntive del Mecca-

⁵ G. FORTUNA, *EU relaxes entry paperwork for pets travelling with Ukrainian refugees*, in *Euractiv.com*, 27 February 2022, disponibile al seguente link: <https://www.euractiv.com/section/health-consumers/news/eu-relaxes-entry-paperwork-for-pets-travelling-with-ukrainian-refugees/>.

nismo di protezione civile dell'Unione, al fine di assistere l'Ucraina e la Moldavia nelle operazioni di primo soccorso, e di attivare il dispositivo di coordinamento delle crisi a livello del Consiglio (Integrated Political Crisis Response - IPCR), offrendo il supporto di Frontex ed Europol per i controlli di sicurezza e le operazioni di registrazione alle frontiere esterne, ritenuti non rinunciabili⁶. Ma l'aspetto più importante emerso dall'incontro riguarda l'ampio consenso ad attivare, per la prima volta nella storia dell'Unione, la Direttiva 2001/55/CE sulla protezione temporanea⁷.

La direttiva prevede una forma di protezione temporanea, di durata semestrale ma prorogabile dal Consiglio fino a due anni (art. 4); il rilascio di un titolo di soggiorno (art. 8), con possibilità di accesso al sistema di istruzione e al mercato del lavoro (art. 12 e 14); obblighi di accoglienza (art. 13), accompagnati da un meccanismo di redistribuzione degli oneri (artt. 25-26), e di coordinamento nei trasferimenti (art. 26)⁸.

Per poter essere attivata, la direttiva richiede anzitutto che venga accertato il requisito giuridico-fattuale che ne è alla base: l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati. Ciò deve avvenire con una decisione del Consiglio, su proposta della Commissione. Il Parlamento è solo informato (art. 5). La Commissione può anche esaminare richieste provenienti dagli Stati membri (è quel che avvenne, senza successo, con Italia e Malta, le cui istanze vennero ignorate). La proposta della Commissione, inoltre, deve dettagliare i contorni della misura di protezione temporanea, dovendo indicare almeno i seguenti elementi: a chi si applicherà, a partire da quando e, sulla base di una stima, a quante persone (art. 5, par. 3). La proposta deve poi passare in Consiglio, necessitando della maggioranza qualificata per l'approvazione.

Quale sarebbe, dunque, il valore aggiunto della direttiva 2001/55/CE rispetto all'utilizzo delle norme esistenti?

⁶ Cfr. Council of the European Union, *Extraordinary Justice and Home Affairs Council*, 27 February 2022, disponibile al seguente link: https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/jha/2022/02/27/?utm_source=twitter.com&utm_medium=social&utm_campaign=20220227-jjHA-results&utm_content=photo.

⁷ 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.

⁸ Per una più ampia analisi, proprio in riferimento alla questione ucraina, v. S. PEERS, *Temporary Protection for Ukrainians in the EU? Q and A*, in eulawanalysis.blogspot.com, 27 February 2022.

Primo, la direttiva rappresenta l'unica normativa dell'Unione calibrata sulle situazioni di crisi umanitario-migratorie, vigente e pronta all'uso. Adottata per gestire le conseguenze umanitarie dei conflitti in Jugoslavia e Kosovo, la direttiva mira a offrire protezione temporanea a un numero consistente di sfollati in modo flessibile e coordinato: flessibile, perché evita gli appesantimenti burocratici legati alle procedure di asilo; coordinato, perché prevede un meccanismo solidaristico di condivisione degli oneri di accoglienza tra gli Stati membri. La Commissione nel 2020 ha avanzato una proposta per un Regolamento concernente «le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo»⁹, ma i negoziati sono ancora in corso e non vi sono i tempi per attendere.

Secondo, gli Stati membri ora in prima linea, in quanto geograficamente più esposti, sono i Paesi di Visegrad. In situazioni emergenziali, l'elevato numero di persone e la complessità delle procedure amministrative e giurisdizionali legate al riconoscimento della protezione su base individuale rendono difficile l'applicazione delle norme europee sull'asilo. Ciò vale, *a fortiori*, per i Paesi di Visegrad, che, come anticipato, hanno sistemi d'asilo molto carenti, se non inesistenti. Per questo, l'Ungheria sembra orientata a non applicare agli ucraini la sua legge sull'asilo, bensì una sorta di protezione temporanea (c.d. permesso per tolleranza) e una misura analoga pare sia in discussione in Slovacchia. In queste condizioni, la direttiva del 2001 è probabilmente l'unica opzione per arrivare a una semplificazione amministrativa notevole, consentendo l'accoglienza e il riconoscimento di una serie di diritti a prescindere dalla procedura di esame individuale della domanda d'asilo (che tuttavia deve essere garantita: art. 17 della direttiva), ma anche per evitare una frammentazione su base nazionale degli *status* delle persone in arrivo.

Terzo, non applicare la direttiva del 2001 significherebbe dimenticare che 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. L'allungamento dei tempi di decisione (fino a 2-3 anni, ma in Grecia anche oltre) ha, a sua volta, sovraccaricato i sistemi di accoglienza, incapaci di ospitare tutti gli aventi diritto o di farlo in modo dignitoso. Di qui, i temuti movimenti secondari: quote rilevanti di richiedenti asilo

⁹ Cfr. Commissione europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo*, Bruxelles, 23.9.2020, COM(2020) 613 final.

si sono spostati verso altri Stati (Germania *in primis*) per riproporre lì le loro domande di protezione, confidando in sistemi di accoglienza più attrezzati, oltre che nell'inefficacia del sistema Dublino e dei suoi "rimpatri" verso lo Stato di primo ingresso.

Quarto, applicare la direttiva del 2001 potrebbe ridare slancio al principio di solidarietà. Gli Stati membri, infatti, sono chiamati a indicare «la loro capacità di accoglienza in termini numerici o generali» (art. 25, par. 1). Gli Stati sono liberi di aderire, ma, una volta indicata la quota, essa viene inserita nella decisione del Consiglio che attua la direttiva. Inoltre, la libertà statale nella determinazione di ciascuna quota potrebbe essere erosa dalla individuazione di parametri comuni. Secondo le prime indiscrezioni¹⁰, il criterio di calcolo delle quote di redistribuzione potrebbe essere legato a quello del bilancio europeo, cosicché l'Italia, ad esempio, ricevendo il 13% dei fondi iscritti nel bilancio dell'UE sarebbe chiamata ad accogliere una quota corrispondente di rifugiati ucraini.

4. *La direttiva come panacea?*

Nonostante i vantaggi richiamati, la direttiva 2001/55/CE finora non è mai stata utilizzata, né per la gestione dei flussi innescati dalla "Primavera araba" del 2010-2011, né per il conflitto in Siria, né, più di recente, per la crisi afgana dell'estate scorsa¹¹. Perché questa volta dovrebbe invece essere possibile?

Le ragioni sono tutte politiche, legate alla storia recente di emancipazione democratica dell'Ucraina. Cominciata nel 1991 dopo la caduta del Muro di Berlino, quella storia è proseguita nel 2014 con la rivolta popolare di Piazza Maidan contro il presidente filorusso Yanukovic, costretto alla fuga dopo aver interrotto i negoziati con Bruxelles per la creazione di una zona di libero scambio tra Ucraina e Unione europea. La veemente reazione di Putin – che in pochi giorni, con un colpo di mano militare, riuscì ad annettere alla Federazione russa prima la Crimea e poi una parte del Donbass, aree con

¹⁰ C. TITO, *In Italia arriverà il 13% degli ucraini in fuga. Ecco il piano dell'UE per la crisi*, in *La Repubblica*, 27 febbraio 2022, disponibile al seguente link: https://www.repubblica.it/cronaca/2022/02/27/news/in_italia_arrivera_il_13_degli_ucraini_in_fuga_ecco_il_piano_dell_ue_per_la_crisi-339448902/?ref=RHTP-BL-I338475600-P1-S6-T1&_vfz=medium%3Dsharebar.

¹¹ Su cui v. E. DE CAPITANI, *La pretesa solidarietà europea a fronte della Crisi afgana: una ennesima occasione mancata?*, in *ADiM Blog, Editoriale*, agosto 2021.

forte presenza di cittadini russi – ci riporta al presente: all’attacco militare del 24 febbraio 2022, avviato con il pretesto di difendere i cittadini russi nel Donbass. L’attacco portato direttamente a Kyiv, al cuore del governo ucraino, ha squarciato il tenue velo di ambiguità, rivelando il vero intento di Putin: allontanare l’Ucraina non solo dalla NATO, ma anche dal suo percorso “europeo” di emancipazione democratica.

Per questo, le dichiarazioni rese in questi giorni da tutti i leader occidentali convergono. Per lo stesso motivo, sembra coagularsi ora un consenso politico sufficiente: nonostante atteggiamenti più prudenti da parte di alcuni Stati membri¹², il comunicato stampa diramato dopo la riunione straordinaria del 27 febbraio certifica l’esistenza di un «*broad support for this measure*». L’attivazione della direttiva, per la prima volta nella storia, sembra dunque alla portata.

Anche in questa (auspicabile) ipotesi, però, i problemi non svaniranno. Benché la direttiva del 2011 sia molto meno esigente sul piano amministrativo rispetto alle norme europee “a regime”, sarà comunque difficile – soprattutto per i Paesi più esposti – organizzare la prima accoglienza su vasta scala e approntare le procedure per il rilascio dei titoli di soggiorno.

Ma l’ostacolo principale – anche alla luce del sostanziale fallimento dello schema di ricollocazione del 2015-2017¹³ – sarà far funzionare la redistribuzione. La direttiva prevede che gli sfollati possano essere trasferiti dallo Stato membro di ingresso verso lo Stato membro disponibile all’accoglienza sulla base di un coordinamento tra Stati membri e nel rispetto della volontà del singolo (art. 26, par. 1). Ma la scarsa disciplina su questo delicato punto imporrà una intensa attività di negoziazione politica e di collaborazione interamministrativa. Non sarà semplice individuare soluzioni operative che consentano di “allineare” le volontà individuali delle persone da trasferire con le quote di disponibilità all’accoglienza dei singoli Stati membri.

Il fallimento porterebbe a nuovi movimenti secondari e, quindi, a una crisi ancor più profonda dello spazio Schengen. Il successo, invece, dischiuderebbe nuove prospettive per la solidarietà “a regime”: quella che, nel Nuovo Patto, stenta a trovare la sua strada.

¹² Quelli scandinavi, ad esempio, come riporta N. NIELSEN, *Ukrainians arriving in EU could get extended right to stay*, in *Euobserver.com*, 27 February 2022.

¹³ Su cui v. M. SAVINO, *On failed relocation and would-be Leviathans: Towards the New Pact on Migration and Asylum*, in *ADiM Blog, Osservatorio della giurisprudenza*, luglio 2020.

L'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA 55/2001
SULLA PROTEZIONE TEMPORANEA:
VERSO UN NUOVO CONCETTO DI SOLIDARIETÀ?

Marilù Porchia*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I presupposti di applicazione. – 3. Le categorie di soggetti protetti dalla decisione. – 4. Possibili ostacoli all'applicazione della direttiva negli Stati Membri. – 5. Il meccanismo di solidarietà previsto dalla direttiva. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

In risposta all'esodo del conflitto jugoslavo – le cui dimensioni rendevano impossibile garantire la valutazione delle richieste di protezione internazionale su base individuale, come stabilito dalla Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951 – ogni Stato dell'allora Comunità europea aveva provveduto a garantire protezione agli esuli nel quadro della propria legislazione nazionale. Ne era risultata difformità dei diritti riconosciuti, e una sproporzione tra il numero degli accolti nei diversi Stati membri.¹ Da tale esperienza nasceva la direttiva sulla Protezione Temporanea 2001/55/CE,² con lo scopo di «promuovere *l'equilibrio degli sforzi* tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e *subiscono le conseguenze dell'accoglienza* degli stessi».³ Tuttavia, è solo durante il Consiglio straordinario "Giustizia e affari interni", del 27 febbraio 2022, a tre giorni dall'invasione Russa dell'Ucraina, che per la prima volta i capi di Stato e di governo degli Stati membri hanno mostrato

* Dottoranda, Università di Ferrara.

¹ Si veda K. HAILBRONNER, *European Immigration and Asylum law Under the Amsterdam Treaty* in *Common Market law Review*, n. 1/1998, pp. 1047-1067; K. HAILBRONNER, *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*, The Hague, 2000.

² 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, G.U. 7.8.2001.

³ Per approfondire, si veda J. MCADAM, *Complementary Protection*, in *International Refugee Law*, Oxford, 2007; K. KOSER, B. RICHARD, *Limits to harmonization: the temporary protection of refugees in the European Union*, in *International Migration*, n. 3/1999, pp. 521-543.

«expressions of broad support for this measure, which will be submitted to the JHA Council without delay».⁴ Il 2 marzo 2022 la Commissione ha proposto l'attivazione del meccanismo contenuto nella direttiva, con la proposta COM(2022) 91 final.⁵ Il 4 marzo 2022 il Consiglio dell'Unione europea ha adottato la decisione di esecuzione 2022/382⁶ che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'art. 5 della direttiva 2001/55/CE e ha come effetto l'introduzione della protezione temporanea. L'inedita adozione della decisione sembra accogliere una nuova concezione di solidarietà tra Stati membri, ma porta con sé alcuni profili problematici, su cui il contributo intende soffermarsi: la discussa definizione di afflusso di massa; la geometria variabile dell'ambito di applicazione soggettiva della protezione; le difformità di trattamento derivanti dall'attuazione a livello nazionale della direttiva; la genuinità dei meccanismi di solidarietà.

2. I presupposti di applicazione

Il presupposto di applicazione della direttiva è l'esistenza di un afflusso massiccio, che deve essere accertata con decisione del Consiglio dell'Unione europea, adottata a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, alla quale può parimenti essere presentata una richiesta dagli Stati membri affinché sottoponga al Consiglio una proposta in tal senso. L'art. 2, lettera d), della direttiva definisce "afflusso di massa": «l'arrivo di un gran numero di sfollati provenienti da un paese o da un'area geografica specifici».⁷ In passato, la Commissione si era sempre rifiutata di dichiararne l'esistenza: in oc-

⁴ M. INELI-CIGER, *5 Reasons Why: Understanding the reasons behind the activation of the Temporary Protection Directive in 2022*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 7 marzo 2022.

⁵ Proposta COM(2022) 91 final, di Decisione di esecuzione del Consiglio, del 2 marzo 2022, che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 2001/55/CE del Consiglio del 20 luglio 2001 e che ha come effetto l'introduzione di una protezione temporanea.

⁶ 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.

⁷ Sulla sua definizione si veda N. ARENAS, *The Concept of 'Mass Influx of Displaced Persons' in the European Directive Establishing the Temporary Protection System*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2005, pp. 435-450.

casione del dibattito svoltosi in commissione LIBE il 26 febbraio 2015 in risposta a una interrogazione scritta relativa all'esodo siriano,⁸ si era limitata a dichiarare che l'applicazione della direttiva «would not be justified in the present circumstances».⁹ Il considerando (6) della decisione rende invece noto – anche sulla base di quanto accaduto dopo l'annessione russa del 2014 della Repubblica autonoma di Crimea e della città di Sebastopoli¹⁰ – che «in funzione dell'evoluzione del conflitto e sulla base delle stime attuali, esiste la probabilità che l'Unione debba far fronte a un numero altissimo di sfollati», e conclude richiamando i dati dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati, che ha stimato che fino a 4 milioni di persone potrebbero potenzialmente fuggire dall'Ucraina.¹¹ Parimenti, l'art. 2, lett. a) della direttiva definisce la protezione temporanea come quel meccanismo che garantisce tutela immediata e temporanea «in particolare qualora vi sia anche il rischio che il sistema d'asilo non possa far fronte a tale afflusso *senza effetti pregiudizievoli* per il suo corretto funzionamento». A fronte della richiesta d'intervento di Italia e Malta nel 2011 dopo l'esodo delle primavere arabe, la Commissaria europea per gli affari interni, aveva dichiarato che era «still premature to activate the temporary protection directive and there are other ways to help Malta and Italy».¹² Ancora nel 2015, la Commissione aveva po-

⁸ Parlamento europeo, interrogazione parlamentare - E-008507/2014 alla Commissione, articolo 130 del Regolamento, Elisabetta Gardini (PPE).

⁹ Parlamento europeo, interrogazione parlamentare - E-008507/2014, Risposta data da Mr. Avramopoulos in nome della Commissione. Per un approfondimento si veda M. INELI-CIGER, *Revisiting Temporary Protection as a Protection Option to Respond to Mass Influx Situations*, in J.-P. GAUCI, M. GIUFFRÉ, L. TSOURDI (a cura di), *Exploring the Boundaries of Refugee Law, Current Protection Challenges*, Leiden, 2015, pp. 216-217; M. INELI-CIGER, *Has the Temporary Protection Directive become obsolete? An examination of the Directive and its lack of implementation in view of the recent asylum crisis in Mediterranean?* in C. BAULOZ, M. INELI-CIGER, S. SINGER, V. STOYANOVA (a cura di) *Seeking Asylum in the European Union: Selected Protection Issues Raised by the Second Phase of the Common European Asylum System*, Oxford, 2015, pp. 225-247; 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*, n. 13/2011, pp. 341-360; M. NOTARBAROLO DI SCIARIA, *Temporary protection directive, dead letter or still option for the future? an overview on the reasons behind its lack of implementation*, in *Eurojus*, 2 dicembre 2015.

¹⁰ Consiglio dell'UE, Comunicato stampa 25 febbraio 2022, *Ucraina: dichiarazione dell'alto rappresentante a nome dell'UE sull'annessione illegale della Crimea e di Sebastopoli*.

¹¹ UNCHR, *Operational Data Report, Ukraine Refugee protection*

¹² TIMES MALTA, *Malmstrom again rejects call for activation of migration mechanism*, 11 aprile 2011.

sto alla base del rifiuto di presentare la proposta al Consiglio anche il fatto che «the asylum systems (e.g. Italy) are still working» e che «the CEAS “is coping”». In questo caso, il considerando (7) valuta che «la portata dell'afflusso sarà probabilmente tale da comportare anche l'evidente rischio che i sistemi di asilo degli Stati membri non siano in grado di gestire gli arrivi senza conseguenze negative per il proprio efficace funzionamento (...)» e di conseguenza «la protezione temporanea è lo strumento più adeguato nella situazione attuale» (considerando 16), fornendo un giudizio prognostico sull'incapacità degli Stati membri confinanti di fare fronte all'afflusso.¹³

3. *Le categorie di soggetti protetti dalla decisione*

La decisione include tra i beneficiari della protezione temporanea (art. 2 co. 1) esclusivamente i «cittadini ucraini residenti in Ucraina prima del 24 febbraio 2022; apolidi e cittadini di paesi terzi diversi dall'Ucraina *che beneficiavano di protezione internazionale o di protezione nazionale equivalente in Ucraina* prima del 24 febbraio 2022; familiari delle persone di cui alle lettere a) e b)». La Commissione sta ancora acquisendo informazioni presso le autorità ucraine per accertare cosa si intenda per protezione nazionale equivalente secondo il diritto ucraino. Il Consiglio fa poi un distinguo: agli apolidi e ai cittadini di paesi terzi diversi dall'Ucraina «che possono dimostrare che soggiornavano legalmente in Ucraina prima del 24 febbraio 2022 *sulla base di un permesso di soggiorno permanente valido* rilasciato conformemente al diritto ucraino e che *non possono ritornare in condizioni sicure e stabili nel proprio paese o regione di origine*», gli Stati membri sono obbligati ad applicare la decisione «o una *protezione adeguata* ai sensi del loro diritto nazionale». Negli orientamenti operativi forniti agli Stati membri per l'attuazione della decisione,¹⁴ la Commissione specifica che per “adeguata” debba intendersi una protezione «non identica, ma che deve rispettare la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e lo spirito della direttiva sulla protezione tem-

¹³ Si veda A. DI PASCALE, *Volere è potere! L'attivazione della protezione temporanea per l'accoglienza dei profughi ucraini nell'Unione europea*, in *Eurojus*, 14 marzo 2022.

¹⁴ Comunicazione 2022/C 126 I/01 della Commissione relativa agli orientamenti operativi per l'attuazione della decisione di esecuzione (UE) 2022/382 del Consiglio 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, G.U. 21.03.2022.

poranea». Al considerando (12) il Consiglio sottolinea che la scelta è una «decisione che spetta a ciascuno Stato membro». Sebbene la Commissaria Ylva Johansson abbia parlato di “little adjustments”, la censura operata dal Consiglio rispetto la proposta iniziale della Commissione è evidente. Quest’ultima prevedeva infatti che «il requisito dell’impossibilità di ritornare in condizioni sicure e stabili nel loro paese o regione di origine *non si applica* ai cittadini di paesi terzi o agli apolidi che soggiornano legalmente in Ucraina *da lungo periodo*». Nella decisione adottata, invece, l’impossibilità di ritorno nel proprio “paese d’origine” o “regione d’origine”¹⁵ diventa condizione imprescindibile, indipendentemente dalla durata della permanenza in Ucraina. Non è chiaro come gli Stati Membri dovranno accertare tale impossibilità di ritorno, ma è certo che l’introduzione di tale condizionalità priva la protezione temporanea della sua funzione *immediata* di “protezione di gruppo”: la valutazione non potrà che basarsi su una analisi personalizzata, svolta da autorità competenti, diverse da quelle di polizia. A coloro che «*soggiornavano legalmente in Ucraina e che non possono ritornare in condizioni sicure e stabili nel proprio paese o regione di origine*» gli Stati membri possono scegliere – con ampissima discrezionalità– di applicare la direttiva, riconoscere una diversa forma di protezione, o nessuna. Il considerando (13) sottolinea che «tali persone potrebbero comprendere i cittadini di paesi terzi che si trovavano in Ucraina per un breve periodo per motivi di studio o di lavoro», le quali «dovrebbero comunque essere ammesse nell’Unione per motivi umanitari senza richiedere loro, in particolare, il possesso di un visto in corso di validità, di mezzi di sussistenza sufficienti o di documenti di viaggio validi, onde garantire loro un passaggio sicuro al fine del ritorno nel paese o nella regione di origine». Inoltre, negli orientamenti operativi per la gestione delle frontiere esterne al fine di agevolare l’attraversamento delle frontiere UE-Ucraina,¹⁶ la Commissione suggerisce che i criteri abituali per l’ingresso attraverso le frontiere esterne potrebbero essere derogati per chiunque fuga dal conflitto, affermando che «gli Stati membri dovrebbero garantire che i cittadini di paesi terzi non ucraini, diversi da quelli che rientrano nel campo di applica-

¹⁵ Sull’uso dei due termini si vedano S. PEERS, *Temporary Protection for Ukrainians in the EU? Q and A*, in *EU Law Analysis*, 27 febbraio 2022, e G. MORGESE, *L’attivazione della protezione temporanea per gli sfollati provenienti dall’Ucraina: Old but Gold?*, in *Blog AISDUE*, 9 marzo 2022.

¹⁶ Comunicazione 2022/C 104 I/01 della Commissione, Orientamenti operativi per la gestione delle frontiere esterne al fine di agevolare l’attraversamento delle frontiere UE-Ucraina, G.U. 4.03.2022.

zione della direttiva sulla protezione temporanea o che hanno il diritto di rimanere nell'Unione sulla base di altri motivi, transitino nei loro paesi di origine o di residenza abituale dopo l'ingresso». Questo aspetto è particolarmente importante alla luce delle accuse mosse alle autorità polacche di “*racial profiling*” nei confronti dei cittadini africani che hanno cercato di lasciare l'Ucraina.¹⁷

4. *Possibili ostacoli all'applicazione della direttiva negli Stati Membri*

A seguito della decisione del Consiglio, gli Stati membri – eccetto la Danimarca, che non è da essa vincolata, né è soggetta alla sua applicazione¹⁸, la quale ha però predisposto o un apposito testo legislativo per regolare, a livello nazionale, la posizione dei profughi dall'Ucraina – sono chiamati a rendere esecutiva nei propri ordinamenti nazionali la direttiva.¹⁹ Questa garantisce diritti armonizzati per i beneficiari, tra cui un permesso di soggiorno; accesso al lavoro e all'istruzione per i minori; alla procedura di asilo; al ricongiungimento familiare; e dispone l'esclusione per reati gravi o minaccia alla sicurezza. Alcuni Stati, come Austria, Finlandia, Malta e Slovenia, necessitano procedure ad hoc al fine di recepire la decisione nel sistema di diritto nazionale, rischiando di ritardarne l'operatività. Anche in Italia, secondo il D.lgs. 85/2003²⁰ che recepisce la direttiva 2001/55/CE, il Presidente del Consiglio dei ministri adotta un decreto ministeriale in cui specifica gli aspetti del regime di protezione temporanea. A due settimane dalla decisione del Consiglio tale decreto non era stato ancora pubblicato. Tuttavia, l'ostacolo principale appare essere il funzionamento in concreto del meccanismo di solidarietà basato sulla “doppia volontà”. L'Odysseus Network ha condotto nel 2017

¹⁷ Time, *They Called Ukraine Home. But They Faced Violence and Racism When They Tried to Flee*, 1 marzo 2022, ALJAZEERA, *More African students decry racism at Ukrainian borders*, 2 marzo 2022.

¹⁸ TUE, Protocollo (N. 22) sulla posizione della Danimarca.

¹⁹ Per ulteriori riflessioni si veda J. SCHULTZ, SENIOR, K. A. DRANGLAND, M. KARLSEN, J. KIENAST, N. FEITH TAN, J. VEDSTED-HANSEN, *Collective protection as a short-term solution: European responses to the protection needs of refugees from the war in Ukraine*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 8 marzo 2022.

²⁰ Decreto Legislativo 7 aprile 2003, n. 85, Attuazione della direttiva 2001/55/CE relativa alla concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati ed alla cooperazione in ambito comunitario, GU Serie Generale n.93 del 22-04-2003.

uno studio sulla ricezione della Direttiva sulla protezione temporanea da parte degli Stati membri,²¹ che evidenzia come in alcuni Stati membri – ad esempio Austria e Lituania – i beneficiari non avrebbero diritto al ricongiungimento familiare, e in altri – come Repubblica Ceca, Finlandia, Francia, Italia, Lituania, Portogallo, Repubblica Slovacca, Slovenia – è più probabile che siano esclusi dalla protezione a seguito di un'estensione dei motivi di esclusione nella legislazione nazionale. Ancora, differenze potrebbero sorgere in merito all'attuazione sul piano nazionale delle opinabili disposizioni relative alla possibilità di differimento dell'esame dell'eventuale domanda di protezione internazionale fino al termine della protezione temporanea, con il rischio ulteriore che alcuni Stati – come l'Italia – le possano recepire in modo non pienamente conforme alla direttiva. È evidente che tale difformità di trattamento possa indurre i cittadini in fuga dall'Ucraina a privilegiare alcuni Stati ad altri, riproponendo il problema dell'equilibrio degli sforzi richiesto agli Stati membri, e la conseguente esigenza di attivazione del meccanismo correttivo di solidarietà previsto dalla direttiva.

5. *Il meccanismo di solidarietà previsto dalla direttiva*

La riluttanza finora manifestata da alcuni stati membri ad attivare il meccanismo della direttiva 2001/55 è stata determinata dall'interpretare la sua applicazione come un passo verso un “*mandatory relocation system*”. Dalla lettura della direttiva, il riconoscimento della protezione temporanea pare immediato, a fronte della presentazione alle autorità dello Stato membro della cui protezione si intende avvalersi. La questione su come e quando gli individui si qualificano beneficiari della protezione temporanea, diventa cruciale nel valutare il funzionamento dei movimenti secondari e gli effetti a lungo termine del meccanismo di *burden-sharing* tra gli Stati membri.²² La direttiva istituisce, infatti, un meccanismo di solidarietà tra gli Stati membri, che si estrinseca finanziariamente, con l'attivazione del Fondo europeo per i rifugiati (art. 24) e “materialmente”, con i trasferimenti tra Stati membri dei beneficiari di protezione, qualora lo Stato membro di accoglienza sia gravato

²¹ ODYSSEUS NETWORK, *Uno studio sulla ricezione della Direttiva sulla protezione temporanea da parte degli Stati membri*.

²² Sul punto si veda D. THYM, *Temporary Protection for Ukrainians: the Unexpected Renaissance of 'Free Choice'*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, in *Eumigrationblog*, 7 marzo 2022.

da un'eccessiva pressione a causa dell'alto numero di sfollati presenti sul proprio territorio (art. 26). Si tratta di un sistema di *relocation* a “doppia volontà”: quella degli Stati che si rendono volontariamente disponibili e quella dell'individuo che manifesta la volontà di essere accolto nel loro territorio. Ai sensi dell'art. 25 della direttiva, gli Stati «indicano la loro capacità d'accoglienza in termini numerici o generali. Queste indicazioni sono inserite nella decisione del Consiglio». L'assenza nella decisione del Consiglio di qualsivoglia determinazione in tal senso è un indicatore importante di come alcuni Stati membri persistano nel rifiutare questa forma di solidarietà. La decisione del Consiglio (art. 3 co. 2) si limita a prevedere che «la Commissione coordina la cooperazione e lo scambio di informazioni tra gli Stati membri, in particolare per quanto riguarda *il monitoraggio delle capacità di accoglienza* di ciascuno Stato membro e l'individuazione di *eventuali necessità di ulteriore sostegno*».

6. Conclusioni

L'adozione della decisione di esecuzione 2022/382, costituisce una storica ed inedita apertura all'attuazione del principio di *burden-sharing* in materia di immigrazione e asilo. Senza dubbio, data l'approvazione all'unanimità, offre prova della convergenza di intenti degli Stati membri. Tuttavia, come già il precedente paragrafo lascia intuire, sarebbe superficiale vedervi la nascita di un incondizionato e rinnovato spirito di solidarietà in ambito migratorio. Sembra piuttosto trovarsi di fronte ad una sorta di “inevitabilità” dell'adozione della decisione.²³ Nei precedenti casi in cui gli Stati hanno espressamente invocato l'utilizzo della direttiva, l'Unione si è infatti avvalsa della collaborazione di paesi terzo “cuscinetto”²⁴ e di politiche di “contenimento” via mare²⁵ come risposta all'afflusso massiccio. Tale prospettiva non è immaginabile nel caso degli sfollati dall'Ucraina, dal momento che il maggior numero di questi, essendo cittadini ucraini e beneficiando di un ingresso nell'Unione in esenzione dai visti di breve durata,²⁶ entra direttamente negli

²³ Sul punto si vedano le riflessioni di M. PEDRAZZI, *L'aggressione russa all'Ucraina, l'Europa e la comunità internazionale*, in *Eurojus*, 14 marzo 2022.

²⁴ Si veda lo EU-Turkey Statement del 18 marzo 2016.

²⁵ Sul punto C. CAFFIO, *Corsi e Ricorsi Della Politica Italiana Di Contrasto All'immigrazione Irregolare via Mare* in *Rivista Di Studi Politici Internazionali*, n. 4/2017, pp. 513-30.

²⁶ Ai sensi del Regolamento (UE) 2018/1806 del Parlamento europeo e del Consiglio, del

Stati membri con cui l'Ucraina confina. Questi Stati, che oggi stanno sostenendo gli sforzi maggiori, erano quelli storicamente più restii ad attuare meccanismi di solidarietà.²⁷ Sono anche tra gli Stati con i sistemi d'asilo più deboli dell'Unione, tale per cui non era plausibile potessero processare tempestivamente l'esame individuale di milioni di domande di asilo.²⁸ Sembra che i contorni dell'accordo politico alla base della decisione siano delineati da tale "inevitabilità", e il consenso degli Stati non sia andato oltre questa. Per la prima volta dall'adozione delle convenzioni originali di Schengen e Dublino dei primi anni Novanta, gli Stati membri provano a rinunciare al paradigma di una giurisdizione stabile e predeterminata e si pongono spettatori delle possibili conseguenze. Invero, oltre a non fornire indicazione su quando esattamente gli sfollati si qualifichino beneficiari della protezione, e sulla loro capacità d'accoglienza, in un allegato alla decisione (considerando 15), gli Stati membri hanno convenuto di non utilizzare l'opzione di riammissione di una persona in un Paese dove gode di protezione temporanea, in caso di movimenti secondari. In conclusione, la decisione permette ai cittadini ucraini dotati di passaporto biometrico e ai cittadini di altri paesi terzi esenti dall'obbligo del visto per soggiorni di breve durata di muoversi liberamente per 90 giorni su 180 per lo spazio Schengen e scegliere la loro destinazione, e a tutti coloro che godranno della protezione temporanea il diritto di viaggiare in Stati membri diversi da quello che ha rilasciato il titolo di soggiorno per 90 giorni su 180, dando vita a movimenti secondari non sanzionabili. Una novità assoluta che ridefinisce il concetto di solidarietà, riconoscendo la scelta e le attitudini del singolo come elementi degni di valutazione nella definizione di politiche migratorie. Riconoscimento di dignità della scelta negato, in tutti questi anni, agli esuli non provenienti dal nostro continente. Questa novità si presenta, però, come un'arma a doppio taglio per le

14 novembre 2018, che adotta l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo, OJ L 303, 28.11.2018, pp. 39-58.

²⁷ Si veda CGUE, sentenza del 2 aprile 2020, Commissione europea / Repubblica di Polonia, Commissione / Ungheria, Commissione / Repubblica ceca, Cause riunite C-715/17, C-718/17 e C-719/17, EU:C: 2020/C 222/03. Per approfondire, I. GOLDNER LANG, *No Solidarity without Loyalty: Why Do Member States Violate EU Migration and Asylum Law and What Can Be Done?*, in *European Journal of Migration and Law*, n.1/2020, pp. 39-59.

²⁸ Si vedano in proposito le considerazioni di M. INELI-CIGER, *5 Reasons Why: Understanding the reasons behind the activation of the Temporary Protection Directive in 2022*, in *Eumigrationblog*.

future scelte dell'Unione europea in materia migratoria. Se l'esperimento si rivelasse funzionante, potrebbe essere d'impulso a generare consenso su meccanismi di solidarietà strutturale che mettano al centro le esigenze dell'individuo, permettendo di replicare il meccanismo nel sistema di protezione e di accoglienza, che – per tutti coloro in fuga da persecuzioni e conflitti che non si verificano ai confini dell'Unione – rimane inadeguato. Diversamente, questa esperienza potrebbe chiudere le porte ad ogni possibilità di solidarietà migratoria all'interno dell'Unione.

UCRAINI/E IN FUGA PRIMA DELL'INVASIONE RUSSA:
STATUS DI RIFUGIATO *SUR PLACE* O PROTEZIONE SUSSIDIARIA?

Chiara Scissa*

SOMMARIO: 1. La decisione di diniego di protezione internazionale della Commissione Territoriale. – 2. L'accoglimento del ricorso da parte del Tribunale di Genova e il rilascio di protezione sussidiaria. – 3. Il ruolo della Convenzione di Ginevra in caso di conflitto armato. – 4. Ucraini/e in fuga prima dello scoppio del conflitto: status di rifugiato *sur place* o protezione sussidiaria?

1. *La decisione di diniego di protezione internazionale della Commissione Territoriale*

Con decisione emessa il 19 settembre 2019 e notificata il 14 novembre dello stesso anno, la Commissione territoriale di Torino – Sezione di Genova ha rigettato la richiesta di protezione internazionale e, in subordine, di protezione speciale presentata da una cittadina ucraina, giunta in Italia nel 2016.¹ In sede di audizione, la ricorrente aveva dichiarato di essere fuggita dal suo Paese per ragioni economiche, in quanto il suo stipendio come dipendente dell'aeroporto di Odessa non era sufficiente al sostentamento familiare (suo e del figlio). La crisi economica accorsa nel 2013/2014 avrebbe ulteriormente aggravato la sua condizione, spingendola a lasciare l'Ucraina in cerca di opportunità lavorative migliori. Il figlio era rimasto a Odessa, cresciuto dai genitori della ricorrente. La Commissione territoriale competente ha pertanto ritenuto insussistenti i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale, in assenza di un elemento persecutorio o di danno grave, e della protezione speciale.

2. *L'accoglimento del ricorso da parte del Tribunale di Genova e il rilascio di protezione sussidiaria*

Nel marzo 2022, il pubblico ministero proponeva un ricorso avverso la

* Dottoranda in Diritto presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

¹ Trib. Genova, Sez. XI, decreto del 22 aprile 2022.

decisione di diniego della Commissione territoriale interveniva per richiedere il rilascio della protezione sussidiaria, non in quanto ritenesse il giudizio della Commissione fallace in qualche sua parte, ma in quanto il in virtù del drastico peggioramento delle condizioni di sicurezza in Ucraina, a partire dal 24 febbraio 2022, che giustificava un riesame della domanda di protezione internazionale della ricorrente. Il difensore riteneva che lo scoppio e il perdurare del conflitto armato tra Federazione Russa e Ucraina giustificassero a pieno titolo la concessione della protezione sussidiaria ex art. 14 lett. c) d. lgs. 251/2007. L'eventuale rimpatrio in un contesto di violenza indiscriminata in situazione di conflitto armato internazionale come quello ucraino avrebbe infatti determinato un grave rischio di minaccia grave e individuale alla vita della ricorrente.

Il Tribunale di Genova, investito del ricorso, ha effettuato un'analisi accurata di un elevato numero di fonti curate da organizzazioni internazionali, come UNHCR, IOM e OHCHR, nonché di istituzioni europee e istituti di ricerca italiani e internazionali, al fine di accertare l'esistenza di un serio e concreto pericolo di danno grave in caso di rimpatrio in Ucraina. L'esame condotto ha permesso di determinare con certezza l'altissimo grado di insicurezza capillare e diffusa in tutto il Paese tale da esporre la popolazione civile a serio e concreto rischio di subire un danno grave alla vita per il solo fatto di trovarsi in detto territorio. Il Tribunale, tenendo altresì conto dell'art. 4 d.lgs. 251/2007, che dispone che «la domanda di protezione internazionale può essere motivata da avvenimenti verificatisi dopo la partenza del richiedente dal suo Paese di origine», ha ritenuto sussistenti i presupposti per il rilascio della protezione sussidiaria.

3. *Il ruolo della Convenzione di Ginevra in caso di conflitto armato*

Ai sensi dell'art. 15 della c.d. Direttiva Qualifiche (Direttiva 2011/95/EU), l'accertamento dell'esistenza di un "danno grave" a cui il richiedente potrebbe essere esposto nel Paese di origine è condizione essenziale ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria.² Il danno grave può correlarsi ad una situazione di violenza generalizzata concretizzatisi nell'ambito di conflitto armato interno o internazionale. Tuttavia, questa stessa circostanza non esclude l'applicazione della Convenzione di Ginevra

² Sul punto si veda, *inter alia*, S. ALBANO, *La protezione sussidiaria tra minaccia individuale e pericolo generalizzato*, in *Questione Giustizia*, 2018.

sullo Statuto dei Rifugiati del 1951 e del relativo Protocollo di New York del 1967. Anzitutto, una guerra può certamente essere causata, in tutto o in parte, da questioni di odio o discriminazione per razza, nazionalità, religione, opinioni politiche o appartenenza a un determinato gruppo sociale, in cui è possibile rinvenire il nesso causale con uno o più dei motivi di persecuzione ai sensi della Convenzione. Inoltre, nelle sue Linee Guida in materia di Protezione Internazionale No. 12 relative a domande di asilo legate a situazioni di conflitto armato e violenza, l'UNHCR osserva che, in un contesto di conflitto armato, anche azioni militari a prima vista indiscriminate possono in realtà celare scopi persecutori di specifici individui, ad esempio sostenitori di un governo parte del conflitto, o di intere comunità.³ UNHCR precisa che l'esposizione e il danno arrecato da alcune azioni militari – ad esempio bombardamenti aerei, mine, munizioni a grappolo e armi chimiche, privazione sistematica di cibo, acqua, elettricità e cure mediche - può costituire una forma di persecuzione ai sensi della Convenzione. A questo proposito, le Linee Guida sottolineano che «il fatto che molti o tutti i membri di un particolare gruppo siano a rischio non inficia la validità dell'istanza di un particolare individuo. Il termine di valutazione è la fondatezza del timore di persecuzione di un individuo». Come notato da Viviani, il fatto che il conflitto comporti un generale rischio per la vita di un'intera comunità non indebolisce, bensì rafforza la fondatezza del timore del singolo di essere sottoposto a persecuzione.⁴

La Direttiva Qualifiche specifica che «Il timore fondato di essere perseguitato o il rischio effettivo di subire un danno grave può essere basato su avvenimenti verificatisi dopo la partenza del richiedente dal suo paese di origine», dando origine ai (cd. rifugiati *sur place*). Ad esempio, tale timore «può essere basato su attività svolte dal richiedente dopo la sua partenza dal paese d'origine, in particolare quando sia accertato che le attività addotte co-

³ UNHCR, *Linee Guida in materia di Protezione Internazionale No. 12 relative a domande di asilo legate a situazioni di conflitto armato e violenza*, 2 dicembre 2016. Si veda altresì UNHCR, *Safe at last. Law and practice in selected EU Member States with respect to asylum-seekers fleeing indiscriminate violence*, 2011.

⁴ R. VIVIANI, *L'applicazione della convenzione di Ginevra del 1951 a situazioni di conflitto armato e violenza*, in *Questione Giustizia*, 22 aprile 2022. Si veda, inoltre, V. HOLZER, *The 1951 refugee convention and the protection of people fleeing armed conflict and other situations of violence*. UNHCR, September 2012; W. KÄLIN, *Refugees and Civil Wars: Only a Matter of Interpretation?*, in *International Journal of Refugee Law*, Volume 3, Issue 3, July 1991, pp. 435-451.

stituiscono l'espressione e la continuazione di convinzioni od orientamenti già manifestati nel paese d'origine» (art. 5). Sul punto, le Linee Guida No. 12 fanno riferimento ad ulteriori eventi, ad esempio lo scoppio di una guerra, l'intensificarsi di una situazione di conflitto armato preesistente ma latente o l'aver espresso obiezioni o preso posizione contro la situazione di conflitto armato (para. 31). L'attuale conflitto si inserisce perfettamente all'interno di questo scenario in cui il bisogno di protezione di cittadini/e ucraini/e da tempo residenti in Unione Europea per motivi, inter alia, di lavoro o studio è inevitabilmente legato all'inizio del conflitto.

4. *Ucraini/e in fuga prima dello scoppio del conflitto: status di rifugiato sur place o protezione sussidiaria?*

La Convenzione di Ginevra avrebbe potuto trovare applicazione nel caso della ricorrente ucraina al centro della precedente analisi? A tal fine, è importante far luce su alcuni elementi di peculiarità della vicenda. Innanzitutto, dal decreto emanato dal Tribunale di Genova si evince che il padre della ricorrente è deceduto per motivi di salute e che la madre è gravemente malata e sola nella città di Odessa, la cui conquista gioca un ruolo centrale nella strategia militare russa.⁵ A inizio maggio 2022, il porto di Odessa, cruciale per rifornimenti e collegamenti nel Mar Nero, e altre strutture civili sono state gravemente colpite da attacchi missilistici russi, provocando la morte di numerosi civili.⁶ Come spiegato da UNHCR, attacchi ad intere popolazioni situate in specifiche zone geografiche durante un conflitto possono raggiungere la soglia di persecuzione. Inoltre, il figlio della ricorrente è al momento arruolato nell'esercito ucraino. A tal proposito, le Linee Guida di UNHCR sottolineano che l'affiliazione, specialmente se militare, ad uno degli opposti schieramenti in gioco, «può essere interpretata in senso ampio – estendendosi a certi gruppi di persone, tra cui familiari dei combattenti» che possono pertanto essere oggetto di ritorsioni violente nel caso in cui il familiare arruolatosi nell'esercito venga intercettato, individuato o catturato dalle fazioni militari opposte (para 33).

Infine, innumerevoli sono le denunce di stupro e violenza sessuale com-

⁵ Per una ricognizione, si veda G. TERRANOVA, *La crisi umanitaria ucraina tra geopolitica e nuove frontiere dell'asilo*, in *ADiM Blog, Editoriale*, marzo 2022.

⁶ NBC NEWS, *Missiles hit Odesa as Zelenskyy warns of threat to global food supply*, 11 May 2022.

messe dall'esercito russo contro la popolazione ucraina, specialmente contro donne e ragazze.⁷ Come illustrato da Giammarinaro, il fatto che la componente femminile sia particolarmente a rischio di violenza e abusi non è certo perché le donne «siano un gruppo ontologicamente debole o vulnerabile, ma perché, occupando una posizione subordinata nelle gerarchie di potere, in molti Paesi hanno un limitato accesso alle risorse sia economiche sia culturali, e sono colpite da varie forme di violenza di genere, tra cui la violenza domestica e sessuale, che può indurle a emigrare in condizioni di insicurezza».⁸ Secondo UNHCR, questi crimini sono spesso perpetrati come parte della strategia militare al fine di sopraffare ed indebolire l'avversario, attraverso la vittimizzazione dei civili (para 26). Pertanto, questi elementi in certi casi qualificabili come persecutori debbono trovare debita considerazione nella valutazione del bisogno di protezione internazionale di ricorrenti provenienti dall'Ucraina, sia che siano fuggiti a causa della guerra o precedentemente a questa.

In conclusione, la protezione sussidiaria costituisce sicuramente uno status idoneo per le persone in fuga da un conflitto armato interno o internazionale. Tuttavia, ciò non dovrebbe esentare le autorità competenti alla determinazione del bisogno di protezione internazionale dalla valutazione in primis dello status di rifugiato, che, come abbiamo visto, ben si può applicare anche in tali contesti. Ciò per molteplici motivazioni sostanziali e procedurali. Innanzitutto, come stabilito dall'art. 2 lett. f) della Direttiva Qualifiche, la protezione sussidiaria si applica solamente qualora non vi siano i presupposti per lo status di rifugiato. Pertanto, le autorità nazionali sono chiamate a determinare il bisogno di protezione internazionale del/della richiedente partendo dallo status di rifugiato per poi, in subordine, valutare il bisogno di protezione sussidiaria. Saltare questo passaggio significherebbe non soltanto attuare un'applicazione non conforme della Direttiva Qualifiche, ma venir altresì meno a un precetto fondamentale del diritto europeo di asilo, ossia quello di offrire uno status appropriato ad ogni cittadino di stato terzo che necessita di protezione internazionale (art. 78 TFUE). Infatti, se è vero che ogni individuo presente in Ucraina si trova oggi in grave pericolo, è tuttavia indubbio che certe persone siano esposte ad aggiuntivi fattori di minaccia, per esempio correlati al luogo di nascita/residenza, al proprio genere o a

⁷ UNITED NATIONS, *Sexual Violence 'Most Hidden Crime' Being Committed against Ukrainians, Civil Society Representative Tells Security Council*, 6 June 2022.

⁸ M.G. GIAMMARINARO, *Violenza sessuale e tratta in relazione all'invasione dell'Ucraina*, in *Questione Giustizia*, 12 aprile 2022.

specifiche condizioni familiari che possono sostanziare uno specifico bisogno di protezione internazionale, ossia quello per fondato timore di persecuzione, per cui il diritto internazionale ed europeo hanno previsto un apposito status. Infine, la Direttiva Qualifiche stabilisce una differente durata del permesso di soggiorno per i due status di protezione internazionale (almeno tre anni per lo status di rifugiato vs. almeno un anno per la protezione sussidiaria) che, seppur non recepita a livello nazionale, contribuisce a chiarire il preminente ruolo accordato dal diritto UE allo status di rifugiato nel fornire maggiori garanzie di permanenza sul territorio europeo.

LA CRISI UMANITARIA UCRAINA TRA GEOPOLITICA E NUOVE FRONTIERE DELL'ASILO

Giuseppe Terranova*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Un'emergenza senza precedenti? – 3. Effetto Ucraina sul sistema internazionale dell'asilo?

1. *Introduzione*

Nell'evoluzione del sistema internazionale dell'asilo, ci sarà un prima e un dopo l'invasione russa dell'Ucraina? È la domanda che viene da porsi osservando i tanti *senza precedenti* che si registrano nella gestione della più colossale emergenza umanitaria e geopolitica¹ che l'Europa abbia mai conosciuto dal Secondo dopoguerra². A poco più di un mese dall'inizio del conflitto, il 25% dei 44 milioni di abitanti dell'Ucraina è stato costretto a lasciare la propria casa. È una cifra superiore alla somma di quelle rilevate negli otto anni di conflitti balcanici (dalla Bosnia al Kosovo). Si tratta di oltre 11 milioni di persone suddivise in due grandi categorie.

Una parte, 6,5 milioni³, ha trovato una qualche forma di protezione dentro i confini ucraini e rappresenta oggi il 12% degli sfollati interni nel mondo. Sono secondi soltanto ai siriani (6,6 milioni)⁴ che, però, hanno raggiunto tale amaro record dopo oltre dieci anni di guerra civile.

Agli sfollati interni, si aggiungono oltre 3,8 milioni di ucraini, per lo più donne e bambini, rifugiati all'estero. La maggioranza si trova nei Paesi limitrofi: Polonia (2,7 milioni), Romania (563 mila), Moldavia (375 mila), Ungheria (330 mila), Slovacchia (261 mila). Ma sono in netto aumento gli arrivi nel resto d'Europa. L'Italia, ad esempio, ne ha accolti più di 72 mila.

* Docente a contratto di Geografia Politica ed Economica, Università degli Studi della Tuscia.

¹ J. AGNEW, *Hidden Geopolitics, Governance in a globalized world*, Lanham, 2023.

² F. FUKYAMA, *A country of their own. Liberalism needs the nation*, in *Foreign Affairs*, May/June 2022.

³ IOM, *Almost 6.5 million people internally displaced in Ukraine*, 21 March 2022.

⁴ IDMC, *2021 Internal displacement*, 2021.

2. *Un'emergenza senza precedenti?*

Pochi credevano nello scoppio di una guerra nell'Europa del Terzo Millennio, assai meno immaginavano una reazione unitaria e innovativa dell'UE alla crisi umanitaria che essa sta producendo. Nella gestione delle emergenze lungo la frontiera mediterranea, avevamo conosciuto un'Unione Europea impregnata di egoismi e contrapposizioni nazionali. Con gli Stati membri impegnati a dividersi sull'interpretazione e l'applicazione della normativa europea (es. la Convenzione di Dublino) ed internazionale (es. la Convenzione di Ginevra del 1951) fino al punto da congestionare il sistema di accoglienza dei richiedenti asilo⁵. In questo scenario, l'UE assomigliava all'immagine di uno specchio in frantumi che l'invasione russa dell'Ucraina sembra d'un tratto aver ricomposto. Non sappiamo fino a quando. Difficile prevedere se si tratti di una parentesi o dell'inizio di un nuovo corso. Di certo assistiamo a un complesso di iniziative senza precedenti.

Domenica 27 febbraio, 72 ore dopo l'inizio dell'invasione russa in Ucraina, al Consiglio straordinario Giustizia e Affari Interni ha trovato ampio consenso la proposta di applicare, per la prima volta nella storia, la direttiva 2001/55/CE⁶ sulla protezione temporanea. È uno strumento giuridico introdotto a causa del conflitto di fine anni Novanta nei Balcani, finora mai attivato, che nell'ordinamento italiano è stato recepito con il d.lgs. 85 del 2003⁷. La direttiva 2001/55/CE è stata attuata con la decisione del Consiglio europeo del 4 marzo⁸ e in Italia con il DPCM del 29 marzo, adottato ai sensi dell'art.20 del Testo Unico sull'immigrazione⁹.

La direttiva dispone, esclusivamente nei casi di *afflusso massiccio di sfollati*, per non sovraccaricare il sistema di asilo europeo, la possibilità di concedere una protezione temporanea semestrale prorogabile fino a due anni. Rispetto alle procedure previste per ottenere lo status di rifugiato ai sensi

⁵ F.L. GATTA, M. SAVINO, *La guerra in Ucraina: verso una nuova crisi dei rifugiati?*, in *ADiM Blog, Editoriale*, febbraio 2022.

⁶ Consiglio dell'Unione Europea, *Direttiva 2001/55/CE del Consiglio* 20 luglio 2001, Gazzetta ufficiale delle comunità europee, 7 agosto 2001.

⁷ Parlamento italiano, *Decreto legislativo 7 aprile 2003 n. 85*, in Gazzetta ufficiale n.93, 22 aprile 2003.

⁸ The Council of the European Union, *Council implementing decision (EU) 2022/382*, Official Journal of the European Union, 4 March 2022.

⁹ Parlamento italiano, *Decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286*, in Gazzetta ufficiale n.191, 18 agosto 1998.

della Convenzione di Ginevra del 1951, l'ottenimento della protezione temporanea è immediato, non richiede che le singole domande vengano valutate dalle autorità nazionali preposte. È sufficiente un documento che attesti la nazionalità di origine. I beneficiari, nel caso in questione gli ucraini, potranno comunque richiedere lo status di rifugiato o altre forme di protezione internazionale.

La direttiva 2001/55/CE con l'immediato accesso alla protezione temporanea riconosce, tra le altre possibilità, quella di esercitare nei Paesi ospitanti attività di lavoro subordinato o autonomo. È un ulteriore fondamentale elemento di novità rispetto al recente passato. La letteratura scientifica internazionale¹⁰ ha, infatti, ampiamente documentato che a differenza degli immigrati economici, i rifugiati e i richiedenti asilo sono spesso penalizzati da limitazioni normative nazionali che ne ostacolano la partecipazione al mercato del lavoro¹¹. Si stima, ad esempio, che nell'UE, a parità di competenze, il rischio disoccupazione per i rifugiati sia superiore del 22% rispetto agli immigrati economici¹². E più è lungo il loro periodo di disoccupazione, minore sarà la probabilità di trovare un impiego, soprattutto aderente alle rispettive competenze professionali, che nell'attesa si deteriorano¹³.

Gli sfollati ucraini potrebbero rappresentare, se non l'inizio di un nuovo corso, quanto meno l'eccezione a questa regola prevalente nella storia recente del rapporto tra immigrazione umanitaria e mercato del lavoro. Merito della direttiva 2001/55/CE ed anche di alcuni specifici fattori geopolitici e geoeconomici.

Gli sfollati ucraini possono circolare liberamente nello spazio europeo e stabilirsi nei Paesi UE che più rispondono alle loro esigenze personali e professionali. A differenza dei richiedenti asilo, non sono vincolati, come previsto dal Regolamento di Dublino, a rimanere nello Stato di primo approdo nell'attesa di ricevere una risposta alla propria domanda di protezione.

I Paesi limitrofi alla zona di conflitto sono in crescita economica e registrano un'elevata domanda di manodopera straniera. La Polonia, che oggi

¹⁰ S. AIYAR ET AL., *The refugee surge in Europe: economic challenges*, in *International Monetary Fund Discussion Note*, January 2016, pp. 1 - 50.

¹¹ R.M. BALLATORE ET AL., *I rifugiati e i richiedenti asilo in Italia, nel confronto europeo*, in *Questioni di Economia e Finanza – Banca d'Italia*, n.377, aprile 2017, pp. 1 - 38.

¹² T. FRATTINI, L. MINALE, F. FASANI, *The struggle for refugee integration into the labour market: evidence from Europe*, in *CEPR*, 9 April 2018.

¹³ M MARBACH ET AL., *The long-term impact of employment bans on the economic integration of refugees*, in *Science Advances*, n. 4/2018, pp. 1 - 6.

ospita il più alto numero di sfollati ucraini, ha un tasso di disoccupazione del 2,9%, al di sotto della media dell'Unione Europea. Secondo l'*International Migration Outlook 2020*¹⁴, negli ultimi anni l'economia polacca ha attirato, rispetto ai partner UE, il maggior numero di immigrati economici, molti dalla vicina Ucraina.

Gli sfollati ucraini possono, inoltre, fare affidamento alla diaspora dei loro connazionali in Europa, ma anche nel resto del mondo. Dopo la Polonia, è, ad esempio, il Canada ad ospitare la più numerosa comunità di ucraini (1,3 milioni) su scala globale, seguono Stati Uniti (1 milione), Brasile (900 mila), Germania (300 mila), Italia (235 mila). Questo diffuso e radicato network transnazionale di ucraini ha favorito il movimento spontaneo degli sfollati nei Paesi in cui hanno potuto contare sull'ospitalità di parenti e amici, che di certo faranno la loro parte per favorirne l'inserimento scolastico e lavorativo. È una vera e propria *ridistribuzione naturale* degli sfollati, come l'ha definita l'Alto Commissario dell'UNHCR Filippo Grandi. La diaspora ucraina nel mondo ha già dimostrato di essere solidale con i propri connazionali all'indomani dell'invasione russa della Crimea nel 2014. All'epoca centinaia di migliaia di sfollati ucraini cercarono rifugio all'estero. Come ha notato Hanne Beirens¹⁵ del Migration Policy Institute di Washington, dopo l'annessione russa della Crimea, molti ucraini sono emigrati altrove, ma meno di 35 mila hanno fatto domanda d'asilo nel Paese ospitante. La netta maggioranza non ha chiesto lo status rifugiato, sia perché la rete dei conoscenti si è preoccupata di sponsorizzare la loro integrazione, sia per la loro capacità di integrarsi nel mercato del lavoro.

La popolazione ucraina ha un alto livello di istruzione e formazione, con un'elevata specializzazione in settori strategici, dalla ricerca scientifica all'hi-tech. Il Paese vanta una fiorente comunità di start-up e software house. Sono ucraini leader globali nella realizzazione di videogame come la GSC Game World. Ed è nato a Kiev, anche se americano d'adozione, Jean Koum che, con Brian Acton, ha fondato *WhatsApp*. Sono anche questi fattori che potrebbero agevolare il processo di inserimento degli sfollati ucraini nel tessuto occupazionale dei Paesi ospitanti.

La gestione e l'accoglienza degli sfollati ucraini ha una potente valenza geopolitica globale. Non è solo una questione umanitaria europea. Riconoscere o negare loro ospitalità segna un *limes*, una chiara presa di posizione

¹⁴ OECD, *International Migration Outlook 2020*, Paris, 2020.

¹⁵ H. BEIRENS, *Is Europe prepared for a possible large-scale Ukrainian displacement crisis?*, in *Migration Policy Institute*, February 2022.

nello scacchiere internazionale che l'invasione russa dell'Ucraina sta ridisegnando. C'era questo messaggio dietro la citazione di Giovanni Paolo II, *non abbiate paura*, rivolto ai profughi ucraini dal Presidente degli Stati Uniti, Joe Biden, nel suo discorso del 26 marzo al Palazzo Reale di Varsavia. Le iniziative annunciate dal Presidente americano nel viaggio in Europa per rafforzare la sua leadership, sono cominciate con l'annuncio dell'apertura degli USA ad accettare centomila profughi ucraini e stanziare un miliardo di dollari all'UE per gestire l'emergenza umanitaria. Un gesto più che simbolico. Nel 2021 gli USA hanno accolto un totale di 11.400 rifugiati. È una inversione di tendenza rispetto alle crescenti restrizioni all'ingresso dei nuovi arrivati che gli USA hanno applicato dall'inizio del XXI secolo¹⁶, in particolare dagli attentati alle Torri Gemelle del 2001.

Il sia pur incompleto sopraccitato elenco di *senza precedenti* può rappresentare una buona notizia per gli sfollati ucraini. Sul medio-lungo periodo, questo potrebbe, tuttavia, non bastare a evitare divisioni e contrapposizioni tra i Paesi ospitanti, a discapito dei più fragili.

3. *Effetto Ucraina sul sistema internazionale dell'asilo?*

La direttiva 2001/55/CE ha introdotto novità rilevanti e senza precedenti, ma ha il limite di rimandare la protezione temporanea degli sfollati nell'UE al coordinamento tra gli Stati membri. I Paesi prossimi all'area di conflitto, come la Polonia, supportati dalla Germania, hanno già chiesto ai partner UE solidarietà e condivisione del numero dei nuovi arrivati. Si ritrovano, a parti inverse, nelle medesime condizioni di Grecia e Italia nel triennio 2014/2015/2016, quando la pressione migratoria era sulla frontiera mediterranea dell'Europa. Sappiamo com'è andata. Forse questa volta, vista l'onda emotiva della tragedia ucraina, si individueranno soluzioni pratiche condivise. Tuttavia, per far sì che la storia non si ripeta, sul lungo periodo sono consigliabili strumenti di *governance* globale che assegnino all'UNHCR nuovi strumenti decisionali e finanziari. Dagli studi internazionali in materia e dalle buone pratiche del passato promosse dalle Nazioni Unite, arrivano alcune indicazioni.

Nel 1997 la Commissione di massimi esperti internazionali di diritto e politiche d'asilo, presieduta dal Prof. James C. Hathaway¹⁷ dell'Università

¹⁶ J. AGNEW, *Hidden Geopolitics, Governance in a globalized world*, cit.

¹⁷ J. C. HATHAWAY, A. R. NEVE, *Making international refugee law relevant again: a pro-*

del Michigan, individuò i limiti del sistema globale di accoglienza dei rifugiati imperniato sulla Convenzione di Ginevra del 1951 e avanzò alcune possibili soluzioni. Emerse, in particolare, che nella gestione delle crisi umanitarie una delle maggiori criticità riguardava la mancanza di un meccanismo globale efficace che garantisse l'equa redistribuzione degli sfollati su scala internazionale. Si notò, come accade oggi nella gestione dell'emergenza ucraina, che in queste circostanze ci sono Stati chiamati ad accogliere troppi rifugiati perché limitrofi alla zona di conflitto e Stati che ne accolgono troppo pochi. Per superare questo limite, la Commissione Hathaway propose di elaborare un dispositivo di redistribuzione internazionale, attivabile, sotto l'egida dell'UNHCR, soprattutto nei casi di afflusso massiccio di sfollati. Questo strumento intendeva bilanciare lo squilibrio nella redistribuzione dei richiedenti protezione, istituendo *safe heavens* dove chiedere asilo in piena sicurezza. D'altronde, fin dai tempi antichi¹⁸, il termine asilo afferisce a un luogo specifico, sacro e inviolabile. Adibiti a questa funzione potevano essere i Paesi di primo asilo ma anche i campi profughi UNHCR in prossimità delle zone di guerra oppure *hub* internazionali riconosciuti come *porti sicuri umanitari* dove trovare assistenza e protezione nell'attesa di una redistribuzione organizzata dalle Nazioni Unite verso gli Stati che, in via preventiva e non mentre il conflitto è in corso, avevano dato la loro disponibilità ad accoglierne una parte. Una proposta che, negli anni, ha trovato il consenso anche da parte di esperti che non facevano parte della Commissione Hathaway, come ad esempio, Guy S. Goodwin-Gill e Michael S. Teitelbaum.

La soluzione avanzata dalla Commissione Hathaway si basava su un complesso di buone pratiche promosse dalle Nazioni Unite in passato: in particolare nel caso dei *boat people* vietnamiti. Nel 1976, la vittoria dei Vietcong e la ritirata dell'esercito USA causarono una gravissima emergenza profughi in Vietnam. Il governo di Hanoi unificò il Paese col nome di Repubblica socialista del Vietnam. Gli oppositori che riuscirono a sottrarsi ai *campi di rieducazione* cercarono rifugio all'estero. Vennero ribattezzati *boat people* e ospitati nei Paesi del Sudest asiatico. Con il loro numero, aumentò anche l'ostilità delle popolazioni degli Stati ospitanti. Uno scenario complicato dal fatto che nessuno dei Paesi di primo approdo della regione aveva aderito alla Convenzione di Ginevra del 1951 o al Protocollo del 1967. A fine giugno 1979, Filippine, Indonesia, Malaysia, Singapore e Thailandia avvertirono la comunità internazionale di

posal for collectivized and solution-oriented protection, in *Harvard Human Rights Journal*, n. 10/1997, pp. 115-211.

¹⁸ M. BEARD, *S.P.Q.R., a history of ancient Rome*, New York, 2016.

non volere più accettare nuovi arrivi. In risposta, il Segretario generale dell'Onu Kurt Waldheim convocò a Ginevra, in luglio, una conferenza internazionale sulla crisi umanitaria nel Sudest asiatico, cui aderirono 65 governi. Si stabilì una netta distinzione tra il luogo in cui valutare le domande di asilo e quello in cui accogliere gli aventi diritto. L'iniziativa consentì di evitare un'*escalation* della crisi sulla base del seguente schema: asilo temporaneo nella regione, in cambio della garanzia di un successivo reinsediamento permanente nei Paesi terzi. Il patto siglato sotto l'egida delle Nazioni Unite venne rispettato. I reinsediamenti, su scala internazionale, furono eseguiti senza soluzione di continuità fino alla metà degli anni Novanta.

Questa esperienza del passato, così come la proposta avanzata dalla Commissione Hathaway nel 1997 hanno trovato poco spazio nella gestione delle recenti crisi umanitarie. Oggi potrebbero tornare di attualità.

I milioni di sfollati ucraini si aggiungono agli 82,4 milioni (in maggioranza accolti da Paesi meno sviluppati) registrati dall'UNHCR nel 2020, mai così tanti dal Secondo dopoguerra. Sono cifre in costante aumento e i conflitti che li producono tendono, rispetto al passato, a prolungarsi nel tempo. La maggioranza dei rifugiati nel mondo rientra nella categoria dei *protracted*, cioè quelli costretti a vivere lontano da casa da almeno 5 o più anni. Secondo l'Overseas Development Institute (ODI) di Londra, tra il 1978 e il 2014, l'80% delle emergenze umanitarie si è risolta dopo 10 o più anni e solo 1 su 40 nell'arco di tre anni. Il conflitto in Somalia, ad esempio, va avanti da oltre trent'anni, quello in Siria da 11 anni. È, inoltre, maggiore la frequenza con cui si verificano nuove situazioni drammatiche o si riacutizzano crisi già in corso (es. Burundi, Congo, Repubblica Centrafricana, Sud Sudan, Venezuela, Yemen, etc.).

Questo fa sì che persino crisi regionali abbiano progressivamente conseguenze su scala globale. Richiedono sempre più strumenti di *governance* internazionale. Come più volte sottolineato dall'Alto Commissario dell'UNHCR, Filippo Grandi, siamo testimoni di una realtà nuova che ci dimostra come gli esodi forzati, oggi, sono più diffusi e più duraturi.

La tragedia degli sfollati ucraini può essere l'occasione per rivitalizzare e aggiornare lo spirito che, all'indomani della Seconda Guerra mondiale e del sacrificio delle vittime dei totalitarismi europei, portò alla nascita dell'attuale sistema internazionale dell'asilo. La Convenzione di Ginevra del 1951 fu il simbolo della rinascita post-bellica. Venne applicata all'indomani dell'invasione sovietica di Budapest nel 1956. All'epoca, oltre 200 mila ungheresi furono costretti a lasciare nottetempo la madrepatria per chiedere rifugio in Austria e in Jugoslavia. E da lì, nel giro di pochi mesi, furono redistribuiti in Australia, Brasile, Stati Uniti e Tunisia.

Climate change e tutela delle categorie vulnerabili

CLIMATE MIGRATION FROM A GENDER PERSPECTIVE: LEGAL AVENUES TO ADDRESS INVISIBILITY

Susana Borràs-Pentinat*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Differential climate impacts and gender vulnerabilities in climate migration processes. – 3. Towards gender-sensitive legal protection for climate migration? – 3.1. Developments in International Migration and Refugee Law. – 3.2. Developments in International Climate Change Regime. – 3.3. Developments in International Human Rights Law. – 4. Final remarks.

1. *Introduction*

According to the International Organization for Migration World Migration Report¹, in 2020 there were 281 million people on the move in the world, nearly half of whom were women. This means that 3.60% of the world's population is migrant. According to the United Nations High Commissioner for Refugees, 89.3 million people have been forcibly displaced by the end of 2021 for political reasons, mainly due to persecution, conflict, violence, human rights violations or events that seriously disturbed public order². Among them, 27.1 million are refugees or asylum seekers and some 53.2 million are internally displaced persons, i.e., within the borders of their own countries³. Despite the importance of these statistics, they do not reflect the totality of displacement of people worldwide. In particular, people fleeing environmental degradation are not included, even though the fact that the number of internally displaced people fleeing disasters exceeds the number of people crossing international borders for political reasons. Indeed, the

* Marie Skłodowska-Curie Fellow (H2020-MSCA-IF-2020) CLIMOVE PROJECT (n° 101031252), Università di Macerata. The CLIMOVE project has received funding from the European Union's Horizon 2020 research and innovation programme under the Marie Skłodowska-Curie grant agreement N. 101031252. This contribution reflects only the author's view and the REA is not responsible for any use that may be made of the information it contains

¹ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATIONS. *World Migration Report 2022*, Geneva: IOM Publications, 2022.

² UNHCR, *Global Report 2021*, Geneva, 2022.

³ *Ibidem*, p. 22.

Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC) states that, in 2021, some 1900 natural or climate related disasters generated 23.7 million displacements in 141 countries and territories⁴. This is the highest number recorded since 2012, exceeding three times the number of displacements due to conflict and violence⁵. The fact is that climate change has negative repercussions in different parts of the world, but especially on those people, that are particularly exposed due to high level of vulnerability, such as indigenous and Afro-descendent women and girls, older women, LGBTIQ+ (lesbian, gay, bisexual, transgender/transsexual, intersex and queer/questioning) people, women and girls with disabilities, migrant women, and those living in rural, remote, conflict and disaster-prone areas⁶. Gender roles and women's response to global environmental crises are conditioned by social, roles not only depending on gender, but based on other social identifiers, such as age, location, dependencies, class, sexual orientation, and religious identity⁷. Power structures and relationships lead to greater vulnerability to extreme weather events and disasters related to climate change⁸. This vulnerability increases when women and girls become “climate migrants”. In general, all types of migration, according to IOM, are gendered processes. Migrants of all genders have different needs and priorities and are exposed to different risks in the migration process, above all being woman and climate migrant from the Global South. However, the current legal frameworks do not recognise and protect differentially neither climate migrants nor the particular situation of women migrants, contributing to perpetuate existing inequalities and vulnerabilities. This work reflects on the reality of many migrant women and girls who are forced to leave their homes due to environmental degradation in contexts of profound inequality. In this respect, there is a clear intersection between migration, class and gender, expanding the degrees of vulnerability and discrimination⁹. Climate vulnerabilities increase as these inter-

⁴ IDMC. *Global Report on Internal Displacement 2021*, Geneva: Internal Displacement Monitoring Centre, 2022.

⁵ *Ibidem*.

⁶ United Nations (UN). *Resolution adopted by the General Assembly Resolution 69/283 for Disaster Risk Reduction 2015-2030*, 23 June 2015.

⁷ UNHCR, *Policy on age, gender and diversity*, 2018, p. 5.S.

⁸ United Nations Development Programme (UNDP). *Overview of linkages between gender and climate change*, 2016, pp. 1-8.

⁹ S. ARORA-JONSSON, *Virtue and vulnerability: Discourses on women, gender and climate change*, in *Global Environmental Change*, 21 (2), 2011, pp. 744-751.

sections add more layers of invisibility. This makes it possible to analyse existing legal avenues for responding to climate migration from a gender sensitive perspective.

2. *Differential climate impacts and gender vulnerabilities in climate migration processes*

Climate migration includes all those internal or international displacements caused, directly or indirectly, by climate change. These human migrations are a complex and heterogeneous phenomenon and cover different situations¹⁰. Furthermore, the UN estimates that, by 2050, the effects of climate change will lead to the displacement of 150 million people or more due to extreme weather events, slow-onset phenomena such as sea-level rise and desertification, relocation from high-risk areas and conflicts over scarce resources¹¹. This context of vulnerability, aggravated by cultural norms and gender roles, shapes women's responses to disasters¹² and restrictive, gender-blind migration policies limit the ability to migrate and expose women to serious violations of rights, having less control than men do over the decision to migrate (A/HRC/50, 2022).

As explained below, legal frameworks do not adequately address the differential situation of women in the context of climate change impacts. This is largely due to the lack of women's participation, at least on equal terms and in representation of diversity, especially from the Global South, in national and international decision-making fora¹³. In contexts where climate change impacts force people to flee, women, and especially those in situations of poverty and exclusion, face the greatest discrimination¹⁴. When there is an

¹⁰International Organization for Migrations. Glossary on Migration, Geneva, 2019.

¹¹ Human Rights Council. *Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment*, A/HRC/37/59, 2018, p. 7.

¹² P. LAMA, M. HAMZA, M. WESTER, *Gendered dimensions of migration in relation to climate change*, in *Climate and Development*, vol. 13, no 4/2021, pp. 326-336.

¹³ WEDO. 2022. *Women's Participation in the UNFCCC: 2022 Report*.

¹⁴ Committee on the Elimination of Discrimination against Women General (CEDAW). Recommendation No. 37 on Gender related dimensions of disaster risk reduction in the context of climate change, CEDAW/C/GC/37, 2018. L. HUNTER, E. DAVID, *Climate change and migration: Considering the gender dimensions*, University of Colorado, Institute of Behavioural

opportunity to flee the consequences of degradation, women and girls in transit migration face a situation of permanent insecurity and violence, which is replicated for all of them, regardless of the reasons for their displacement. According to the Global Report on Trafficking in Persons¹⁵, the representation of women has been increasing, so that out of every ten victims detected worldwide, about five are adult women and two are girls. In displacement camps or temporary shelters, often used in the aftermath of a disaster, women's experiences are also differentiated¹⁶. Too often, the specific needs of women and girls (pregnancy, breastfeeding, menstruation, etc.) are not addressed with the same urgency as issues such as shelter, water and food aid, leading to anxiety and stress. In addition, women and children are more vulnerable to attack and abuse, especially after dark when they have to use the latrines in communal camp facilities. In the post-migration phase in the new place, integration is also experienced differently by women depending on various factors, such as their inclusion in the labour market and the impact of migration on their status. The lack of adequate protection as climate migrants aggravates the situation of women.

Although women's increased employment in the new location may lead to a change in gender roles within the household, this does not always translate into greater equality, as they are often in low-paid or unpaid jobs¹⁷. This produces a new pattern of violence against migrant women, mainly due to factors such as the feminisation of poverty, institutional racism and xenophobia¹⁸. Thus, the lack of concrete protection instruments, together with the poor implementation of those that do exist, together with the lack of safe and dignified migratory routes, means that women in situations of climate displacement are totally unprotected and therefore face additional risks, such as sexual and gender-based violence, exploitation and trafficking. Migrant women (and specifically poor, women of colour/racial minorities or lower caste women) are doubly invisible and unprotected, despite the fact that women represent almost half of the migrants and refugees in the world.

Science, Boulder, 2009; J. WEBB, *Gender dynamics in a changing climate: how gender and adaptive capacity affect resilience*, CARE Climate change, Nairobi, 2016.

¹⁵ United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). *Global Report on Trafficking in Persons* 2020.

¹⁶ IUCN. *Violence and the environment*. Gland, 2020.

¹⁷ UNHCR, 2020, cit. supra.

¹⁸ CMW, CEDAW, UN Women, OHCHR. *Addressing gender dimensions in largescale movements of refugees and migrants*, 2016.

3. *Towards gender-sensitive legal protection for climate migration?*

At present, the phenomenon of climate migration is still not sufficiently covered by international law¹⁹. Nevertheless, timid advances in the protection of the rights of people on the move – whether within a state or across international borders – have been made in various normative frameworks and intergovernmental initiatives, which are beginning to include disasters and climate change as a root cause of migration, and even a gender perspective.

3.1. *Developments in International Migration and Refugee Law*

Under the 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees, as amended by its 1967 Protocol, the figure of “climate refugees” and “environmental refugees” are not legally recognized²⁰. According to international refugee law, people impacted by climate may apply for asylum or refugee status only if they can show that the central reason they are fleeing their home country is that they faced or have reason to fear future persecution due to race, religion, nationality, political opinion or membership in a particular social group. While it is true that climate migration is not protected under the Geneva Convention, many women in contexts where climate change interacts with other factors, are at greater risk of experiencing gender-based violence from physical, sexual, mental or economic harm, as well as the threat of violence, coercion or deprivation of liberty. Indeed, some national legislation has included gender-based persecution as a ground for refugee status, thus expanding the scope of application of the Geneva Convention. For example, in Spain, with Law 12/2009 of 30 October 2009, on the right to asylum and subsidiary protection, that recognises persecution on grounds of gender or sexual orientation as a ground for asylum. Also, in Luxembourg with Loi du 18 décembre 2015 relative à l'accueil des demandeurs de protection internationale et de protection temporaire, that recognizes gender in the identification of membership of a "social group" as a reason for persecution. When disasters interact with gender-based violence, during and after the move, migrant women can be protected under the subsidiary protection or

¹⁹ S. BEHRMAN, A. KENT, *Climate Refugees: Beyond the Legal Impasse*, Routledge, London, 2018.

²⁰ United Nations (UN). *Convention Relating to the Status of Refugees of Refugees* (adopted 28 July 1951, entered into force on 22 April 1954) 189 UNTS 137.

other humanitarian protection measures, such as humanitarian permits or temporary protection. However, the drawback again is that for a person to be recognised as a refugee, he or she must have suffered a well-founded fear and demonstrate it. Therefore, the burden of proof is on those who individually suffer persecution or fear persecution from the aforementioned causes. The 2016 New York Declaration for Refugees and Migrants and the 2018 Global Compact on Refugees²¹ and Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration also recognize climate change as a driver of migration. The Global Compact on Refugees not only recognizes the need to protect environmental forced displacement, but also put special emphasis on the gender perspective. As part of the Programme of Action, section on «Meeting needs and supporting communities», (§74) devotes special reference to women and girls. It recognises that they may experience particular gender related barriers that require adaptation of responses in the context of large refugee situations. In this regard, States and relevant stakeholders are requested to seek to adopt and implement policies and programmes to empower women and girls in refugee and host communities, and to promote the full enjoyment of their human rights, as well as equal access to services and opportunities. Furthermore, the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration includes among its objectives to ensure that «persons affected by sudden-onset and slow-onset natural disasters (...) have access to humanitarian assistance that meets their essential needs with full respect for their rights wherever they are» (§18.k), and recognizes that «adaptation (to environmental disruptions) in the country of origin is a priority» (§18.i).

3.2. *Developments in International Climate Change Regime*

A significant milestone in this regard was the adoption of the 2015 Paris Agreement, that it is the first international treaty on climate change mentioning migration, gender and human rights. In its Preamble, it acknowledges that « [...] climate change is a common concern of humankind, [and that] Parties should, when taking action to address climate change, respect, promote and consider their respective obligations on human rights, the right to health, the rights of indigenous peoples, local communities, migrants, children, persons with disabilities and people in vulnerable situations and the right to development, as well as gender equality, empowerment of women

²¹United Nations UNGA Resolution 73/195 “*Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*”, 19 December 2018, Doc. A/RES/73/195.

and intergenerational equity» (§11, p. 21). Paragraph 5 of Article 7 of the Paris Agreement «acknowledge[s] that adaptation action should follow a [...] gender-responsive [...] approach» and paragraph 2 of Article 11 mentions that «capacity-building should be [...] a] process that is [...] gender-responsive». This reference is aligned with other international instruments also adopted in 2015: the Sendai Framework for Disaster Reduction Risk²² or the Agenda 2030 for Sustainable Development²³, which treat migration as a positive adaptation and development strategy. In terms of gender and climate change, at COP 25 Parties agreed on a 5-year enhanced Lima work programme on gender and its gender action plan (Decision 3/CP.25). It is also relevant to mention that between 2020 and 2021, of the 87 States Parties to the Paris Agreement that reported their climate commitments through «Nationally Determined Contributions», 29% (i.e. 25 States) included references to human mobility related to climate change and gender perspective (FCCC/PA/CMA/2021/8). In addition, the decision accompanying the Paris Agreement (FCCC/CP/2015/10/Add.1) established a Task Force on Displacement (TFD) of the Warsaw International Mechanism for Loss and Damage associate with Climate Change Impacts. Its main objective is to develop recommendations, to avert, minimize and address displacement related to the adverse impacts of climate change, in accordance of article 8 of the Paris Agreement. In its second TFD work plan includes, as one of the 22 activities, the development of disaggregated data collection based on gender migration.

3.3. *Developments in International Human Rights Law*

Particularly important in terms of international climate migration is the decision adopted in 2020 by the Human Rights Committee (CCPR) of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). Although not in itself binding and not particularly focused on gender issues, the CCPR decision constitutes an interpretative extension of the human rights and can contribute to broadening the scope of protection for climate migrants in general and women in particular. The case started with the applica-

²² United Nations (UN). Resolution adopted by the General Assembly Resolution 69/283 for Disaster Risk Reduction 2015-2030, 23 June 2015, UN Doc A/69/283, 2015.

²³ United Nations General Assembly. Transforming our world: the 2030. Agenda for Sustainable Development, Resolution adopted by the General Assembly 25 September 2015, Doc. A/RES/70/1, §29.

tion of Ioane Teitiota²⁴, a citizen of Kiribati, who requested the right of political asylum in New Zealand, because climate change, by raising the sea level in the Pacific area, endangered his survival and that of his family. By using the obligation of non-refoulement, the CCPR stated that countries cannot deport people facing climate change-induced conditions that violate the right to life (Human Rights Committee, 2020). This reasoning, which expands the principle of non-refoulement redefining the legal requirements in contexts of climate change impacts, is based on the human rights contained in the art. 6-7 ICCPR, the 1984 Convention against Torture and the right to a safe, clean, healthy and sustainable environment (A/HRC/RES/48/13; A/RES/76/300). This argument could also encompass new legal avenues to protect women who move because of the impacts of climate change and face additional risks due to their gender. Under these circumstances, no State could return a woman, who have been displaced due to disasters, if it is demonstrated that her life is at extreme risk in her home country, not only because of existing climate impacts, but also because she experienced gender inequalities, which increased her vulnerability to climate change (A/HRC/RES/10/4). In particular, because evidence shows that different forms of gender-based violence tend to increase during and in the aftermath of disasters, including in the context of climate-related migration and displacement²⁵. The extension of the non-refoulement obligation, in the case of women climate migrants, would be more than justified when gender discrimination, as a form of gender violence, leads to differential exposure to the effects of climate change, reducing resilience capacities and thus compromising the right to life at origin and throughout the migration process (A/HRC/RES/10/4). In this sense, while climate change is the main driver of migration, gender discrimination and gender-based violence increase vulnerabilities and expose women differently than other migrants. Although the Committee does not introduce the issue of gender, it asserts that the right to life should be interpreted broadly, in line with its General Comment No. 6 (1982) on the right to life, which according to Human Rights Council (HRC) depends on the right to a safe, clean, healthy and sustainable environment (A/HRC/RES/48/13; A/76/L.75). The CCPR based on its previous case *Portillo Cáceres et al. v. Paraguay* (CCPR/C/126/D/2751/2016), in which states

²⁴ Case No 2727/2016, decision of 24 October 2019.

²⁵ V. LE MASSON, S. LIM, M. BUDIMIR, J. S. PODBOJ, *Disasters and Violence against Women and Girls: Can disasters shake social norms and power relations?*, London, Overseas Development Institute, 2016.

that «a narrow interpretation does not adequately convey the full concept of the right to life». As declared in the CCPR precedent case *Warda Osman Jasin v. Denmark* (CCPR/C/114/D/2360/2014), this includes considering those circumstances, in which the living conditions compromise the basic human standards give raise to the prohibition of non-refoulement based on Article 7 ICCPR, in order to protect personal integrity dignity of the person returned. Furthermore, this interpretation follows the CCPR General Comment No. 36 (2018) on the right to life. Its states that «[e]nvironmental degradation, climate change and unsustainable development constitute some of the most pressing and serious threats to the ability of present and future generations to enjoy the right to life». Consequently, «(...) [t]he obligations of States parties under international environmental law should thus inform the content of article 6 of the Covenant (...)». In this General Comment, the CCPR argues that special consideration should be given to women and girls in situations of environmental degradation, as it may give rise to direct threats to life or prevent them from enjoying their right to life with dignity under Article 6 of the ICCPR. In particular, it affirms, «Legal protections for the right to life must apply equally to all individuals and provide them with effective guarantees against all forms of discrimination, including multiple and intersectional forms of discrimination». In terms of gender-sensitive perspective, this is connected to the General recommendation no. 37 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women on «Gender-related dimensions of disaster risk reduction in the context of climate change». This recommendation recalls the obligation of States to «(...) ensure that all policies, legislation, plans, programmes, budgets and other activities related to disaster risk reduction and climate change are gender responsive and grounded in human-rights based principles», with priority being accorded to the most marginalized groups of women and girls, «such as internally displaced, stateless, refugee, asylum seeking and migrant women», as requested by the Human Rights Council (A/HRC/RES/38/4). Under this obligation, States could promote and reinforce the extension of the non-refoulement obligation to climate migration from a gender-sensitive perspective, considering the real risk of climate harm and the gender based violence on return, where women face a particularly vulnerable situations. In general, the contribution of the CCPR in the protection of climate migration from a gender sensitive perspective can have several potential legal consequences. First, internationally, through its replicability in the different regional systems for the protection of human rights, namely the African, the Inter-American and the European systems. Second, domestically, with the possi-

bility for states to expand the scope of protection of the Geneva Convention, applying the reinterpretation of non-refoulement obligation in order to protect the right to life, i.e. considering the existence of a gender-based discrimination in a climate change context, where general living conditions fall far below the minimum international standards of human rights law. This can be articulated, for example, by granting humanitarian international protection or by updating migratory regulations and policies to recognise the reality of forced movements of people due to climate change or environmental degradation (as in the case of Cyprus, Finland, Sweden, Denmark, and Italy), including the potential adoption of gender responsive policies and laws. The existing gender discrimination situates women differently in the face of forced climate migration processes, intersecting with other vulnerabilities, which requires a more gender-responsive and rights-based migration policies and laws related climate change, with the aim to respect, protect and fulfil the human rights of migrant women and girls facing climate change disruptions.

4. *Final remarks*

Protecting the rights of women and girls against systemic discrimination, gender inequality and gender-based violence is critical at all times, but most particularly in situations of displacement, including those in the context of the adverse effects of climate change and disasters, which exacerbate pre-existing women rights violations. The CCPR's decision has opened up the possibility of interpreting the scope of international protection according to the circumstances faced by climate migrants, as it recognizes that countries cannot deport people who face climate change-induced conditions that violate their right to life. This decision has to be interpreted jointly with the HRC reasoning's and with the CEDAW Committee recommendations, which all strengthened the obligation of non-refoulement in situations where discriminations against women undermine their capacity to face with climate change impacts and compromise the right to life. These arguments alone, without modifying the Geneva Convention, would be sufficient to extend humanitarian protection to climate migrants, integrating gender responses to the implementation of the principle of non-refoulement. Consequently, the competent authorities must assess the individual situation, as well as the context of vulnerability, climate risks and impacts, and the general living conditions in countries of origin, especially of women, in order to determine

whether the right to freedom from inhuman or degrading treatment and the right to life are sufficiently guaranteed. In the near future, as climate change impacts induce more people to migrate, the normative development and application of the principle of non-refoulement to protect climate migrants is likely to play a relevant role. Undoubtedly, this requires comprehensive innovative legal political responses, adapting existing refugee and migration legal frameworks to humanitarian grounds based on the climate change and gender to protect the rights of migrant women.

LA TUTELA DELL'AMBIENTE ENTRA IN COSTITUZIONE.
UN NUOVO RIFERIMENTO NORMATIVO PER LA PROTEZIONE
DEI MIGRANTI AMBIENTALI?

Anna Fazzini*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La tutela internazionale dei migranti ambientali: a che punto siamo. – 3. Principali sviluppi giurisprudenziali nell'ordinamento internazionale. – 4. Principali sviluppi giurisprudenziali nell'ordinamento italiano. – 5. Quali prospettive a seguito della riforma costituzionale?

1. *Introduzione*

L'8 febbraio 2022 è stata approvata in via definitiva la proposta di riforma costituzionale A.C. 3156-B, recante *Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*¹. L'inserimento della tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali della Costituzione ai sensi dell'art. 9 (nonché quale limite all'iniziativa economica privata di cui all'art. 41), mai effettivamente soggetti a revisione costituzionale, è stata accolta in generale con grande favore. La riforma, infatti, si pone nel solco di una concezione “ecocentrica”, che riconosce l'ambiente come bene giuridico autonomo da tutelare, in linea, tra l'altro, con i principi che la Corte costituzionale aveva già affermato da tempo, parlando di «una concezione unitaria del bene ambientale»². Si discosta, dunque, da una concezione puramente “antropocentrica”, nella cui prospettiva all'ambiente veniva garantita una tutela solo indiretta, legata, ad esempio, al c.d. diritto degli individui ad un “ambiente salubre”, quale riflesso del diritto alla salute ai sensi dell'art. 32 della Costituzione. Rinviano altrove per gli approfondimenti propri della materia³, in questo contributo ci si chiede se una riforma costituzionale di questa portata

* Assegnista di ricerca in diritto internazionale, Università di Napoli L'Orientale.

¹ Per approfondimenti sulla proposta di legge costituzionale: <https://www.camera.it/leg18/126?tab=&leg=18&idDocumento=3156&sede=&tipo=>.

² Corte Cost., sentenza del 28 maggio 1987, n. 210; vedi sul punto M. D'AMICO, *Una riforma costituzionale importante*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2022.

³ Per un'opinione più critica vedi G. SCARSELLI, *I nuovi artt. 9 e 41 Cost.: centralità dell'uomo e limiti di revisione costituzionale*, in *Giustizia Insieme*, 2022.

possa avere effetti anche sul riconoscimento giuridico dei c.d. migranti ambientali. Lo spunto è anche l'occasione per riepilogare i recenti sviluppi in proposito, in ambito sia internazionale che italiano.

2. *La tutela internazionale dei migranti ambientali: a che punto siamo*

Nonostante la crescente attenzione che la Comunità internazionale riserva al cambiamento climatico, al degrado ambientale globale e alla mobilità connessa a tali fenomeni (di cui pur si discute fin dagli anni '90), ad oggi manca un quadro internazionale organico e coerente in grado di affrontare la gestione dei c.d. migranti ambientali, nonché strumenti giuridicamente vincolanti indirizzati a garantire forme di tutela adeguate e condivise.

Diversi, invece, sono gli strumenti di *soft law* che attribuiscono rilevanza al tema. Si pensi, ad esempio, alla *Dichiarazione di New York sui migranti e rifugiati*⁴, che annovera esplicitamente tra i fattori che determinano le migrazioni anche quelli ambientali/climatici, o al *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*⁵, che, agli artt. 18 e 21, riconosce l'impatto del cambiamento climatico e del degrado ambientale sulle cause delle migrazioni, nonché la necessità di intervenire su di esse e di prevedere canali regolari di accesso per coloro che sono impossibilitati a rientrare nel Paese di origine.

Tale immobilismo normativo⁶ è testimoniato, tra l'altro, anche dall'assenza di una definizione condivisa delle persone che si spostano per i suddetti motivi, in mancanza della quale si utilizzano diverse espressioni, quali "migranti ambientali" (che per ragioni pratiche, verrà utilizzato in questa sede), "ecoprofughi", "migrazioni indotte da cause ambientali", nonché il più comune (e improprio) "rifugiati ambientali/climatici".

Il richiamo a quest'ultima espressione ci permette di ricordare che una delle possibili vie di tutela più forte potrebbe essere quella di promuovere lo sviluppo interpretativo della nozione di "particolare gruppo sociale" ai sensi della Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati, al fine di riconoscere la protezione "massima" in loro favore. Tuttavia, sebbene uno sviluppo di questo tipo sia astrattamente possibile, considerando l'elasticità con cui la nozione è stata interpretata nel tempo (si pensi, ad esempio all'inclusione, tra i beneficiari della pro-

⁴ ONU (AG), *New York Declaration for Refugees and Migrants*, 2016.

⁵ ONU (AG), *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, 2019.

⁶ C. SCISSA, *Migrazioni ambientali tra immobilismo normativo e dinamismo giurisprudenziale: un'analisi di tre recenti pronunce*, in *Questione Giustizia*, 2021.

tezione convenzionale, dei rifugiati *SOGI*⁷), vi sarebbero comunque diverse difficoltà applicative da considerare. Sarebbe problematico, infatti, accertare la sussistenza di una forma di “persecuzione” da parte di attori statali o non statali, l’assenza di protezione da parte del Paese d’origine e l’allontanamento dallo stesso (spesso i migranti ambientali sono sfollati, che non oltrepassano i confini statali). Ciononostante, è da segnalare che l’UNHCR ha recentemente affermato⁸ che, qualora i criteri di eleggibilità siano soddisfatti, al migrante ambientale può essere riconosciuto lo status di rifugiato, in quanto i fattori ambientali e climatici possono incidere gravemente sul godimento dei diritti umani fondamentali, provocando un trattamento discriminatorio nell’accesso alle risorse, tale da determinare una forma di “persecuzione”. Il trattamento subito potrebbe inoltre essere aggravato dalle conseguenze dei conflitti bellici, locali o non, e dalla presenza di situazioni di violenza generalizzata. Qualora tali requisiti non potessero essere soddisfatti, bisogna tuttavia considerare le altre forme di protezione complementari previste a livello sia regionale che nazionale, al fine di garantire la tutela dei diritti umani fondamentali dei migranti ambientali.

Dunque, in assenza (*o in attesa?*) di uno strumento *ad hoc*, giuridicamente vincolante, che tuteli i migranti ambientali, non sembra esservi altra strada se non quella di ampliare l’ombrello protettivo delle forme di tutela attualmente esistenti. A tal proposito, decisamente interessante è l’orientamento giurisprudenziale, sia sovranazionale che nazionale, che sta emergendo, indirizzato effettivamente ad adottare approcci interpretativi evolutivi in materia.

3. *Principali sviluppi giurisprudenziali nell’ordinamento internazionale*

Sul piano internazionale, è la celebre decisione *Teitiota c. Nuova Zelanda*⁹

⁷ Sexual Orientation and Gender Identity.

⁸ UNHCR, *Legal considerations regarding claims for international protection made in the context of the adverse effects of climate change and disasters*, 2020.

⁹ Comitato ONU dei diritti umani, decisione del 7 gennaio 2020, *Teitiota c. Nuova Zelanda*; sul caso vedi, *ex multis*, G. CITRONI, *Human Rights Committee’s decision on the case Ie-oane Teitiota v New Zealand: Landmark or will-o’-the-wisp for climate refugees?*, in *QIL-Questions of International Law*, 75, 2020, p. 1; V. RIVE, *Is an Enhanced Non-refoulement Regime under the ICCPR the Answer to Climate Change related Human Mobility Challenges in the Pacific? Reflections on Teitiota v New Zealand in the Human Rights Committee*, in *QIL-Questions of International Law*, 75, 2020, p. 7; A. BRAMBILLA, M. CASTIGLIONE, *Migranti ambientali e divieto di respingimento*, in *Questione Giustizia*, 2020; A. MANEGGIA, *Non-*

del Comitato ONU per i diritti umani a determinare un significativo sviluppo per la materia. Si ricorderà in proposito che il Comitato, pur non avendo riscontrato nel caso di specie la violazione del diritto alla vita conseguente al rimpatrio della famiglia Teitiota nella Repubblica di Kiribati da parte della Nuova Zelanda, aveva ritenuto tuttavia possibile che, a causa degli effetti del cambiamento climatico, gli individui potessero essere esposti a violazioni dei diritti umani ai sensi dell'art. 6 del Patto (diritto alla vita) e 7 (divieto di trattamenti inumani e degradanti), ammettendo, dunque, l'applicabilità del principio di *non-refoulement* in ragione di questi motivi.

La decisione è innovativa sotto molteplici aspetti. Significativo, infatti, è l'ampliamento della portata dell'obbligo del diritto alla vita, in linea con il Commento generale n. 36 del 2018¹⁰, con riguardo in particolare a tre aspetti¹¹: in primo luogo, il Comitato riconosce che una violazione dell'art. 6 del Patto si può verificare non solo in presenza di una minaccia individuale e imminente, ma anche in presenza di un rischio *ragionevolmente prevedibile*, andando quindi a ricomprendere non solo fenomeni improvvisi (come un'alluvione), ma anche eventi a lenta insorgenza (come l'innalzamento del livello dei mari), prodotti dal cambiamento climatico; in secondo luogo, in linea con un'interpretazione dei diritti umani basata sul c.d. *integrated approach* (secondo cui la compromissione di diritti sociali, quali il diritto all'acqua e al cibo, può comportare la violazione di diritti civili), afferma che il diritto alla vita deve intendersi non solo come diritto a preservare la propria integrità fisica e mentale, ma anche come diritto a godere di una *vita dignitosa* ed essere liberi da atti o omissioni che possono causare una morte in naturale o prematura¹²; in terzo luogo, conferisce grande rilievo all'obbligo di *due diligence* in capo agli Stati ai sensi dell'art. 6 del Patto, secondo cui questi ultimi hanno il dovere positivo di fare tutto il possibile al fine di tutelare gli individui da «reasonably foreseeable threats and life-threatening si-

refoulement of Climate Change Migrants: Individual Human Rights Protection or 'Responsibility to Protect'? The Teitiota Case Before the Human Rights Committee, in DUDI, n. 2/2020, p. 63; F. MUSSI, *Cambiamento climatico, migrazioni e diritto alla vita: le considerazioni del Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite nel caso Teitiota c. Nuova Zelanda*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3/2020, p. 827.

¹⁰ Comitato ONU dei diritti umani, *General Comment No. 36 on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life*, del 30 ottobre 2018.

¹¹ A. BRAMBILLA, M. CASTIGLIONE, *Migranti ambientali e divieto di respingimento*, in *Questione Giustizia*, 14 febbraio 2020.

¹² Comitato ONU dei diritti umani, *Teitiota c. Nuova Zelanda*, par. 9.4.

tuations that can result in loss of life»¹³ e, dunque, anche di prevenire violazioni del diritto alla vita determinate dalle conseguenze dei mutamenti ambientali e climatici.

4. *Principali sviluppi giurisprudenziali nell'ordinamento italiano*

L'ordinamento italiano prevede esplicitamente, all'art. 20 del Testo Unico sull'Immigrazione (TUI)¹⁴, la possibilità di rilasciare una forma di protezione temporanea di carattere "eccezionale" in presenza di «rilevanti esigenze umanitarie, in occasione di conflitti, *disastri naturali* o altri eventi di particolare gravità». L'art. 20-*bis* prevede poi il rilascio di un permesso di soggiorno nei confronti dello straniero impossibilitato a far rientro in un Paese che versa in una situazione di *grave* calamità (come più di recente modificato dal c.d. decreto Lamorgese¹⁵, che ha così sostituito l'espressione "situazione di contingente ed eccezionale calamità"). Tuttavia, l'art. 20 TUI non ha mai trovato applicazione in riferimento ai disastri naturali, essendo stato in realtà affiancato dall'istituto della protezione umanitaria (oggi, a seguito del suddetto decreto, "protezione speciale"), regolato dall'art. 5 (6) TUI, che non consente di rifiutare o revocare il permesso di soggiorno qualora ricorrano «seri motivi di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano». Infatti, in seguito in particolare all'indirizzo promosso dalla circolare della Commissione nazionale asilo del 2015¹⁶, che includeva nelle fattispecie di vulnerabilità idonee al riconoscimento della protezione umanitaria anche le «gravi calamità naturali o altri gravi fattori locali ostativi ad un rimpatrio in dignità e sicurezza», sia le Commissioni territoriali, sia i Tribunali hanno nel tempo provveduto ad applicare tale tutela in ragione di motivi di carattere ambientale e climatico¹⁷.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Decreto legislativo 25/07/1998 n. 286, G.U. 18/08/1998.

¹⁵ Decreto-legge 21 ottobre 2020, n. 130, convertito con modificazioni dalla L. 18 dicembre 2020 n. 173, G.U. 19/12/2020.

¹⁶ Ministero dell'interno - Commissione nazionale per il diritto di asilo, Circolare prot. 00003716 del 30.7.2015 in merito all'ottimizzazione delle procedure relative all'esame delle domande di protezione internazionale.

¹⁷ A. BRAMBILLA, *Migrazioni indotte da cause ambientali: quale tutela nell'ambito dell'ordinamento giuridico europeo e nazionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2017, p. 1.

L'indirizzo giurisprudenziale intrapreso qualifica così l'Italia come uno degli ordinamenti più avanzati in materia, nonché attualmente l'unico Paese europeo che prevede esplicitamente una tutela per motivi ambientali, considerato che sia la Svezia che la Finlandia, che elencavano espressamente il disastro ambientale tra i motivi idonei a richiedere rispettivamente la protezione sussidiaria e quella temporanea, hanno sospeso tali status a seguito della c.d. crisi dei rifugiati del 2015¹⁸.

In particolare, uno sviluppo significativo in materia vi è stato con l'ordinanza n. 5022/2021 della Corte di Cassazione¹⁹, relativa al caso di un cittadino proveniente dalla regione del Delta del Niger, la cui domanda di protezione internazionale era stata respinta dalla Commissione territoriale prima e dal Tribunale poi, nonostante la situazione di grave degrado ambientale e sociale relativa alla sua area di provenienza²⁰. Il giudice di primo grado, infatti, non aveva ravvisato quella soglia minima di gravità tale da determinare una situazione di violenza generalizzata ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria, né aveva preso in considerazione la possibilità di applicare la protezione umanitaria. La Suprema Corte, invece, allineandosi con le risultanze del caso *Tetiota*, e in particolare con l'interpretazione estensiva della nozione di "vita dignitosa" offerta dal Comitato ONU, afferma esplicitamente che, nella valutazione di una domanda di protezione internazionale, bisogna porre attenzione anche ai fenomeni ambientali e climatici che interessano il Paese di origine del richiedente. In particolare, la Suprema Corte adotta un'interpretazione evolutiva della nozione di *nucleo ineliminabile costitutivo dello statuto della dignità personale* (formula già introdotta dalla Corte nella nota sentenza 4455/2018²¹) precisando che tale "limite essenziale" deve essere valutato non solo in relazione ad una situazione di conflitto

¹⁸ Sul punto C. SCISSA, *Estrema povertà dettata da alluvioni: condizione (in)sufficiente per gli standard nazionali di protezione?*, in *Questione Giustizia*, 2022.

¹⁹ Cass. Civ., sez. II, ordinanza del 24 febbraio 2021, n. 5022.

²⁰ Per approfondimenti, vedi, *inter alia*, A. CIERVO, *Verso il riconoscimento dei 'rifugiati ambientali'? Note a prima lettura ad una recente ordinanza della Corte di Cassazione*, in *ADiM Blog*, Osservatorio della Giurisprudenza, 2021; A. DEL GUERCIO, *Migrazioni connesse con disastri naturali, degrado ambientale e cambiamento climatico: sull'ordinanza n. 5022/2020 della Cassazione italiana*, in *DUDI*, n. 2/2021, p. 527; F. VONA, *Environmental Disasters and Humanitarian Protection: A Fertile Ground for Litigating Climate Change and Human Rights in Italy? Some Remarks on the Ordinance No. 5022/2021 of the Italian Corte Suprema di Cassazione*, in *The Italian Review of International and Comparative Law*, no. 1/2021, p. 146.

²¹ Cass. Civ., sez. I, sentenza del 23 febbraio 2018, n. 4455.

armato, ma anche in riferimento al «rischio per il diritto alla vita e all'esistenza dignitosa derivante dal degrado ambientale, dal cambiamento climatico e dallo sviluppo insostenibile dell'area»²².

La pronuncia, come già anticipato, si pone in un solco giurisprudenziale già indirizzato ad ampliare le forme di tutela esistenti in favore dei migranti ambientali. Infatti, nella succitata sentenza del 2018, la Suprema Corte aveva in effetti già affermato che la mancanza di condizioni minime per condurre una vita dignitosa si potesse rinvenire anche in «una situazione politico-economica molto grave con effetti d'impoverimento radicale riguardanti la carenza di beni di prima necessità, di natura anche non strettamente contingente, od anche [...] una situazione geo-politica che non offre alcuna garanzia di vita all'interno del paese di origine (siccità, carestie, situazioni di povertà inemendabili)»²³. Si vogliono inoltre ricordare due pronunce successive: l'ordinanza 7832/2019, in cui la Corte ha dato rilievo, ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria, alla «situazione climatica disastrosa del Paese di origine»²⁴; l'ordinanza 2563/2020, che riconosce nelle catastrofi ambientali, quali le alluvioni, motivi altrettanto idonei al rilascio del permesso di soggiorno per ragioni umanitarie²⁵.

Tuttavia, è stato correttamente affermato che, sebbene significativa, l'ordinanza 5022/2021 rappresenta anche una occasione mancata²⁶. Infatti, la Corte di Cassazione svolge il suo ragionamento in relazione sia all'ipotesi di applicazione della protezione sussidiaria che a quella umanitaria. Tuttavia, nell'indicare infine il principio di diritto cui il Tribunale di diversa composizione dovrà attenersi per decidere nel merito del caso, si limita a far presente la sola fattispecie della protezione umanitaria²⁷.

La Suprema Corte avrebbe, invece, potuto cogliere l'occasione per indicare espressamente l'applicabilità della protezione sussidiaria nel caso di specie, rilevando l'esistenza di un grave danno ai sensi dell'art. 15(c) della direttiva qualifiche²⁸, in ragione della violenza generalizzata connessa al disa-

²² Cass. Civ., sez. II, ordinanza del 24 febbraio 2021, n. 5022, cit., p. 6.

²³ Cass. Civ., sez. I, sentenza del 23 febbraio 2018, n. 4455, cit., p. 9.

²⁴ Cass. Civ., sez. I, ordinanza del 17 dicembre 2019, n. 7832, p. 3.

²⁵ Cass. Civ., sez. I, ordinanza del 4 febbraio 2020, n. 2563.

²⁶ Sul punto A. DEL GUERCIO, *Migrazioni connesse con disastri naturali*, in *DUDI*, n. 2/2021, pp. 521-533.

²⁷ Cass. Civ., ordinanza 5022/2021, cit., p. 8.

²⁸ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficia-

stro ambientale nella regione del delta del Niger (si ricorda che la zona, oltre ad essere interessata dal degrado provocato dalle attività estrattive delle compagnie petrolifere occidentali, è caratterizzata anche da forti tensioni sociali, conflitti territoriali per l'accesso alle risorse, attività di natura terroristica ad opera di gruppi paramilitari locali). Inoltre, avrebbe potuto riscontrare il rischio di subire trattamenti inumani e degradanti ai sensi dell'art. 15(b) della suddetta direttiva, come conseguenza dei gravi fenomeni di carattere ambientale e climatico. Alla luce delle recenti indicazioni dell'UNCHR succitate, infine, avrebbe anche potuto valutare il rilascio dello status di rifugiato, ritenendo fondato il timore di persecuzione in ragione degli effetti del degrado ambientale connessi con quelli di un conflitto armato.

5. *Quali prospettive a seguito della riforma costituzionale?*

Alla luce di quanto finora esposto, è ragionevole chiedersi se l'introduzione della tutela dell'ambiente tra i principi della Costituzione italiana, considerando l'orientamento giurisprudenziale nazionale, chiaramente indirizzato a riconoscere la protezione dei migranti ambientali, possa rappresentare un ulteriore riferimento normativo cui ricorrere per fondare le istanze di protezione internazionale dei migranti ambientali e per favorire nuovi sviluppi in materia ad opera delle Corti nazionali. *L'ambiente* si configura ora come un *valore primario costituzionalmente protetto*. La sua tutela ricadrebbe a tutti gli effetti in quegli obblighi costituzionali di cui all'art. 5 (6) TUI, il cui rispetto non consente il rifiuto del permesso di soggiorno. In questa ottica, inoltre, la lesione di tale bene giuridico potrebbe portare ad una diversa valutazione della soglia minima di gravità idonea a consentire l'accesso alle forme di protezione esistenti, non solo ampliando il novero dei beneficiari della protezione umanitaria, ma pervenendo all'applicazione di tutele più ampie, se non, come ipotizzato da alcuni²⁹, ad un vero e proprio riconoscimento dello status di "rifugiato ambientale". L'auspicio è che una riforma costituzionale di questo tipo conduca le Corti nazionali a non fermarsi all'applicazione di forme di protezione residuali in favore dei migranti

rio di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione).

²⁹ M. D'AMICO, *Una riforma costituzionale importante*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 26 febbraio 2022.

ambientali, ma a pervenire a status giuridici più garantiti (come la protezione sussidiaria e lo status di rifugiato), in linea con la crescente presa di coscienza, da parte della Comunità internazionale, del fatto che il fenomeno della mobilità umana connessa ai mutamenti ambientali e climatici non può più essere ignorato.

PERMESSO DI SOGGIORNO PER CALAMITÀ NATURALI E INGIUSTIFICATA INERZIA DELL'AMMINISTRAZIONE

Anna Lazzaro*

SOMMARIO: 1. Immigrazione e permesso di soggiorno. – 2. Il permesso di soggiorno per calamità naturali. – 3. L'ingiustificata inerzia dell'amministrazione.

1. *Immigrazione e permesso di soggiorno*

Il Tar Marche nella sentenza 6 dicembre 2021, n. 839, ha condannato la Questura di Ancona a provvedere sull'istanza di rilascio del permesso di soggiorno, con l'adozione di un provvedimento espresso, ai sensi dell'art. 2 l. 241/90. La decisione di accoglimento del ricorso offre l'occasione per fare alcune considerazioni sulla novità legislativa in tema di permesso di soggiorno per motivi di calamità naturale innovato dal d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, che rispetto alla precedente disciplina sembra ampliare l'ambito di applicazione dell'art. 20 *bis* T.U. 286/98. Nonostante una tendenza generale della disciplina, che appare ampliativa dell'accoglienza degli immigrati, a questa non corrisponde ancora il comportamento dell'amministrazione che non provvede entro i termini previsti dall'art. 5, comma 9, del testo unico, senza che vi sia alcuna ragione giustificativa, e che mostra una certa resistenza ad accogliere una maggiore apertura delle novità legislative.

Il ricorrente è un cittadino albanese, il quale dichiara di essere giunto in Italia dopo l'evento sismico verificatosi in Albania il 26 novembre 2019 e di essere ospitato da un connazionale, già presente sul territorio nazionale, presso l'abitazione di questi.

Il 28 agosto 2020, aveva presentato richiesta per il rilascio del permesso di soggiorno per calamità naturale, ai sensi dell'art. 20 *bis* del d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, introdotto dal d.l. 130/2020; a seguito di un sollecito inoltrato dall'interessato, la Questura di Ancona, con una pec del 29 giugno 2021, ha comunicato di essere ancora in attesa di acquisire le informazioni necessarie all'istruttoria dall'Ambasciata d'Albania.

Sul presupposto che il procedimento fosse ancora pendente, il ricorrente ha proposto il ricorso, chiedendo l'accertamento dell'illegittimità del silenzio

* Ricercatore di Diritto Amministrativo, Università di Messina.

serbato per violazione dell'art. 2, comma 1, della legge n. 241/1990 e dell'art. 5, comma 9, del d.lgs. n. 286/1998, nonché la condanna dell'Amministrazione a provvedere sull'istanza di rilascio del permesso di soggiorno con l'adozione di un provvedimento espresso.

Le resistenti amministrazioni (Ministero dell'Interno e Questura di Ancona), con rapporto informativo versato in atti in data 28 settembre 2021, hanno rappresentato di aver interessato l'Ambasciata d'Albania a Roma in data 6 maggio 2021 e successivamente anche in data 21 giugno 2021, seguendo una procedura indicata nella circolare del Ministero dell'Interno del 18 gennaio 2019, al fine di acquisire informazioni circa lo stato di calamità naturale (essendo demandata alle Ambasciate o ai Consolati la verifica della documentazione tradotta e legalizzata) e che entrambe le note sono rimaste prive di riscontro; nel rapporto si legge, altresì, che, come attestato nell'allegata nota dell'Organo Consolare di Tirana datata 10 maggio 2021, l'evento sismico in questione non avrebbe pregiudicato le condizioni di vivibilità nel Paese di origine degli stranieri.

Il Tar decide per l'accoglimento del ricorso, in riferimento a quanto dispone l'art. 20 *bis* del d.lgs. n. 286 del 1998 come modificato dal d.l. n. 130 del 2020, convertito con modificazioni nella legge n. 173 del 2020.

Inoltre, il Tar afferma che sebbene costituisca principio pacifico quello secondo cui, in materia di permesso di soggiorno, i termini di conclusione del procedimento e delle sue diverse fasi non presentano natura perentoria, e non incidendo la loro violazione sulla legittimità del provvedimento finale, tuttavia neppure può essere consentita una eccessiva dilatazione dei termini procedurali in assenza di una valida ragione; né l'amministrazione può porre fine allo stato di inerzia adottando un atto *infra* procedimentale che si concretizza in un rinvio *sine die* del provvedimento ultimativo del procedimento che si ha l'obbligo di concludere. Le ragioni apparentemente ostative che l'amministrazione sembra adombrare nel rapporto informativo agli atti circa l'assenza di condizioni di criticità come dichiarato dall'Autorità consolare nella nota datata 10 maggio 2021, non possono valere a ritenere cessato lo stato di inerzia, dovendo esse essere compiutamente rappresentate in un provvedimento espresso conclusivo dell'*iter* procedimentale.

Inoltre, la circolare ministeriale del 18 gennaio 2019, richiamata dalla Questura nel rapporto informativo agli atti a sostegno del proprio operato, non vincola l'amministrazione ad una previa interlocuzione con le anzidette autorità e si riferisce all'ipotesi specifica della rinnovabilità del permesso di soggiorno. Pertanto, a fronte di un'istanza di rilascio del permesso di soggiorno per calamità naturali inoltrata quasi un anno prima, il ritardo

dell'Amministrazione nell'avviare l'istruttoria e quindi nel provvedere non risulta sorretto da alcuna ragione giustificativa ed è tale da integrare un'ipotesi di silenzio inadempiuto.

2. *Il permesso di soggiorno per calamità naturali*

La sentenza in commento affronta il tema del rilascio del permesso di soggiorno per calamità naturali, ora disciplinato dal d.l. n. 130/2020¹.

Il d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni dalla l. 1° dicembre 2018, n. 132, aveva modificato il sistema di accoglienza vigente in Italia ed il panorama normativo di protezione umanitaria, riducendo le maglie del sistema di accoglienza dei richiedenti asilo. Con il recente intervento il legislatore, con una serie di significative novità, sembra avviare nuove politiche di accoglienza anche con la previsione del permesso per calamità naturali che sembra destinato ad aprire possibili nuovi scenari, come la regolarizzazione dei migranti c.d. climatici, e ad allargare la platea degli immigrati che potranno stabilizzarsi in Italia².

L'art. 1, comma 1, lettera h), del d.l. n. 113/2018 introduceva accanto all'art. 20 T.U.I. il nuovo art. 20-*bis* che così recitava: «1. Fermo quanto previsto dall'articolo 20, quando il Paese verso il quale lo straniero dovrebbe fare ritorno versa in una situazione di contingente ed eccezionale calamità che non consente il rientro e la permanenza in condizioni di sicurezza, il questore rilascia un permesso di soggiorno per calamità. 2. Il permesso di soggiorno rilasciato a norma del presente articolo ha la durata di sei mesi, ed è rinnova-

¹ G. CONTI, *La protezione umanitaria e il nuovo sistema di accoglienza e integrazione nel d.l. n. 130/2020*, in *Federalismi.it*, 2020; S. NICOLOSI, *Il decreto-legge 21 ottobre 2020, n. 130 e il dilemma della protezione umanitaria alla luce del diritto internazionale ed europeo*, in *ADIM Blog*, gennaio 2021; N. ZORZELLA, *La nuova protezione speciale introdotta dal d.l. 130/2020. Tra principio di flessibilità, Resistenze amministrative e problematiche applicative*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/ 2021, p.129.

² A. BRAMBILLA, *Migrazioni indotte da cause ambientali: quale tutela nell'ordinamento giuridico europeo e nazionale?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2017, p. 7; A. BRAMBILLA, M. CASTIGLIONE, *Migranti ambientali e divieto di respingimento*, in *Questione giustizia*, 2020; O. MAKIMOV PALLOTTA, *Il migrante ambientale dinanzi al giudice e il problema degli obblighi di protezione*, *Nota a ord. Trib. civ. L'Aquila 18 febbraio 2018 (causa n. 1522/17)*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 3/2019, p. 1816; O. MAKIMOV PALLOTTA, *La protezione temporanea per motivi umanitari nel nuovo sistema di tutela delle persone migranti in Italia*, in *Adim Blog*, dicembre 2019.

bile per un periodo ulteriore di sei mesi se permangono le condizioni di eccezionale calamità di cui al comma 1; il permesso è valido solo nel territorio nazionale e consente di svolgere attività lavorativa, ma non può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro».

Il permesso, concesso fino ad ora nel caso in cui lo straniero avrebbe dovuto fare ritorno in un Paese in una situazione di eccezionale e contingente calamità, è adesso consentito nel caso di semplice e non necessariamente transitoria, gravità della situazione³. Le parole «eccezionale e contingente» sono infatti sostituite dalla parola «grave» situazione di calamità, entro le cui maglie si possono ampliare le possibilità di concessione di questo tipo di permesso, pur lasciando la discrezionalità alle questure e ai giudici chiamati alla individuazione ed alla valutazione della gravità delle situazioni.

Si può individuare nella modifica della disciplina, la volontà di aprire al riconoscimento del permesso di soggiorno sia per coloro che fuggono situazioni contingenti di calamità naturali (in questo caso un terremoto), sia per tutti i c.d. migranti ambientali o climatici, che fuggono da situazioni di fame e siccità.

Significativa appare una recente ordinanza della Cassazione sez. II, n. 5022/2021, in cui sembra estendersi l'ambito di applicazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari legati alla compromissione delle condizioni di vita dignitosa dell'individuo che: «si configura in ogni ipotesi in cui il contesto socio-ambientale sia talmente degradato da esporre l'individuo al rischio di veder azzerati i suoi diritti fondamentali alla vita, alla libertà e all'autodeterminazione, o comunque di vederli ridotti al di sotto della soglia del loro nucleo essenziale e ineliminabile»⁴. A tale riguardo la Corte precisa che «il concetto di “nucleo ineliminabile costitutivo dello statuto della dignità personale” (...) costituisce il livello essenziale, al di sotto del quale non sono ravvisabili le condizioni di vita dignitose e, quindi, non è assicurato il diritto fondamentale alla vita dell'individuo».

E che possa essere stata questa l'intenzione del legislatore, appare confermata anche dalla eliminazione della facoltà di proroga del permesso solo in caso di permanenza della situazione di calamità; infatti, essendo eliminato a monte il riferimento alla contingenza ed eccezionalità della situazione calamitosa, non appare più necessario subordinare la proroga del permesso alla rivalutazione della gravità della situazione già compiuta in sede di prima

³ Cass. Civ., sez. I, ordinanza del 4 febbraio 2020, n. 2563.

⁴ F. PERRINI, *Il riconoscimento della protezione umanitaria in caso di disastri ambientali nel recente orientamento della Corte di Cassazione*, in *OIDU*, n. 2/2021, p. 349.

concessione del permesso. Infine, mentre il permesso per ragioni di calamità non era convertibile in permesso per motivi di lavoro, il d.l. n. 130/2020 elimina quel divieto, ed apre le porte alla possibilità di stabilizzare nel nostro Paese i migranti ambientali che abbiano trovato occupazione lavorativa⁵. Anche guardando all'insieme delle modifiche che sono state apportate dall'ultimo decreto emerge l'intento di ampliare le occasioni di ammissione e accoglienza dei migranti, e soprattutto se si fa un confronto con il precedente decreto del 2018.

Tuttavia la discrezionalità⁶ che permane in capo all'amministrazione per il riconoscimento del permesso di soggiorno, ammette ancora interpretazioni restrittive o, come accade nel caso di specie, emerge quantomeno la tendenza a ritardare i provvedimenti, adducendo difficoltà nel reperire gli elementi necessari alla verifica dei fatti; inoltre, traspare in questo caso, come evidenziato dal giudice amministrativo, una certa diffidenza verso la veridicità delle situazioni dichiarate dai migranti e una resistenza verso le aperture del nuovo testo legislativo.

3. *L'ingiustificata inerzia dell'amministrazione*

Nel giudizio in oggetto il ricorrente, avendo presentato l'istanza per ottenere il permesso di soggiorno in data 28 agosto 2020 ed avendo ricevuto, dopo un sollecito, dalla questura di Ancona una comunicazione il 29 giugno 2021 relativa all'avvio dell'istruttoria, a ragione ha ritenuto che ci fosse un inadempimento dell'amministrazione per il mancato rispetto dei termini di conclusione del procedimento, ai sensi dell'art. 2 della l. n. 241/90 e dell'art. 5 del d.lgs. n. 286/1998. La decisione del Tar Marche conferma, peraltro, la giurisprudenza⁷ che da tempo, nonostante la non perentorietà del termine di 60 giorni di conclusione del procedimento, riconosce un ingiustificato inadempimento dell'amministrazione nel caso del mancato rilascio del permesso di soggiorno entro il termine previsto⁸.

Il permesso di soggiorno per calamità naturale ai sensi del rinnovato art. 20-*bis* del d.lgs. n. 286/98, ha un chiaro intento di ampliare le maglie restrit-

⁵ T.A.R. Bologna, Emilia-Romagna, sez. I, sentenza del 9 febbraio 2018, n.143.

⁶ Cass. Civ., SS.UU., ordinanza del 19 maggio 2009, n. 11535.

⁷ Tar Roma, sez. II, sentenza del 2 novembre 2011, n. 8390; Tar Napoli, sez. VI, sentenza del 6 febbraio 2020, n. 587; Tar Napoli, sez. VI, sentenza del 26 ottobre 2020, n. 4816.

⁸ Tar Napoli, sez. VI, sentenza del 1 settembre 2021, n. 5688.

tive della disciplina precedente e in linea di massima pur lasciando un ampio margine di discrezionalità all'amministrazione⁹, non prevede di dover esercitare un'istruttoria lunga e approfondita trattandosi di calamità naturali le cui conseguenze si presume possano essere facilmente accertate, come nel caso di un terremoto. Tanto è vero che il nuovo art. 20-*bis* richiama un generico riferimento alla gravità dell'evento che costituisce di per sé la ragione reale di volersi allontanare dalla zona colpita.

Tra l'altro, più in generale, la tendenza attuale del legislatore è quella di rafforzare i principi di trasparenza e celerità dell'azione amministrativa, restringendo sempre più gli spazi in cui l'amministrazione possa trincerarsi dietro ritardi, inerzia e mancate risposte¹⁰. Secondo i principi di un'amministrazione trasparente questa, ancor prima di rendere ostensibili ai cittadini dati e documenti, è tenuta ad evitare qualsiasi forma di opacità o di ambiguità, assumendo decisioni; l'antitesi della trasparenza è rappresentata proprio dal silenzio, che, essendo un non comportamento, risulta non opponibile ai privati. Inoltre, è evidente la tendenza a limitare, o addirittura escludere, i casi in cui le amministrazioni possono bloccare le procedure – in questo caso con scuse infondate – per rafforzare quei meccanismi che permettono di soddisfare le esigenze del primato dei diritti delle persone senza far prevalere il mero dirigismo burocratico¹¹.

Anche secondo i principi generali che regolano l'agire amministrativo, pertanto, emerge la necessità di ridurre sempre di più i casi in cui le amministrazioni tacciono di fronte ad istanze di privati, e di evitare che tale inerzia possa configurare un inadempimento.

Ora qui è evidente non solo la mancata conclusione del procedimento nei termini, ma anche il voler giustificare l'inerzia con argomenti inconsistenti. Le giustificazioni addotte dalla Questura di Ancona, ritenute irrilevanti dal giudice, dimostrano ancora come l'amministrazione sia impreparata a fronte delle novità legislative, e si ponga in maniera diffidente e preconcepita di fronte alle richieste dei migranti, con poca considerazione di principi generali, che provengono anche da un sistema internazionale, di rispetto e tutela dei diritti fondamentali delle persone.

⁹ Corte App., Brescia, sez. III, sentenza del 18 giugno 2021, n. 768.

¹⁰ Si veda di recente S. VILLAMENA, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela. Profili organizzativi e sostanziali*, Torino, 2020.

¹¹ TAR Milano, sez. IV, sentenza del 9 febbraio 2022, n. 300; Cass. Civ., SS. UU., sentenza del 18 gennaio 2022, n. 1390.

OLTRE IL CASO *TEITIOTA*:
LA TUTELA DEI MIGRANTI AMBIENTALI
NELLE RECENTI PRONUNCE DELLA CASSAZIONE ITALIANA

Federica Passarini*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I limiti del caso *Teitiota*. – 3. Verso il superamento del caso *Teitiota* nella giurisprudenza italiana. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Il noto caso *Teitiota c. Nuova Zelanda*¹ deciso dal Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite ha senza dubbio rappresentato un passo in avanti importante per la tutela di coloro che migrano per ragioni ambientali², stabilendo per la prima volta che il principio di *non refoulement* può applicarsi anche agli spostamenti causati dal degrado ambientale o dai disastri di origine naturale³. Al tempo stesso però la pronuncia ha sollevato numerosi dubbi sull'effettività di tale riconoscimento, soprattutto perché è stato posto a carico del richiedente asilo un onere probatorio particolarmente gravoso⁴.

In questo contributo, dopo aver esaminato le principali criticità del caso *Teitiota*, si guarderà ad alcuni recenti casi decisi dalla Corte di Cassazione italiana da cui emergono sviluppi interessanti riguardo all'applicazione del divieto di respingimento a favore dei migranti ambientali.

* Assegnista di ricerca, Università degli Studi della Tuscia.

¹ Comitato ONU per i diritti umani, pronuncia del 7 gennaio 2020, *Teitiota c. Nuova Zelanda*, UN Doc. CCPR/C/127/D/2728/2016.

² Sulla questione della definizione delle persone che si spostano per ragioni ambientali o disastri di origine naturale si veda A. DEL GUERCIO, *Migrazioni connesse con disastri naturali, degrado ambientale e cambiamento climatico: sull'ordinanza n. 5022/2020 della Cassazione italiana*, in *DUDI*, n. 2/2021, pp. 521-522.

³ Comitato ONU per i diritti umani, *Teitiota*, par. 9.11.

⁴ Si veda a tal riguardo, Ivi, Allegato II, Opinione dissenziente del membro del Comitato ONU per i diritti umani, Sig. Muhumuza, p. 15, par. 3.

2. I limiti del caso Teitiota

Nel caso *Teitiota* il Comitato per i diritti umani ha escluso la violazione da parte della Nuova Zelanda del principio di *non refoulement* derivante dagli articoli 6 e 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici in quanto il ricorrente non aveva sufficientemente provato che gli effetti dell'innalzamento del livello del mare nel Paese di rimpatrio (il Kiribati) costituissero una minaccia per il suo diritto alla vita. In particolare, il Sig. Teitiota avrebbe dovuto dimostrare che la situazione di difficoltà in cui versava il Kiribati a causa dei cambiamenti climatici gli impedisse il pieno godimento del diritto alla vita in ragione di una sua condizione personale che lo distingueva dal resto della popolazione⁵. La pretesa di tale prova è in linea con la prassi giurisprudenziale più consolidata in materia di diritti umani⁶. Secondo questa prassi, l'individuo che voglia far valere la responsabilità dello Stato per non aver prevenuto la violazione dei diritti umani di cui egli è titolare deve dimostrare che dall'azione o omissione dello Stato è derivato un rischio specifico per la propria persona, non essendo sufficiente l'allegazione di un rischio generalizzato cui sono esposti tutti i membri di una popolazione indistintamente⁷. Il fondamento di questa interpretazione si rinviene nella natura delle norme sui diritti umani, le quali hanno lo scopo di tutelare l'individuo e non la società in generale⁸.

Nel caso *Teitiota* il ricorrente aveva addotto vari argomenti per dimostrare che il ritorno in Kiribati lo avrebbe esposto alla violazione del suo diritto alla vita, in particolare del suo diritto a vivere dignitosamente⁹: i violenti scontri tra i cittadini per accaparrarsi le poche terre rimaste abitabili, la mancanza di acqua potabile, l'impossibilità di svolgere l'attività agricola da cui traeva i mezzi di sussistenza e la probabile sommersione del Kiribati nell'arco

⁵ Comitato ONU per i diritti umani, *Teitiota*, par. 9.3.

⁶ R. PISILLO MAZZESCHI, *Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2008, pp. 393 ss.

⁷ Si parla del criterio del "*real and imminent risk*". Si veda sul punto F. C. EBERT, R. I. SIJNENSKY, *Preventing violations of the Right to life in the European and the Inter-American Human Rights Systems: From the Osman Test to a Coherent Doctrine on Risk Prevention?*, in *Human Rights Law Review*, n. 2/2015, pp. 343-368.

⁸ Comitato ONU per i diritti umani, *Teitiota*, par. 9.3.

⁹ Sul diritto a una vita dignitosa si veda Comitato ONU per i diritti umani, *Commento generale n. 36: "Article 6: the right to life"*, 3 settembre 2019, CCPR/C/GC/36, par. 3.

di 15 anni. Secondo il Comitato però il Sig. Teitiota non aveva provato come ciascuna di queste condizioni oggettive presenti nel Kiribati costituissero un rischio attuale e diretto per la sua vita. Tale onere sarebbe stato soddisfatto se il ricorrente avesse provato che le lotte tra cittadini lo avevano interessato in modo particolare¹⁰; che la scarsità di acqua costituiva un rischio per la sua salute¹¹; che non poteva avere accesso ai mezzi necessari per vivere se non con l'attività agricola¹²; che negli anni successivi il Kiribati non avrebbe adottato misure adeguate a proteggere i suoi cittadini dal rischio di sommersione¹³. In ultima analisi, l'organismo di controllo ha ritenuto che il Sig. Teitiota si fosse limitato ad allegare una situazione generale di pericolo dovuta all'innalzamento del livello del mare senza precisare l'impatto specifico che questo fenomeno avesse sul suo diritto alla vita, rigettando quindi il ricorso.

Il caso in questione solleva delle perplessità riguardo all'onerosità del carico probatorio richiesto al ricorrente. Più in particolare, viene da chiedersi se la pretesa di provare un rischio specifico derivante dal degrado ambientale sia troppo difficile da soddisfare, alla luce del carattere generalizzato delle minacce ambientali e delle calamità naturali. Questi fenomeni, infatti, per loro natura tendono a riguardare una pluralità di persone indistintamente. Di conseguenza, un'interpretazione rigorosa del criterio del “*real and personal risk*” renderebbe in concreto pressoché impossibile la protezione dei migranti ambientali tramite il principio di *non refoulement*, in contrasto con quanto affermato dallo stesso Comitato dell'ONU nel caso *Teitiota*.

3. Verso il superamento del caso Teitiota nella giurisprudenza italiana

Delle indicazioni importanti in merito a come applicare la tutela garantita dal principio di *non refoulement* agli individui che si spostano per ragioni ambientali possono essere fornite dalla giurisprudenza delle corti interne, le quali sono sempre più spesso chiamate a pronunciarsi in relazione a fenomeni migratori generati da situazioni di degrado ambientale.

A tal proposito, alcuni sviluppi interessanti provengono dalla prassi giurisprudenziale italiana. Infatti, recentemente, la Corte di Cassazione italiana ha talvolta concesso la protezione ai richiedenti asilo che in ragione delle

¹⁰ *Ivi*, par. 9.7.

¹¹ *Ivi*, par. 9.8.

¹² *Ivi*, par. 9.9.

¹³ *Ivi*, par. 9.10-9.12.

condizioni climatiche e del degrado ambientale nel Paese di origine sarebbero stati esposti a un concreto rischio di violazione dei diritti fondamentali se rimpatriati. In questi casi il giudice di legittimità italiano ha applicato l'istituto di diritto interno del permesso di soggiorno per motivi umanitari (o protezione umanitaria)¹⁴. Questo è stato abolito dal D.L. n. 113/2018 il quale l'ha sostituito con permessi chiusi e tipizzati¹⁵. Tuttavia, il permesso di soggiorno per motivi umanitari continua ad applicarsi alle richieste di asilo presentate prima della sua abrogazione; esso, inoltre, sembra di fatto essere stato reintrodotta dal D.L. n. 130/2020 il quale ha aggiunto l'ipotesi di divieto di respingimento per contrasto con gli obblighi costituzionali o internazionali¹⁶. In tal modo, nell'ordinamento italiano è stata reinserita la base giuridica per garantire la protezione dei migranti la cui situazione specifica non corrisponda ad alcuna di quelle tipizzate e che, se espulsi, subirebbero violazioni dei loro diritti fondamentali.

Sono proprio queste le principali caratteristiche del permesso di soggiorno per motivi umanitari: esso ha carattere residuale rispetto alla protezione internazionale e ha lo scopo di tutelare l'individuo che in caso di rimpatrio sarebbe esposto a condizioni di vita non dignitose¹⁷. Il legislatore non ha predeterminato i motivi che possono giustificare la concessione della protezione umanitaria, lasciando al giudice il compito di valutare se il rimpatrio comporterebbe una compromissione dei diritti fondamentali del migrante. A tal fine, il richiedente asilo deve dimostrare che la situazione esistente nel Paese di provenienza sia in concreto idonea a mettere a rischio il pieno godimento dei suoi diritti umani. Infatti, la protezione umanitaria mira a "tutelare situazioni di vulnerabilità individuali attuali o pronosticate in dipenden-

¹⁴ Decreto legislativo n. 286 del 25 luglio 1998 (Testo unico sull'immigrazione, TUI), art. 5, comma 6: «Il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati [...] salvo che ricorrano seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano». Questa norma è stata abrogata con D. L. n. 113 del 4 ottobre 2018 ed è stata ulteriormente modificata con D. L. n. 130 del 21 ottobre 2020. Attualmente l'art. 5, comma 6 TUI prevede che «Il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati [...] fatto salvo il rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano».

¹⁵ Artt. 19 e 20bis TUI.

¹⁶ Art. 5, comma 6 TUI. Si veda *supra* nota 14.

¹⁷ In tal senso si veda Cass. Civ., sez. II, ordinanza del 24 febbraio 2021, n. 5022; Cass. Civ. sez. III, sentenza del 14 dicembre 2021, n. 39848, par. 9.

za del rimpatrio”¹⁸; pertanto per la sua concessione non si può prescindere dall'accertamento della sussistenza di una condizione personale del migrante che, combinata alla situazione in cui versa il Paese di origine, lo esporrebbe alla violazione dei suoi diritti fondamentali¹⁹.

È a questo punto evidente perché la giurisprudenza italiana in materia di protezione umanitaria possa risultare di particolare interesse per comprendere come applicare a favore dei migranti ambientali il principio di *non refoulement* derivante dalle norme sui diritti umani. Tale rilevanza si spiega in quanto, nonostante il permesso di soggiorno per motivi umanitari sia un istituto di diritto interno, esso si fonda sugli obblighi di tutelare i diritti fondamentali dell'individuo. Pertanto, i casi decisi dalla Corte di Cassazione italiana che verranno esaminati di seguito potranno assumere rilievo anche oltre i confini nazionali, illustrando come le norme sui diritti umani possano essere interpretate per garantire la protezione delle persone che si spostano per cause ambientali; essi possono altresì essere presi in considerazione quale espressione della prassi dello Stato italiano in questo ambito.

La giurisprudenza cui si fa riferimento consiste in alcune decisioni della Corte di Cassazione italiana da cui sembra emergere la tendenza a porre a carico del migrante un onere probatorio meno gravoso riguardo alla sua condizione personale di vulnerabilità quando nel Paese di provenienza è ravvisabile una situazione di grave degrado ambientale o di particolare esposizione alle calamità naturali.

A sostegno di questo argomento si sottolinea quanto affermato dal giudice di legittimità nell'ordinanza n. 2563/2020 relativa a un caso di immigrazione dovuta alle ripetute alluvioni avvenute nel Paese di provenienza del richiedente asilo. In questa circostanza la Corte di Cassazione ha stabilito che l'istituto della protezione umanitaria quando applicato ad ipotesi di calamità naturali debba essere interpretato in maniera evolutiva, alla luce di quanto previsto dall'articolo 20bis TUI introdotto dal D.L. n. 113/2018²⁰. Con questa norma il legislatore italiano ha espressamente previsto la concessione del permesso di soggiorno quando il Paese di rimpatrio “versa in una situazione di contingente ed eccezionale calamità che non consente il rientro e la permanenza in condizioni di sicurezza”. Nel caso di specie la Corte di Cassazione non ha precisato ulteriormente gli effetti dell'interpretazione evolutiva della norma sulla protezione umanitaria limitandosi, per l'effetto di tale con-

¹⁸ Cass. Civ. sez. I, ordinanza del 4 febbraio 2020, n. 2563, par. 5.4.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Cass. Civ., ordinanza 2563/2020, par. 5.6.

siderazione, ad accogliere il ricorso del richiedente asilo. È ragionevole ritenere che la Corte abbia conferito un peso particolare al fatto che il Paese di origine fosse esposto a ricorrenti alluvioni, al punto che tale elemento ha sollevato il ricorrente dall'onere di fornire una prova rigorosa della sua condizione personale di vulnerabilità.

Questa lettura sembra trovare conferma nella sentenza n. 39848/2021²¹. In questo caso il giudice di legittimità ha considerato decisivo per la concessione della protezione umanitaria il fatto che l'alluvione avesse distrutto la casa del richiedente asilo e gli avesse portato via gli animali che erano i suoi unici mezzi di sussistenza. La Corte ha chiarito che nel valutare se la situazione esistente nel Paese di origine del migrante sia idonea a garantirgli il godimento dei diritti fondamentali si deve tener conto delle caratteristiche climatiche e naturali di tale Paese, soprattutto quando il ricorrente allega l'impatto specifico di un evento naturale sulla sua condizione personale²². In questo caso il giudice di legittimità italiano sebbene non abbia rinunciato alla verifica della vulnerabilità individuale del richiedente asilo, ha ritenuto sufficiente che l'evento naturale avesse privato l'individuo dei mezzi di sussistenza, presumendo che in un contesto generalizzato di difficoltà economica un episodio di questo tipo fosse idoneo a esporre il migrante a condizioni di vita non dignitose²³. Facendo un parallelo con il caso *Teitiota*, è evidente come il giudice di legittimità italiano abbia posto a carico dell'individuo un onere probatorio meno gravoso riguardo alla propria condizione personale, non richiedendogli di dimostrare l'assenza di alternative per poter soddisfare i suoi bisogni essenziali²⁴.

Peraltro, su questo punto la Corte di Cassazione è stata piuttosto chiara nella pronuncia a Sezioni Unite n. 24413/2021²⁵ in cui ha affermato che la condizione individuale del richiedente "in situazioni di particolare gravità – quali la seria esposizione alla lesione dei diritti fondamentali alla vita o alla salute, conseguente, ad esempio, a eventi calamitosi o a crisi geopolitiche che abbiano generato situazioni di radicale mancanza di generi di prima necessità – può anche non assumere alcuna rilevanza"²⁶. In questo modo la suprema giurisdizione italiana ha riconosciuto espressamente che nella valutazione dei presupposti per la concessione della protezione umanitaria debba essere at-

²¹ Si veda *supra* nota 17.

²² *Ivi*, par. 9.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Comitato ONU per i diritti umani, *Teitiota*, par. 9.9.

²⁵ Corte di Cassazione, SS.UU, sentenza del 25 maggio 2021, n. 24413.

²⁶ *Ivi*, par. 46.

tribuito un peso particolare alla situazione generale di esposizione ad eventi calamitosi, fino a poter prescindere dall'accertamento della condizione personale di vulnerabilità del migrante.

4. *Considerazioni conclusive*

Il merito della giurisprudenza italiana fin qui esaminata è di aver interpretato l'istituto della protezione umanitaria recependo la nuova sensibilità maturata dalle società riguardo all'impatto del degrado ambientale e dei cambiamenti climatici sulla vita e sulla salute degli individui. Il giudice di legittimità italiano si è sforzato di trovare risposte effettive a una delle più urgenti sfide poste agli Stati dai rischi ambientali, riponendo un'attenzione specifica sulle condizioni climatiche e ambientali esistenti nel Paese di provenienza del richiedente asilo. In particolare, tali condizioni sembrano giustificare un'attenuazione dell'onere probatorio a carico del migrante il quale può limitarsi a provare che la situazione esistente nel Paese di rimpatrio lo esporrebbe a condizioni di vita non dignitose, non essendo invece necessaria la dimostrazione di una condizione personale distinta da quella del resto della popolazione. Questa interpretazione trova sostegno in altre decisioni rese di recente dalle corti interne e internazionali che hanno accolto i ricorsi per violazione dei diritti umani nonostante i ricorrenti non avessero provato l'impatto specifico del degrado ambientale sulla loro vita e sulla loro salute²⁷. In questi casi i giudici hanno tenuto conto del carattere diffuso delle minacce poste dal degrado ambientale nonché delle difficoltà di provare con certezza che da un rischio ambientale derivi un pregiudizio per la vita e la salute di un determinato individuo o gruppo di individui.

Tuttavia, si deve notare che questa giurisprudenza non riflette allo stato attuale l'approccio prevalente, essendo ancora molti i casi davanti alle corti interne e internazionali che vengono dichiarati inammissibili per difetto della prova dell'impatto specifico del degrado ambientale sulla vita e sul benessere dell'individuo²⁸. Allo stesso modo, l'orientamento della giurisprudenza ita-

²⁷ Corte Suprema dei Paesi Bassi, sentenza del 20 dicembre 2019, *Stato dei Paesi Bassi c. Stichting Urgenda*, n. 19/00135, par. 5.2.1. ss.; Corte EDU, sentenza del 24 giugno 2019, *Cordella e altri c. Italia*, n. 54414/13 e 54264/15, par. 105; Corte EDU, sentenza del 27 febbraio 2009, *Tătar c. Romania*, n. 67021/01, par. 106-107.

²⁸ Si veda, ad esempio, CGUE, sentenza del 25 marzo 2021, *Carvalho e altri c. Parlamento e Consiglio*, C-565/19 P, ECLI:EU:C:2021:252.

liana illustrato in questo contributo non risulta essere unitario nell'ordinamento italiano²⁹. Si teme che interpretando estensivamente la protezione umanitaria per includervi le ipotesi di migrazioni ambientali si finisca per trasformare questo istituto in una forma di tutela di carattere collettivo cui avrebbero diritto tutti coloro che provengono da aree colpite da disastri di origine umana o naturale. Dietro questo timore, così come dietro l'interpretazione restrittiva del principio di *non refoulement* da parte del Comitato per i diritti umani nel caso *Teitiota*, si cela il problema di come circoscrivere la categoria dei migranti ambientali in vista di flussi migratori sempre più intensi a causa dei cambiamenti climatici.

È evidente che un problema di tale portata necessita di risposte coordinate e condivise dalla generalità degli Stati. A tal riguardo sarà interessante osservare se la tendenza emersa nella giurisprudenza italiana di garantire la tutela dei migranti ambientali verrà confermata in futuro e se essa riuscirà ad influenzare i giudici di altri Stati i cui ordinamenti riconoscono forme di protezione simili al permesso di soggiorno per motivi umanitari³⁰. Infatti, si può presumere che sarà dalla giurisprudenza interna che emergeranno gli sviluppi di maggior rilievo in merito alla tutela dei migranti ambientali, dato che, con tutta probabilità, il cambiamento climatico costringerà le corti interne a confrontarsi sempre più spesso con richieste di asilo connesse al degrado ambientale e ai disastri naturali.

²⁹ Si veda da ultimo Cass. Civ., sez. VI, sentenza del 10 gennaio 2023, n. 420.

³⁰ Si vedano ad esempio in Germania, *Residence Act*, art. 60(5); in Spagna, *Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*, art. 37; nel Regno Unito, *Immigration rules*, par. 339 C e 339 CA.

L'ACCERTAMENTO DELL'ETÀ DI FRONTE
LA CORTE DI STRASBURGO:
GARANZIE PROCEDURALI E SOSTANZIALI
PER IL MINORE STRANIERO NON ACCOMPAGNATO
RICHIEDENTE ASILO

Giulia Santomauro*

SOMMARIO: 1. Le violazioni lamentate dal ricorrente in qualità di minore straniero non accompagnato richiedente asilo. – 2. L'adozione della misura provvisoria contro il Governo italiano e il giudizio successivo della Corte Edu. – 3. La centralità delle garanzie connesse alla procedura di accertamento dell'età secondo la prospettiva dell'art. 8 CEDU. – 4. Condizioni dei centri di accoglienza e “pressione migratoria”: la riaffermazione del carattere assoluto dell'art. 3 CEDU.

1. *Le violazioni lamentate dal ricorrente in qualità di minore straniero non accompagnato richiedente asilo*

Il caso concerne la denuncia contro il Governo italiano relativa alla procedura di accertamento dell'età di Ousainou Darboe, un richiedente asilo di nazionalità gambiana, il quale, malgrado sostenesse di essere minorenni, è stato collocato in un centro di accoglienza per adulti per un periodo di oltre quattro mesi. La vicenda coinvolgeva altresì un secondo cittadino straniero di cittadinanza guineana (Moussa Camara) che lamentava le medesime violazioni, ma di cui è stato cancellato il ricorso dal ruolo a causa della sua successiva ubicazione ignota.

A tale proposito, anzitutto è utile osservare che con l'espressione “accertamento dell'età” o “*age assessment*” si intendono «formal procedures by which authorities seek to establish the chronological age, or range of age, of an individual or determine whether the person is an adult or a child»¹.

A giugno 2016, il sig. Darboe, a seguito del suo arrivo sulle coste siciliane con una imbarcazione di fortuna, ha dichiarato di avere diciassette anni e ha espresso oralmente l'intenzione di presentare domanda di protezione inter-

* Research fellow in Public Law, Westfälische Wilhelms-Universität Münster (WWU).

¹ Si veda CONSIGLIO D'EUROPA, *Age assessment: Council of Europe member states' policies, procedures and practices respectful of children's rights in the context of migration*, 2017, p. 5.

nazionale. Nondimeno, non gli sono state fornite informazioni circa l'avvio della procedura di asilo, né vi è stata l'assegnazione di un tutore legale.

A settembre 2016, dopo essere stato accolto solo provvisoriamente presso una struttura per minori stranieri non accompagnati (d'ora in avanti, MSNA), il ricorrente veniva trasferito nel centro di accoglienza straordinaria per adulti di Cona.

Dopo circa un mese, l'interessato è stato sottoposto a una visita medica che si esauriva nella radiografia del distretto mano-polso (secondo il c.d. metodo di Greulich-Pyle) e in base alla quale veniva indicata la sua maggiore età. Rispetto alle modalità di svolgimento della procedura, sono state segnalate molteplici infrazioni. Segnatamente, la mancata acquisizione del consenso al controllo medico, l'inosservanza del diritto ad essere informato in merito alla procedura e l'omissione sul referto radiologico del margine di errore insito nella variabilità biologica per la stima dell'età anagrafica. In particolare, la carenza di quest'ultimo elemento, assieme alla tecnica concretamente utilizzata per la procedura, non avrebbero consentito l'applicazione del *favor* per la presunzione della minore età a fronte della persistenza di dubbi, così come, invece, è sancito nel diritto europeo e nazionale². Tale fondamento, riconosciuto anche dalla risoluzione del Consiglio del 26 giugno 1997 sui minori non accompagnati, cittadini di paesi terzi e dalla risoluzione n. 1810 del 2011 dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, si lega direttamente al rispetto del principio chiave del *best interest of the child*, conformemente a quanto previsto dall'art. 3, co. 1 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, dall'art. 24, co. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'art. 28, co. 3 del Testo Unico sull'Immigrazione.

Peraltro, il sig. Darboe, con riferimento al suo soggiorno nel centro di accoglienza di Cona, ha segnalato un serio livello di sovraffollamento, gravi caren-

² V. Direttiva (UE) 2013/32 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione), art. 25, co. 5; Direttiva (UE) 2011/36 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, art. 13, co. 1; D.lgs. n. 142/2015, Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale, art. 19-*bis*; D.lgs. n. 24/2014, Attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GA, art. 4.

ze igienico-sanitarie, episodi di violenza diffusi, l'impossibilità di usufruire di assistenza sanitaria e psicologica adeguate, nonché di accedere a informazioni giuridiche rilevanti, a un supporto di tipo legale e a un ricorso effettivo.

2. *L'adozione della misura provvisoria contro il Governo italiano e il giudizio successivo della Corte Edu*

Tali questioni venivano sollevate dinanzi alla Corte Edu nel gennaio 2017, giacché il sig. Darboe e il sig. Camara presentavano domanda di *interim measure* al fine di ottenere il proprio ricollocamento in un centro per MSNA.

Il 14 febbraio 2017, i giudici di Strasburgo, a norma dell'art. 39 del Regolamento di procedura della Corte Edu, hanno accolto la richiesta, sostenendo che non vi fossero motivazioni idonee a escludere la minore età degli interessati, né che fosse stata adottata alcuna misura di tutela nei loro riguardi. In via precauzionale, viene perciò ordinato al Governo italiano il trasferimento d'urgenza dei ricorrenti in una struttura che potesse assicurare condizioni di accoglienza ai sensi delle norme di diritto nazionale e internazionale³.

Nel frattempo, un ulteriore parere pediatrico auxologico poneva in evidenza il tasso di inaffidabilità dell'approccio adottato nella procedura di accertamento dell'età del sig. Darboe, in quanto ritenuto obsoleto, insufficiente e meramente indicativo, specialmente se utilizzato durante la fase della pubertà in cui si registrano significative variazioni individuali in termini di maturità biologica. Invero, la seconda perizia effettuata tramite il c.d. metodo Tanner-Whitehouse 3 (TW3), più recente e ritenuto maggiormente affidabile⁴, ha mostrato un risultato compatibile con la data di nascita dichiarata dal ricorrente.

In definitiva, nella sentenza del 21 luglio 2022⁵, la Corte Edu ha stabilito all'unanimità che le circostanze di cui sopra hanno dato luogo alla violazione del diritto al rispetto della vita privata e del divieto di sottoposizione a trat-

³ Corte Edu, *interim measure* del 14 febbraio 2017, *Darboe e Camara c. Italia*, ric. n. 5797/17. Per un commento a riguardo, si rimanda a E. ROZZI, *L'accertamento dell'età e l'accoglienza dei minori non accompagnati all'esame della Corte Edu*, in *Minorigiustizia*, n. 3/2017, pp. 220-228.

⁴ Sulle criticità inerenti ai metodi utilizzati per l'accertamento dell'età dei minori, cfr. L. BENSO – S. MILANI, *Alcune considerazioni sull'uso forense dell'età biologica*, in *Asgi.it*, 2013.

⁵ V. Corte Edu, *Darboe e Camara c. Italia*, cit.

tamenti inumani e degradanti a danno del sig. Darboe. Peraltro, i magistrati hanno affermato la violazione dell'art. 13 CEDU in combinato disposto con gli artt. 8 e 3 della Convenzione, non rinvenendo l'esistenza di rimedi giurisdizionali effettivi posti a disposizione dal Governo italiano per consentire al ricorrente di contestare la legittimità dell'*age assessment* e delle condizioni di vita subite durante il soggiorno nel centro di accoglienza di Cona.

3. *La centralità delle garanzie connesse alla procedura di accertamento dell'età secondo la prospettiva dell'art. 8 CEDU*

Il carattere di maggiore innovatività della sentenza risiede nel fatto che la Corte di Strasburgo si è pronunciata per la prima volta sull'applicabilità dell'art. 8 CEDU in merito alla procedura di accertamento dell'età di MSNA richiedenti protezione internazionale facendo uso di un'interpretazione ampia del concetto di "vita privata" (para. 123). Ciò costituisce uno sviluppo giurisprudenziale rilevante in quanto nella decisione si asserisce che, in virtù dello stato di peculiare vulnerabilità del minore non accompagnato richiedente asilo⁶, grava sugli Stati contraenti una serie di obblighi positivi discendenti dalla disposizione in questione (para. 123). In altri termini, i magistrati constatano come tale norma della Convenzione vincolasse il Governo italiano ad adottare tutte le misure necessarie atte a proteggere il ricorrente in quanto minore, a partire dalle diverse tutele procedurali che sorgono nella fase dell'*age assessment* secondo la normativa vigente, dal momento che questo costituisce «the first step to recognising his or her rights and putting into place all necessary care arrangements» (para. 125).

In effetti, sinora la giurisprudenza della Corte inerente alla detenzione di minori non accompagnati, laddove non erano stati identificati come tali dalle autorità nazionali ovvero sussistevano dubbi sull'età benché i soggetti si dichiarassero minorenni, era rimasta prevalentemente ancorata all'alveo degli artt. 3 e 5 CEDU⁷.

In realtà, già in precedenza, i giudici di Strasburgo, *mutatis mutandis*, aveva-

⁶ V. Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA), *Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration*, 2020, pp. 283-284; European Asylum Support Office (EASO), *Judicial analysis. Vulnerability in the context of applications for international protection*, 2021, p. 43.

⁷ V. CONSIGLIO D'EUROPA, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, 2022, paras 30 e 36.

no riconosciuto la rilevanza dell'art. 8 CEDU secondo il profilo della "vita privata" nell'ambito di un caso che riguardava il soggiorno illegittimo di un minore straniero non accompagnato in un centro di accoglienza per adulti, affermando che tale circostanza potesse ledere l'integrità fisica e mentale di un soggetto, oltre a interferire con «the development, without outside interference, of the personality of each individual in his relations with other human beings»⁸.

Tuttavia, con *Darboe e Camara c. Italia*, sembra si compia un passo in avanti in simile filone. Difatti, la Corte, ponendo in risalto l'incidenza cruciale e multidimensionale sulla situazione giuridica della persona derivante dalle tecniche utilizzate durante l'accertamento dell'età e dall'esito della procedura nel contesto migratorio, assume che gli Stati contraenti non possono limitarsi ad evitare di ingerirsi nella sfera privata degli interessati o a salvaguardare le condizioni di vita dei MSNA, ma, al contrario, devono predisporre adeguate garanzie affinché venga assicurato lo sviluppo personale e gli ulteriori diritti di carattere sostanziale.

Secondo i magistrati, la corretta verifica dell'età costituisce di per sé un mezzo di identificazione personale, indispensabile per consentire al minore di godere di speciali condizioni (para. 124). Va evidenziato, infatti, come gli effetti risultanti dalla procedura dell'età influenzino considerevolmente sia la fase dell'accoglienza e la libertà personale dell'individuo, sia aspetti sostanziali e procedurali relativi all'esame della domanda di protezione internazionale, poiché questi evidentemente mutano nel caso di un minore richiedente asilo⁹.

Orbene, va rimarcato che, da una parte, lo Stato, in caso di dubbi fondati relativi all'età dichiarata dal minore, mantiene la prerogativa di condurre un accertamento, ma dall'altra, tale processo dovrebbe avvenire con celerità e «in a scientific, safe, child and gender-sensitive and fair manner with due respect for human dignity»¹⁰.

⁸ Corte Edu, sentenza del 12 ottobre 2006, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, ric. n. 13178/03, para. 83. Su cui v. C. SMYTH, *The jurisprudence of the European Court of Human Rights relevant to child migrants*, in J. BHABHA – J. KANICS – D. S. HERNÁNDEZ, *Research Handbook on Child Migration*, Cheltenham, 2018, p. 149.

⁹ Su questi rilievi, cfr. S. PENASA, *L'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati: quali garanzie? Un'analisi comparata e interdisciplinare*, in *Federalismi.it*, n. 2/2019, p. 105; United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Guidelines on International Protection No. 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 2009.

¹⁰ V. Executive Committee of the High Commissioner's Programme, *Conclusion on Children at Risk No. 107 (LVIII) - 2007*, 2007, para. g.

Tale prospettiva, tra l'altro, è rinforzata a livello nazionale dalla c.d. legge Zampa¹¹ e dal Protocollo multidisciplinare per la determinazione dell'età dei minori stranieri non accompagnati del 2020 adottato dalla Conferenza unificata Stato-Regioni e Stato-città e autonomie locali¹². In particolare, la legge Zampa, in linea con gli *standards* previsti dal diritto sovranazionale, ha introdotto una serie di garanzie per l'identificazione dei MSNA, tra cui l'obbligo di informare lo straniero circa la procedura e le eventuali conseguenze con l'ausilio di un mediatore culturale, l'adozione di una strategia multidisciplinare e meno invasiva possibile, il dovere di comunicare l'esito dell'accertamento con indicazione del margine di errore, l'obbligo del principio di presunzione della minore età della persona e il dovere di notifica del provvedimento con relativa possibilità di impugnazione.

Del resto, è emersa ormai da tempo la necessità di un approccio olistico che integri la mera esame medico-scientifica con la componente socio-sanitaria, soprattutto a fronte di un alto livello di incerta attendibilità degli esami radiologici nella determinazione dell'età anagrafica della persona¹³.

Alla luce di quanto sopra esposto, ne scaturisce che il Governo italiano, non ottemperando agli oneri procedurali minimi previsti dall'*age assessment*, abbia intaccato in maniera determinante la sfera privata dell'interessato, pregiudicando «his right to personal development and to establish and develop relationships with others» (para. 156).

4. *Condizioni dei centri di accoglienza e "pressione migratoria": la riaffermazione del carattere assoluto dell'art. 3 CEDU*

Un ulteriore aspetto della sentenza che merita di essere posto in rilievo consiste nel passaggio per cui dalla erronea determinazione dell'età da parte delle autorità italiane sono conseguite violazioni su diversi piani di tutela sostanziale. In tal senso, secondo la Corte di Strasburgo le circostanze denun-

¹¹ V. Legge n. 47 del 2017, Misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati.

¹² Su questo aspetto, cfr. M. BENVENUTI, *Dubito, ergo iudico. Le modalità di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati in Italia*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2022, p. 189 ss.

¹³ A questo riguardo, cfr. G. NOLL, *Junk Science? Four Arguments against the Radiological Age Assessment of Unaccompanied Minors Seeking Asylum*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 28, n. 2/2016, pp. 234-250; Asylum Information Database (AIDA), *The concept of vulnerability in European asylum procedures*, 2017, p. 35 e ss.

ciate dal sign. Darboe nel centro di accoglienza e documentate da più parti hanno assunto un *level of severity* tale da determinare una lesione della dignità umana e il sorgere di trattamenti inumani e degradanti, ponendosi, così, in contrasto con l'art. 3 CEDU.

Per di più, il ricorrente ha soggiornato ingiustificatamente per un lasso di tempo esteso in un centro di accoglienza per adulti, essendo, in tal modo, sottoposto a una serie di situazioni inidonee al suo *status* di minore. I magistrati, infatti, fanno presente come le strutture per minori richiedenti asilo devono «be adapted to their age, to ensure that those conditions do not create for them a situation of stress and anxiety, with particularly traumatic consequences» (para. 167). La soglia di gravità delle denunce richiesta per l'applicabilità dell'art. 3 CEDU sarebbe, quindi, raggiunta anche in base alla condizione di estrema vulnerabilità dell'interessato, la quale deve risultare prevalente rispetto alla eventuale situazione di irregolarità nel territorio dello Stato.

Viene rammentato, in breve, che i minori stranieri presentano bisogni specifici, i quali non contemplano solo la loro età e la mancanza di autonomia, ma si estendono alla possibilità di domandare protezione internazionale. A tale proposito, la Corte osserva che la Convenzione sui diritti del fanciullo incoraggia gli Stati ad adottare misure adeguate nei confronti dei minori richiedenti asilo che siano in grado di assicurare loro protezione e assistenza umanitaria, sia qualora siano soli che accompagnati (para. 173).

In ultima analisi, nonostante il Governo italiano faccia presente che il centro di Cona è stato convertito solo in tempi recenti da sito militare a struttura di accoglienza, venendo sottoposto a una pressione migratoria per cui non era sufficientemente attrezzato, i giudici riaffermano il consolidato indirizzo interpretativo del carattere assoluto dell'art. 3 CEDU. Ancora una volta, si sostiene in maniera inequivocabile che «the difficulties deriving from the increased inflow of migrants and asylum seekers, in particular for States which form the external borders of the European Union, does not exonerate member States of the Council of Europe from their obligations under this provision» (para. 182)¹⁴.

In attesa che la Corte si pronunci su numerose impugnazioni con doglianze analoghe – come si rintraccia, ad esempio, nel ricorso *Trawalli e altri*

¹⁴ Sul punto, v. altresì Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ric. n. 30696/09, para. 223; Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ric. n. 27765/09, para. 122; Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 15 dicembre 2016, *Kblafia e altri c. Italia*, ric. n. 16483/12, para. 184.

*c. Italia*¹⁵ presentato da 13 MSNA nell'hotspot di Taranto – ci si domanda, allora, se il suddetto orientamento possa costituire un *landmark case* che aprirà la strada a un rafforzamento delle garanzie procedurali e sostanziali ai sensi degli artt. 8 e 3 CEDU, rispetto alle violazioni, spesso di natura sistematica, che si registrano nel corso dell'accertamento dell'età e con la detenzione di minori migranti.

¹⁵ V. Corte Edu, *Trawalli e altri c. Italia*, ric. n. 47287/17, presentato alla Corte Edu il 5 luglio 2017 e comunicato il 11 gennaio 2018.

“GENERAL SITUATION OF VIOLENCE”
AND LACK OF DUE DILIGENCE PENDING DETENTION:
A STEP TOWARDS A TOTAL BAN OF TRANSFERS TO CHINA?

Lorenzo Bernardini*, Silvia Rizzuto Ferruzza**

SUMMARY: 1. Factual background. – 2. Judgement of the Court: the breach of Art. 3 ECHR... – 3. ... and the violation of Art. 5 ECHR. – 4. Towards the end of extradition to China? – 5. The notion of «exhaustion of domestic remedies»: an innovative approach. – 6. Due diligence and *interim* measures in the context of extradition: a composite picture? – 7. Concluding remarks.

1. *Factual background*

The 6th of October 2022 will be remembered as the very first date on which the European Court of Human Rights (hereinafter, “ECtHR” or “the Court”) rendered a remarkable judgement concerning the possibility of extraditing a third-country national to China in the light of an alleged breach of Art. 3 ECHR¹.

The fact of the case may be summarised as follows. A Taiwanese-born citizen, Mr Han Lui, had been charged with large-scale international fraud in the context of a Chinese-Spanish international investigation that led to his arrest in Poland in August 2017 (paras 5-7). Since then, Mr Lui has been deprived of his liberty on the basis of several decisions drafted by the Warsaw Regional Court.

Notably, the first decision to place him in detention pending extradition was delivered on the 8th of August 2017 and was not appealed by the applicant. After that decision, the applicant was detained in Warsaw for over three years. Subsequent decisions have been taken *vis-à-vis* Mr Liu, to extend his detention period. Some of them were appealed by the applicant without success, while others became definitive without being challenged (paras 2 and 19-28).

* Postdoctoral Researcher in Criminal Law, University of Luxembourg.

** Doctoral Researcher in European Law, University of Luxembourg.

¹ ECtHR, Judgement 6 October 2022, *Liu v. Poland*, Application no. 37610/18. All paragraphs quoted in the text of this Chapter refers to this judgement.

Meanwhile, in September 2017, Chinese authorities asked Poland for the extradition of Mr Liu. In February 2018, the Warsaw Regional Court gave the green light to the transfer of the applicant to China, relying, *inter alia*, on: (i) the consistency of Chinese information; (ii) the fact that Mr Liu was not granted asylum in Poland and (iii) the further circumstance that there appeared to be «high probability» that Mr Liu had committed the offence at stake (paras 8-10). The same grounds were shared, in the second instance, by the Warsaw Court of Appeal (para. 11). Against this backdrop, the Polish Commissioner for Human Rights subsequently filed an appeal before the Supreme Court, on behalf of the applicant, in May 2019. Such an appeal was finally rejected (paras 15–16) and the judgement of the Warsaw Regional Court concerning the possibility of extraditing Mr Liu became definitive.

However, following a request by the Taiwanese-born citizen, the ECtHR had indicated an *interim* measure to Poland in September 2018 – extradition procedures should have been stopped by Polish authorities «until further notice» (paras 12–14). Since then, such proceedings have stayed.

2. *Judgement of the Court: the breach of Art. 3 ECHR...*

The applicant complained that his extradition to a Chinese detention facility, if carried out, would have subjected him to a real risk of ill-treatment contrary to Art. 3 ECHR. As for the admissibility of the complaint, the Court observed that the applicant had exhausted all domestic remedies, in contrast to the assumptions of the Polish Government (paras 51–54).

Subsequently, the Court wondered whether there would have been a real risk that the applicant would be subjected to inhuman treatment if extradited. Therefore, it reflected on the scrutiny carried out by the domestic courts and the extent of the evidence adduced by the Polish Government, which was based, in turn, on the reports offered by the Chinese Government.

In this regard, the ECtHR remarked that domestic courts did not consider the most recent UN (or other international bodies) reports on the matter, their scrutiny having thus been «superficial». Such a finding constituted a breach of the «special obligation» burdening on national authorities when it comes to assessing whether the person concerned would be exposed to a real risk of treatment contrary to Art. 3 ECHR. Accordingly, because of the lack of a thorough examination of the applicant's allegations by national courts, the ECtHR found itself «compelled» to consider whether the applicant would have been exposed to a risk of ill-treatment, according to Art. 3 ECHR (paras 68-70).

Then, the Court considered whether there might have existed a «general situation of violence» within the Chinese penitentiary system (paras 66 and 72). Only in the «most extreme cases» such an issue could lead to the conclusion that *every* return to the country at stake might constitute a breach, as such, of Art. ECHR (para. 66).

Against this background, the Court noted that (i) information concerning the Chinese criminal justice system is typically treated as a State secret, this denying journalists, lawyers or civil society representatives access to such information; (ii) according to relevant reports, there exist a routine-based utilisation of torture and ill-treatment against a suspect in police custody; (iii) the same reports highlighted that there is a high number of deaths occurring in prison facilities, which can be linked to the widespread use of torture; (iv) tortures are frequently implemented against suspects to extract confessions (para. 79).

Despite these shortcomings, highlighted in international reports, the Polish Government argued that the applicant «would be held at a facility where all the basic rights would be guaranteed». Yet, the ECtHR raised criticism on this point. Notably, all the information provided by Chinese authorities proved useless since they referred to another detention facility and there was no evidence concerning the detention conditions of such a centre. Finally, the Court observed that the Polish authorities had not requested diplomatic assurances but only informal statements from China supporting extradition (para. 82).

Hence, although it cannot be said that a «general situation of violence» existed *in concreto* in China, the ECtHR concluded that the widespread use of torture within Chinese detention facilities and penitentiaries «may be equated to the existence of a general situation of violence» (para. 83). And thus, the extradition of the applicant to China would constitute a breach of Art. 3 ECHR.

3. ... and the violation of Art. 5 ECHR

The Court then analysed Mr Liu's allegation that his detention pending extradition procedure was of an arbitrary nature and, additionally, of an unduly length.

As for the admissibility of the complaint, the Court recalled that, although the applicant did not challenge every detention order in his regard, he has appealed against some of them, including the two most recent decisions.

Hence, and contrary to the Government assumptions, the application of Mr Liu was considered admissible, as the latter effectively exhausted the domestic remedies at his disposal (paras 86–91).

As for the merit of the application, the ECtHR focused its analysis on the due diligence that national authorities shall exercise as long as extradition proceedings are in progress when a deprivation of liberty is applied against an individual for their transfer (paras 96–97).

The first period of detention, which lasted less than one year, did not disclose any shortcomings in this regard (para. 99). Differently, the second period of imprisonment, which lasted from July 2018 to the present, revealed that domestic authorities lacked due diligence in their conduct. The Court observed that the indication of a temporary measure had little influence over the long period of detention suffered by the applicant. Firstly, extradition proceedings have already stayed following an appeal lodged on behalf of the applicant by the Polish Human Rights Commissioner, which was pending at that moment before the Supreme Court. Secondly, the last judgement of the Polish Supreme Court came when Mr Liu had already been detained for three years and two months (para. 102 *in fine*). These two circumstances led to the conclusion that Polish authorities did not show due diligence in their conduct, thus rendering the detention suffered by Mr Liu “unlawful” in the sense envisaged in Art. 5(1)(f) ECHR (paras 100–104).

4. *Towards the end of extradition to China?*

The heart of the present judgement lies in the problem of the current state of the protection of human rights in China and its aftermath *vis-à-vis* the criminal justice system. Furthermore, the issue of international cooperation in terms of transparency—concerning the exchange of information among States—comes to the fore. Essentially, *Liu* was settled in the lack of available and updated information concerning China due to the isolationism of the latter in the context of international cooperation (paras 74–79). To what extent is China obliged to share up-to-date reports, and to what extent can Poland rely on them?

A central feature of the present judgement, the question of the burden of proof and its distribution among parties proved to be of paramount importance within the line of reasoning of the ECtHR. Against this background, one issue essentially arises – whether domestic authorities *shall* consider the more recent reports submitted by the applicant.

In this regard, the Court clarified that, lacking any other evidence provided by the Chinese Government, domestic courts do have a positive obligation to *additionally* assess *ex officio* reports issued by international and domestic governmental and non-governmental organisations to picture the current situation in the country under investigation. Convincedly, the ECtHR set forth that national authorities shall examine the source of the available material, its reliability and objectivity, as well as the authority and reputation of the author, the seriousness of the investigations through which it was compiled, the consistency of the conclusions and their confirmation by other sources (para. 74)². Accordingly, one cannot but agree with the ECtHR when the latter established the superficiality of the analysis carried out by Polish courts.

Furthermore, the Court also cited a decision which analogously concerned an extradition case, arguing that in light of the current general situation in Kyrgyzstan, a total ban on extradition was not justified – on that occasion, the ECtHR invited domestic courts to assess the existence of a «general situation of violence» on a case-by-case basis, making it indirectly clear, however, that such scrutiny may be subject to review by the Court itself, in light of changing circumstances³. Nevertheless, should such a general situation of violence exist, any deportation will be prohibited as per Art. 3 ECHR, but only in most extreme cases⁴.

Yet, the Court was open to considering that *presumably* China is a country affected by such a general situation of violence, particularly concerning the penitentiary system. The ECtHR had thus adopted a high probability threshold to reach this conclusion in the lack of other materials provided by the Chinese Government. Accordingly, from now on, it can be inferred from the wording of *Liu* that extraditions to China can be totally banned within the ECHR legal framework. The grounds on which the present judgement has been drafted do not relate to a specific feature of the applicant or the case. Rather, they are of a broad nature, involving the Chinese criminal justice system (specifically – the penitentiary one) as a whole.

² The Court recalled, by analogy, ECtHR, Judgement 23 August 2016, *J.K. and Others v. Sweden*, app. no. 59166/12.

³ ECtHR (Grand Chamber), Judgement 29 April 2022, *Khasanov and Rakhmanov v. Russia*, Applications no(s). 28492/15 and 49975/15, para. 96.

⁴ ECtHR, Judgement 28 June 2011, *Sufi and Elmi v. the United Kingdom*, Applications no(s). 8319/07 and 11449/07, para. 218.

5. *The notion of «exhaustion of domestic remedies»: an innovative approach*

One of the most remarkable features of *Liu* lies in the ECtHR's findings concerning the application's admissibility regarding Art. 5(1)(f) ECHR. Here the ECtHR is answering the following question – is an applicant placed in detention for extradition purposes required to appeal against *each* and *every* detention order or any decision extending detention for exhausting domestic remedies?

Remarkably, *Liu* provided the ECtHR with the chance to shape such a problematic situation for the first time when detention pending extradition is at stake. In this regard, the Court took position in several cases concerning Art. 5(3) ECHR, that is, detention on remand as per Art. 5(1)(c) ECHR. Whereas there was no evidence that the ECtHR could have followed the same approach *vis-à-vis* an individual deprived of their liberty for extradition purposes, the same line of reasoning has proved to be relevant *also* for such a circumstance. *A fortiori* where «numerous decisions extending an applicant's detention have been delivered» (para. 88) and when an applicant «stresses that the alleged arbitrariness of his or her detention is related to its undue length» (para. 89). From this wording, it can be inferred that a detained person can thus decide which detention orders are to be challenged before a national court without the risk of being subsequently “blamed” for such behaviour before the ECtHR. In other words, the choice to appeal is, in principle, up to the individual and their strategy.

Yet, if our reading is correct, the applicant's conduct shall be coherent and consistent with the purpose of the application under scrutiny. The latter cannot complain, for instance, about the excessive length of detention before the ECtHR in the lack of any previous appeal before national courts in which such circumstance had been highlighted, e.g. when deprivation of liberty had arguably reached «its critical point» (para. 88 *in fine*). This is apparent from the fact that the Court emphasised that Mr Liu challenged four decisions extending his deprivation of liberty «including the two most recent [ones]» (para. 90 *in fine*).

Generally, the findings of the ECtHR *in parte qua* cannot but be welcomed as a clear step towards harmonising those guarantees to be ensured *vis-à-vis* all individuals deprived of their liberty under Art. 5 ECHR.

6. *Due diligence and interim measures in the context of extradition: a composite picture?*

Another interesting feature scrutinised in *Liu* concerns the assessment of

the due diligence shown by Polish authorities in carrying out the relevant extradition procedures. This feature is of pivotal importance in reviewing the lawfulness of detention in light of Art. 5(1)(f) ECHR.

While the first period of detention did not show any shortcomings in the activities carried out by Polish authorities (para. 99), the second one might disclose the negligence of domestic bodies in implementing extradition proceedings *vis-à-vis* the applicant (para. 100). *Inter alia*, the Government argued that it did not manage to extradite the applicant since it had to comply with the *interim* measures granted by the Court. Hence, the deprivation of liberty suffered by Mr Liu was «mainly attributable» to such a measure in the eyes of the Polish Government.

However, in the present case, it is apparent that the temporary order issued by the ECtHR merely concerned the prohibition of extraditing the applicant, not the possibility of extending his detention period⁵. This assumption ought to be shared since the focus of an *interim* measure that prevents authorities from expelling or extraditing an individual lies solely in avoiding a breach of Art. 3 ECHR. A State Party could *in abstracto* also provide for the release of an applicant in such circumstances or, as typically occurs, it can keep detaining an applicant for the purpose of extradition.

Typically, it would be for national authorities to decide, according to national law, whether the individual concerned should be detained. The suspension of extradition proceedings does not influence, as such, the legality of the custodial measure at stake⁶, provided that, in any case, the individual shall not «laguin[sh] in prison for an unreasonably long period»⁷. Hence, due diligence obligations burdening on national authorities after the indication of an *interim* measure still hold their relevance in the assessment of the lawfulness of such a deprivation of liberty.

In *Liu*, the *interim* measure issued by the Court did not influence the prolonging of the detention period *vis-à-vis* the applicant. Conversely, the length of domestic proceedings before the Supreme Court played a pivotal role in the material case. The Polish Supreme Court's judgement came two years after the *interim* measure was indicated and when the applicant had al-

⁵ See ECtHR, Judgement 17 January 2012, *Keshmiri v. Turkey (No. 2)*, Application no. 22426/10, para. 34.

⁶ See, *inter alia*, ECtHR, Judgement 20 December 2011, *Yob-Ekale Mwanje v. Belgium*, Application no. 10486/10, para. 120.

⁷ ECtHR, *Azimov v. Russia*, Judgement 18 April 2013, Application no. 67474/11, para. 171.

ready been detained for three years and two months (para. 102). Within those circumstances, the ECtHR rightly acknowledged the negligence of domestic authorities, which finally led the applicant to be deprived of his liberty for an extremely long period.

7. *Concluding remarks*

With some emphasis, the present judgement was praised as a landmark decision, which «could herald an end to Europe's extraditions to China»⁸. The wording of several parts of *Liu* may lead to this conclusion. The legal fiction that a general situation of violence exists within the Chinese criminal justice system has been substantiated by several international reports drafted by NGOs and supranational bodies. However, this presumption seems suitable to be rebutted, should the material situation evolve, since the Court's judgement was mainly based on the sources concretely available at the time being.

Nonetheless, it is apparent that after *Liu* «everyone will face a real risk of ill-treatment if extradited to China». According to the ECtHR⁹, *Liu*'s findings are the result of a generic assessment of the Chinese legal framework. Thus, they can extend their scope of application beyond the individual case. Conclusively, the assessment that a breach of Art. 3 ECHR occurred in the present judgement – as a general situation of violence was deemed to *presumably* exist in China – constitutes the heart of the judgement and, accordingly, its very innovative feature. Its outcomes will be experienced in the following months should the ECtHR be requested to deal with similar cases.

⁸ Safeguards Defenders, *Landmark decision could herald end to Europe's extraditions to China*, 3 November 2022.

⁹ *Ibidem*.

“THE NEVER ENDING STORY” DEI RIFUGIATI PALESTINESI TRA REGIMI SPECIALI E VUOTI DI PROTEZIONE

Adele Del Guercio*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La giurisprudenza della Corte di Lussemburgo con riguardo ai rifugiati palestinesi. – 2.1. La sentenza *El Kott e al.* – 2.2. La giurisprudenza successiva a *El Kott e al.*: verso un approccio più restrittivo. – 2.3. L’ultima pronuncia resa: poche luci e molte ombre. – 3. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La mancata attuazione delle risoluzioni delle Nazioni Unite¹ e, di conseguenza, il protrarsi della “questione palestinese”², la recrudescenza del conflitto e le conseguenti violazioni dei diritti umani³, lo sfollamento di migliaia di persone, nella gran parte in condizione di apolidia, obbligano gli studiosi a verificare quale sia il livello di assistenza e protezione accordato dalla Comunità internazionale ai rifugiati palestinesi. In particolare, il presente lavoro si concentrerà sull’ordinamento europeo e andrà ad analizzare la giurisprudenza resa con riguardo ai rifugiati palestinesi dalla Corte di giustizia dell’UE sulla base della direttiva qualifiche⁴ e sulla conformità della stessa al regime di protezione che ci accingiamo ad esaminare.

* Professoressa associata di Diritto internazionale, Università degli Studi di Napoli L’Orientale.

¹ UN Doc. A/RES/194 dell’11 dicembre 1948 e seguenti. Per una ricostruzione storica si rinvia a T.G. FRAZER, *Il conflitto arabo-israeliano*, Bologna, 2015; A. TAKKENBERG, *The Status of Palestinian Refugees in International Law*, 1959.

² A. CASSESE, *Diritto internazionale*, Bologna, 2017, p. 70 ss.; H. CATTAN, *Palestine and International Law*, Longman, 1974; R. NIGRO, *La giurisdizione della Corte penale internazionale sul Territorio Palestinese Occupato e la statualità della Palestina [Nota a sentenza: Corte penale intern., camera preliminare I, 5 febbraio 2021]*, in *DUDI*, n. 2/2021, pp. 511-520; E.W. SAID, *La questione palestinese*, Il Saggiatore, 2011.

³ Tra gli altri, *Report of the Special Rapporteur on the situation of Human Rights in the Palestinian territories occupied since 1967*, 21 marzo 2022; *Five years after UNSC Resolution 2334, international accountability to end the Israeli occupation is more important than ever*, 23 dicembre 2021; *UN experts alarmed by rise in settler violence in occupied Palestinian territory*, 10 novembre 2021.

⁴ Direttiva (UE) 2011/95 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 recan-

Al fine di inquadrare la tematica oggetto di indagine è necessario soffermarci sull'origine della categoria dei "rifugiati palestinesi"⁵, che costituiscono, come sottolineato da un'autorevole dottrina, un *unicum* «in international law and (...) the longest-standing refugee situation»⁶. La singolarità di tale categoria di rifugiati si rinviene tra l'altro nella scelta di prevedere un regime speciale di protezione⁷, imperniato, oltre che sulle risoluzioni dell'ONU (in special modo sulla risoluzione dell'Assemblea Generale n. 194 dell'11 dicembre 1948⁸), su norme specifiche (su cui torneremo a breve) e su due organismi appositamente istituiti, la *United Nations Conciliation Commission for Palestine* (UNCCP) e la *United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East* (UNRWA)⁹.

L'UNCCP, istituito con la risoluzione n. 194, poc'anzi citata, aveva il compito di fornire protezione e di individuare una c.d. soluzione definitiva per i cittadini palestinesi privati della nazionalità e costretti a lasciare le loro case dopo la proclamazione dello Stato di Israele e il conflitto derivatone. La soluzione definitiva veniva individuata nell'autodeterminazione del popolo palestinese e nel "diritto al ritorno"¹⁰ o, qualora questo non fosse realizzabile, nell'equo risarcimento delle proprietà sottratte.

In seguito al depotenziamento dell'UNCCP, dichiaratosi impossibilitato a realizzare il mandato che gli era stato attribuito, a rivestire un ruolo centrale nel regime separato è l'UNRWA, organo sussidiario dell'Assemblea Generale, investito del compito precipuo di fornire assistenza¹¹ ai rifugiati palesti-

te norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione).

⁵ Sulla definizione di tale categoria si rinvia a F. ALBANESE, L. TAKKENBERG, *Palestinian Refugees in International Law*, Oxford University Press, 2021, p. 85 ss.

⁶ G.S. GOODWIN-GILL, *Palestine Refugees And Protection In International Law: A Speech By Guy S. Goodwin-Gill*, 20 gennaio 2022.

⁷ S. M. AKRAM, *Palestinian Refugees And Their Legal Status: Rights, Politics, And Implications For A Just Solution*, in *Journal of Palestine Studies* XXXI, no. 3/2002, pp. 36-51; G.S. GOODWIN-GILL, *Op. cit.*; G.S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law. Third Edition*, Oxford University Press, 2007.

⁸ UN Doc. A/RES/194 dell'11 dicembre 1948.

⁹ Istituita con Risoluzione dell'Assemblea Generale 302 (IV) dell'8 dicembre 1949.

¹⁰ K.R. RAIDLEY, *The Palestinian Refugees: The Right to Return in International Law*, in *The American Journal of International Law*, 1978, pp. 586-614.

¹¹ Medica, psicologica, socio-economica, diritto all'istruzione dei minori, intervento in situazioni di emergenza, microcredito, gestione dei campi profughi.

nesi, con un mandato che doveva essere temporaneo ma che è stato rinnovato periodicamente dall'Assemblea Generale, l'ultima volta fino al 30 giugno 2023¹². La zona di operatività dell'UNRWA copre cinque settori, ovvero Giordania, Libano, Siria, Striscia di Gaza e Cisgiordania (Territori occupati), compresa Gerusalemme est. A differenza dell'UNCCP, il mandato dell'UNRWA non ricomprende né la protezione giuridica dei rifugiati palestinesi¹³, né la ricerca di una soluzione definitiva, e tale circostanza viene indicata come una delle principali problematiche del regime ad hoc di protezione¹⁴.

Anche la base normativa su cui si fonda la protezione dei rifugiati palestinesi è peculiare, come si ricava dallo Statuto dell'UNHCR e della Convenzione di Ginevra del 1951 sul riconoscimento dello status di rifugiato. Il par. 7 dello Statuto dell'UNHCR esclude infatti espressamente dal mandato dell'agenzia le persone «who continue to receive from the organs or agencies of the United Nations protection or assistance». Una formulazione analoga è stata adottata per la prima parte dell'art. 1D della Convenzione di Ginevra, dove si legge infatti: «La presente Convenzione non è applicabile alle persone che fruiscono attualmente della protezione o dell'assistenza di un'organizzazione o di un'istituzione delle Nazioni Unite che non sia l'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati». A tale paragrafo è stata nondimeno aggiunta la precisazione che laddove la protezione o l'assistenza dell'altro organismo cessi «per un motivo qualsiasi senza che la sorte di queste persone sia stata definitivamente regolata conformemente alle risoluzioni prese in merito dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, esse fruiscono di tutti i diritti derivanti dalla [...] Convenzione» di Ginevra. Ai sensi delle linee-guida n. 13 dell'UNHCR, tra i motivi che concretizzano l'ipotesi di cui al secondo paragrafo dell'art. 1D non è riportabile solamente la cessazione del mandato dell'UNRWA, ma altresì la circostanza che la stessa sia nell'impossibilità di offrire protezione e assistenza. Ancora, costituiscono ipotesi rientranti in tale disposizione le minacce alla sicurezza della persona di tipo individuale (tortura, violenza sessuale, tratta) o collettivo (conflitti armati, violenza generalizzata)¹⁵. Tra le circostanze che concretizzano

¹² UN Doc. A/RES/74/83, 26 dicembre 2019.

¹³ Non di questo avviso B. GODDARD, *UNHCR and the International Protection of Palestinian Refugees*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2010, pp. 475–510.

¹⁴ D. YASSINE, *Fearing a collapse: Palestinian refugees and UNRWA's worsening financial crisis*, 30 giugno 2022.

¹⁵ UNHCR, *Guidelines On International Protection No. 13, Applicability of Article 1D of*

l'ipotesi della cessazione dell'assistenza e della protezione dell'agenzia vi sono anche gli ostacoli, di tipo burocratico o altro, posti dai governi dei settori di operatività dell'UNRWA.

Le motivazioni alla base della scelta di prevedere un regime separato erano prevalentemente politiche: gli Stati arabi volevano mantenere alta l'attenzione della Comunità internazionale sulla questione palestinese, garantendo la *specialità* e la *continuità* della protezione dei rifugiati palestinesi, perseguitati e bisognosi di tutela in quanto *gruppo*, e confidavano in una pronta soluzione, su base collettiva e in tempi stretti, conformemente agli indirizzi delle Nazioni Unite¹⁶. Nondimeno, la pronta soluzione non si è concretizzata e detto regime speciale ha rivelato nel tempo dei limiti significativi e dei vuoti di protezione nei confronti delle persone a favore delle quali è stato predisposto¹⁷.

Alla luce di quanto sopra evidenziato, la Convenzione di Ginevra non trova applicazione nei confronti di coloro che rientrano sotto il mandato dell'UNRWA, a meno che tale protezione o tale assistenza sia cessata. Una volta cessata l'assistenza dell'UNRWA, dette persone sono titolari automaticamente di tutti i diritti garantiti dalla Convenzione di Ginevra. Ciò non significa che non debbano seguire le procedure ordinarie per la richiesta dello status di rifugiato ma che l'esame è semplificato, poiché i palestinesi sono *ipso facto* 'rifugiati' e, di conseguenza, la verifica riguarda esclusivamente l'applicabilità nel singolo caso dell'art. 1D18. In sostanza non è necessario svolgere alcuna valutazione separata ed oggettiva ai sensi dell'art. 1(A)2 al fine del riconoscimento dello status di rifugiato e dei diritti correlati.

Ricadono invece nell'ambito di applicazione di detta norma quei richiedenti asilo palestinesi che si trovino al di fuori dell'area di competenza dell'UNRWA o che non siano eleggibili per l'assistenza della stessa.

In dottrina c'è chi sostiene che «the cessation of UNCCP's protection activities left all Palestinian refugees everywhere with no agency to defend their right to a durable solution to their situation. Accordingly, Palestinians in secondary movements from any country – not only from UNRWA's area of operations – should be entitled to be granted refugee status under the second paragraph of Article 1D, because they all qualify as persons who were defined as being under the protection (the search for a durable solution) of

the 1951 Convention relating to the Status of Refugees to Palestinian Refugees, dicembre 2017, par. 21 ss.

¹⁶ G. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *Op. cit.*

¹⁷ B. GODDARD, *Op. cit.*

an agency “other than UNHCR” (i.e., UNCCP), and found themselves after 1952 in a situation in which such protection had ceased»¹⁸.

Ad ogni modo, l’interpretazione dell’art. 1D, definito come una «contingent inclusion clause»¹⁹, non è pacifica e non è dunque casuale che le prassi statali di applicazione siano estremamente diversificate²⁰, sovente nel senso di negare protezione ai rifugiati palestinesi, con significative conseguenze riguardo alla possibilità per gli stessi di beneficiare dei diritti sociali ed economici e di accedere alle procedure per il ricongiungimento familiare²¹. Ad ogni modo, non è questa la sede idonea per addentrarsi nell’analisi di tali complessi profili di diritto²².

Allo stato attuale, ricadono nell’ambito di applicazione dell’art. 1D della Convenzione di Ginevra, come si ricava dalle Linee-guida dell’UNHCR²³:

- i rifugiati palestinesi (*Palestine refugees*²⁴) ai sensi della risoluzione 194(III) del 1948 e seguenti, ovvero quei palestinesi costretti a lasciare le proprie case in seguito alla proclamazione dello Stato di Israele, al conflitto e alla diaspora che ne sono derivati²⁵;
- gli sfollati ai sensi della risoluzione 2252 (ES-V) del 4 luglio 1967 e successive, ovvero coloro che sono stati costretti a spostarsi dai territori occupati da Israele a partire dalla guerra dei sei giorni del 1967 (e in conseguenza delle «subsequent hostilities») e che non hanno potuto farvi ritorno²⁶;
- i discendenti dei rifugiati palestinesi e degli sfollati come definiti ai precedenti punti, per linea patriarcale, anche se nati al di fuori dell’area di operatività dell’UNRWA e se non vi abbiano mai risieduto.

È d’obbligo una precisazione con riguardo ai *discendenti* dei rifugiati palestinesi. Ai sensi delle *Consolidated Eligibility and Registration Instructions*

¹⁸ BADIL, *Closing Protection Gaps: Handbook on Protection of Palestinian Refugees in States Signatories to the 1951 Refugee Convention*, 2nd Edition, 2015, p. 359 ss.

¹⁹ S.M. AKRAM, *Op. cit.*; G. GOODWIN-GILL, *Op. cit.*

²⁰ BADIL, *Op. cit.*; F. ALBANESE, L. TAKKENBERG, *Op. cit.*, p. 183 ss.

²¹ B. GODDARD, *Op. cit.*

²² Per un’analisi sistematica della complessa questione qui in oggetto si rinvia a F. ALBANESE, L. TAKKENBERG, *Op. cit.*

²³ UNHCR, *Guidelines On International Protection No. 13*, cit., punto 8 ss.

²⁴ Si rinvia alle *Consolidated Eligibility and Registration Instructions* (CERI), 1° gennaio 2009, sec. III, A(1), e alla ricostruzione di F. ALBANESE, L. TAKKENBERG, *Op. cit.*, p. 90 ss.

²⁵ Trattasi delle persone registrate come “rifugiate” dall’UNRWA.

²⁶ La suddetta risoluzione e le successive, adottate di anno in anno, ribadiscono il diritto al ritorno dei rifugiati e degli sfollati palestinesi. UNHCR, *Guidelines On International Protection No. 13*, cit., nota 19.

(CERI) dell'UNRWA, possono essere registrati come tali presso detta agenzia solamente i figli e le figlie di rifugiati palestinesi per via patriarcale. I figli di donne rifugiate coniugate con uomini che non beneficiano dello status possono ricevere l'assistenza materiale dell'UNRWA ma non possono essere registrati come rifugiati palestinesi. Trattasi indubbiamente di una previsione che contiene in sé una forte discriminazione di genere²⁷. Va tuttavia precisato che nell'ambito soggettivo dell'art. 1D della Convenzione di Ginevra rientrano invece anche i discendenti delle donne rifugiate palestinesi; dunque, si tiene conto della linea matriarcale, come si ricava dalle Linee-guida n. 13 dell'UNHCR²⁸. Tale approccio, che garantisce il rispetto del principio di non discriminazione e il diritto all'unità familiare, è quello seguito da UNHCR nei confronti di tutte le popolazioni che vivono una situazione di sfollamento protratto, per cui ai bambini nati in tale contesto viene riconosciuto lo status dei genitori fino a quando non venga trovata una soluzione definitiva²⁹.

In base alla classificazione di cui sopra, beneficiano dell'assistenza dell'UNRWA circa sei milioni di persone (il 30% residenti nei campi profughi³⁰), ai quali, in assenza di una soluzione giusta e duratura, si tenta di offrire una condizione di vita dignitosa, sebbene, come ammesso dallo stesso organo sussidiario dell'Assemblea Generale, tale obiettivo sia lungi dall'essere conseguito³¹. Ciò anche in ragione della delegittimazione politica della questione palestinese e dell'UNRWA stessa, la quale registra tra l'altro una significativa contrazione del supporto finanziario, che ha natura volontaria, da parte degli Stati.

2. *La giurisprudenza della Corte di Lussemburgo con riguardo ai rifugiati palestinesi*

L'art. 1D della Convenzione di Ginevra, «pietra angolare della disciplina giuridica internazionale relativa alla protezione dei rifugiati», è stato recepito anche dal regime europeo comune di asilo. Ai sensi dell'art. 12, par. 1, lett. a), della direttiva 2011/95/UE (cd. qualifiche), di rifusione della direttiva

²⁷ F. ALBANESE, L. TAKKENBERG, *Op. cit.*, p. 100.

²⁸ UNHCR, *Guidelines On International Protection No. 13*, cit., punto 8.

²⁹ UNHCR, *Guidelines On International Protection No. 13*, cit., nota 22.

³⁰ UNRWA, *Statistics Bulletin*.

³¹ UNRWA, *Unrwa Commissioner-General Philippe Lazzarini Statement to the Un Security Council*, 25 agosto 2022.

2004/83/CE, «un cittadino di un paese terzo o un apolide è escluso dallo status di rifugiato se rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 1D della convenzione di Ginevra». Tuttavia, analogamente a quanto stabilito dal suddetto trattato, laddove la protezione o l'assistenza dell'UNRWA cessi, «per qualsiasi motivo, senza che la posizione di tali persone sia stata definitivamente stabilita in conformità delle pertinenti risoluzioni adottate dall'assemblea generale delle Nazioni Unite», detta persona è *ipso facto* ammessa ai benefici della direttiva, dunque, deve esserle riconosciuto lo status di rifugiato (salvo che non si applichino le clausole di esclusione³²).

La Corte di giustizia dell'Unione europea è stata chiamata diverse volte a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla norma in questione. Lo ha fatto per la prima volta con la sentenza *Bolbol* nel 2010³³, concernente il rigetto, da parte delle autorità ungheresi, della domanda di protezione internazionale di una donna apolide palestinese proveniente dalla Striscia di Gaza ma non formalmente registrata presso l'UNRWA. A tal riguardo i giudici di Lussemburgo hanno evidenziato che «solo le persone che sono effettivamente ricorse all'aiuto fornito dall'UNRWA rientrano nell'ambito della clausola di esclusione dello status di rifugiato (di cui all'art. 1D della Convenzione di Ginevra, come recepito dall'art. 12, par. 1, lett. a della direttiva qualifiche, n.d.A), che in quanto tale va interpretata restrittivamente, e non può pertanto riguardare le persone che semplicemente hanno o avevano i requisiti per beneficiare della protezione o dell'assistenza di tale Agenzia» (par. 51, corsivo aggiunto). Di conseguenza, alla sig.ra Bolbol non può applicarsi l'art. 1D poiché non ha mai beneficiato dell'assistenza dell'UNRWA, e pertanto la stessa deve seguire la procedura ordinaria per l'esame della domanda di protezione internazionale, non essendo, nel suo caso, automatico il riconoscimento dello status di rifugiato.

La posizione della Corte nel caso *Bolbol* non è in linea con l'interpretazione dell'art. 1D della Convenzione di Ginevra contenuta nelle Linee-guida n. 13. L'UNHCR ha costantemente ribadito che l'espressione «che fruiscono attualmente» al primo periodo dell'art. 1D della Convenzione di Ginevra va infatti interpretata nel senso da ricomprendere sia le persone che ricevevano o ricevono l'assistenza dell'UNRWA, sia quelle che hanno i

³² UNHCR, *Note on UNHCR's Interpretation of Article 1D of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and Article 12(1)(a) of the EU Qualification Directive in the context of Palestinian refugees seeking international protection*, maggio 2013.

³³ CGUE, sentenza del 17 giugno 2010, *Nawras Bolbol contro Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, causa C-31/09, ECLI:EU:C:2010:351.

requisiti per accedere a tale assistenza. La *ratio* è di riconoscere «the continuing refugee character of Palestinian refugees...as (...) their entitlement to protection»³⁴.

2.1. La sentenza *El Kott e al.*

Una pronuncia di grande rilievo con riguardo all'oggetto di indagine, che ha inciso significativamente sulle prassi degli Stati membri, rendendole più garantiste³⁵, è *El Kott et al.*³⁶, adottata nel dicembre 2012, concernente le domande di protezione internazionale, rigettate dalle autorità ungheresi, di tre apolidi palestinesi fuggiti da campi profughi libanesi gestiti dall'UNRWA³⁷. I richiedenti avevano chiamato in causa l'art. 12, par. 1, lett. a della direttiva qualifiche in quanto avevano usufruito dell'assistenza dell'UNRWA, che era cessata, e pertanto avrebbero avuto diritto *ipso facto* al riconoscimento dello status di rifugiato.

I giudici di Lussemburgo, nell'esaminare il caso, hanno precisato innanzitutto che la mera assenza o la partenza volontaria dall'area di competenza dell'UNRWA non è sufficiente ai fini del riconoscimento dello status di rifugiato. Tuttavia, è indiscutibile che la situazione dei ricorrenti non è stata risolta secondo quanto previsto dalle risoluzioni delle Nazioni Unite con il ritorno o il risarcimento. La protezione internazionale ai sensi dell'art. 12, par. 1, lett. a, secondo periodo, della direttiva qualifiche deve essere riconosciuta laddove l'assistenza dell'UNRWA «cessi per qualsiasi motivo», espressione che non può essere riportata al solo caso in cui l'agenzia abbia smesso di esistere, ma altresì alla circostanza in cui sia impossibilitata a svolgere i propri compiti³⁸. Laddove la decisione di lasciare l'area di competenza dell'UNRWA sia giustificata da *motivi indipendenti dalla volontà della perso-*

³⁴ UNHCR, *Guidelines On International Protection No. 13*, cit., punto 7.

³⁵ BADIL, *Op. cit.*, p. 317.

³⁶ CGUE, sentenza del 19 dicembre 2012, *Mostafa Abed El Karem El Kott, Chadi Amin A Radi, Hazem Kamel Ismail contro Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, con l'intervento di: ENSZ Menekültügyi Főbiztosság, causa C-364/11, ECLI:EU:C:2012:826.

³⁷ UNHCR, *UNHCR Observations in the case C-364/11 El Kott and Others regarding the interpretation of Article 1D of the 1951 Convention and Article 12(1)(a) of the Qualification Directive*, 27 ottobre 2011; *UNHCR's Oral Intervention at the Court of Justice of the European Union*, 15 maggio 2012.

³⁸ Così è stabilito in UNHCR, *Guidelines On International Protection No. 13*, cit., punto 21 ss.

na è palese che l'assistenza di cui la stessa beneficiava è cessata (par. 58). Secondo la Corte di giustizia, sono le autorità nazionali a dover verificare, su base individuale e tenendo conto di tutti gli elementi che emergono dal caso di specie, se la partenza della persona interessata è giustificata da motivi che esulano dalla sfera del suo controllo e indipendenti dalla sua volontà, impedendole pertanto di beneficiare dell'assistenza accordata dall'UNRWA (par. 61). Poiché, ai sensi delle risoluzioni dell'ONU, tale regime speciale è stato istituito al fine di «garantire la continuità della protezione dei rifugiati palestinesi», un rifugiato palestinese deve essere considerato obbligato a lasciare l'area di operatività dell'UNRWA qualora «si trovi in uno stato personale di grave insicurezza» e l'agenzia non sia in grado di assicurargli, nell'area in cui aveva la residenza abituale, condizioni di vita conformi alla missione affidatale (par. 63). Si è visto che dalle linee-guida dell'UNHCR emerge come siano molteplici le motivazioni, anche soggettive o connesse ad una situazione di conflitto, o altresì alle barriere fisiche o legali poste dagli Stati terzi (chiusura delle frontiere, rifiuto di rilasciare i documenti), rilevanti per ritenere che la protezione e l'assistenza dell'UNRWA sia cessata e che pertanto debba essere riconosciuto al richiedente lo status di rifugiato. Tuttavia, va preso atto con rammarico che le prassi statali non sempre sono conformi alla lettura fornita dall'Alto Commissariato per i rifugiati e tendono a restringere l'applicazione della clausola di inclusione di cui al secondo paragrafo dell'art. 1D³⁹.

Per quanto concerne l'accesso al beneficio dei diritti garantiti dalla Convenzione di Ginevra, non può sostenersi, ad avviso della Corte, che i palestinesi abbiano un diritto incondizionato di vedersi attribuito lo status di rifugiato, dovendo dimostrare di aver lasciato un'area di operatività dell'UNRWA per motivi indipendenti dalla propria volontà e di non ricadere in altre cause di esclusione previste dalla direttiva. Nondimeno, non può ritenersi che il riferimento alla cessazione dell'assistenza dell'UNRWA e della non applicazione della clausola di esclusione faccia riferimento alla mera possibilità di accedere alla procedura di esame della domanda di protezione internazionale, perché in tal caso sarebbe svuotata di qualsiasi effetto utile e diverrebbe ridondante⁴⁰, tenuto conto che l'ordinamento internazionale e quello dell'UE riconoscono a ciascuna persona il diritto di chiedere asilo (par. 72).

³⁹ BADIL, *Op. cit.*

⁴⁰ UNHCR, *UNHCR's Oral Intervention at the Court of Justice of the European Union Hearing of the case of El Kott and Others v. Hungary (C-364/11) 15 May 2012, Luxembourg.*

Degno di nota è altresì che, laddove l'accertamento svolto dalle autorità dia esito positivo, le stesse sono tenute a riconoscere automaticamente lo status di rifugiato (par. 81) e non altre forme di protezione complementari (par. 67), poiché così è stato previsto all'art. 1D della Convenzione di Ginevra.

Trattasi di precisazioni rilevanti, in linea con l'interpretazione della disposizione or ora citata fornita dall'UNHCR. Nelle linee-guida n. 13 si evidenzia infatti che l'art. 1D costituisce una clausola di esclusione/inclusione, poiché, una volta verificato che la persona non ricadeva o non ricade più nella condizione del primo periodo – la clausola di esclusione –, ne va verificata la situazione ai sensi del secondo periodo – la clausola di inclusione. Tale verifica deve essere rigorosa, poiché, come si è detto, sono numerose le motivazioni che possono aver costretto una persona a lasciare la zona in cui è stata registrata come beneficiaria dell'assistenza dell'UNRWA⁴¹.

2.2. *La giurisprudenza successiva a El Kott e al.: verso un approccio più restrittivo*

Veniamo al caso *Albeto* del 2018⁴², riguardante una donna nata a Gaza, con passaporto rilasciato dall'Autorità palestinese, e registrata presso l'UNRWA, alla quale le autorità bulgare avevano negato l'asilo. La sig.ra Albeto aveva lasciato la striscia di Gaza attraverso un tunnel di collegamento con l'Egitto, da qui si era spostata in Giordania e poi in Bulgaria con un visto di breve periodo. Pur non volendo addentrarsi in tutti i profili di diritto che emergono dalla pronuncia in questione, è degno di nota che la Corte abbia riconosciuto l'efficacia diretta dell'art. 12, par. 1, lett. a, secondo periodo della direttiva qualifiche, che va applicato anche laddove la richiedente non l'abbia espressamente invocato. Se è poi apprezzabile la precisazione che le autorità competenti sono tenute a verificare che l'assistenza e la protezione garantite dall'UNRWA siano effettive (par. 90), risulta invece problematica l'interpretazione secondo cui la ricorrente può vedersi negare lo status di rifugiata se possa essere ammessa in *qualsiasi area* di competenza dell'UNRWA e qui essere «sufficientemente protetta» (par. 131), ovvero «soggiornarvi in sicurezza, in condizioni di vita dignitose e senza essere esposta al rischio di essere respinta nel territorio della sua residenza abituale finché non sia in grado di farvi ritorno in sicurezza». In tali circostanze, ad avvi-

⁴¹ UNHCR, *Guidelines On International Protection No. 13*, cit., par. 22.

⁴² CGUE, sentenza del 25 luglio 2018, *Serin Albeto contro Zamestnik-predsedatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite*, causa C-585/16, ECLI:EU:C:2018:584.

so della Corte, non può ritenersi che la persona sia stata costretta a lasciare l'area di operatività dell'UNRWA (par. 134). Viene poi precisato che la persona è «sufficientemente protetta» in tale area se il Paese in questione si impegna a riammetterla dopo che è stata allontanata dal territorio dell'UE, aderisce all'assistenza dell'UNRWA e rispetta il principio di *non-refoulement* (par. 143). Nel caso di specie, pertanto, le autorità statali devono verificare se la Giordania, area operativa dell'UNRWA dalla quale la ricorrente è transitata, rispetti tali condizioni e se la sig. Alheto possa essere ivi trasferita e ricevere una protezione sufficiente.

Preme far notare che tale interpretazione non è conforme alle linee-guida n. 13 dell'UNHCR, nelle quali viene specificato che la valutazione relativa alla disponibilità dell'assistenza da parte dell'UNRWA deve essere circoscritta all'area nella quale la persona aveva la *residenza abituale* e non può essere estesa a tutte e cinque i settori rientranti nel mandato del suddetto organismo, poiché è necessario ci sia un *collegamento* tra la persona e il territorio⁴³, collegamento che non può configurarsi alla luce di un mero transito nel territorio statale. Nel caso *El Kott*, la stessa Corte aveva aderito a tale posizione, da cui si discosta nella pronuncia *Alheto*.

Anche nella successiva sentenza *XT*⁴⁴ i giudici di Lussemburgo sono tornati sull'ambito di applicazione territoriale della protezione dell'UNRWA, confermando il problematico orientamento espresso in *Alheto*, ovvero che a essere rilevante, per l'esclusione dallo status di rifugiato, è la possibilità di essere ammessa in *qualsiasi area* di competenza dell'UNRWA. A tal riguardo ci sembra opportuno richiamare la posizione dell'UNHCR, che proprio con riguardo alla causa in esame ha sostenuto: «No State can safely assume that a Palestinian refugee will be able to access the protection or assistance of UNRWA in a field of operation where they have never resided, or other than that in which he or she was formerly residing. (...) Doing so would impose unreasonable and insurmountable obstacles on applicants and ignore the general workings of the State-based system of international relations and State sovereignty»⁴⁵.

⁴³ UNHCR, *Guidelines On International Protection No. 13*, cit., punto 22, lett. k.

⁴⁴ CGUE, sentenza del 13 gennaio 2021, *Bundesrepublik Deutschland contro XT*, causa C-507/19, ECLI:EU:C:2019:772.

⁴⁵ UNHCR, *Statement on the Interpretation and Application of Article 1D of the 1951 Convention and Article 12(1)(a) of the EU Qualification Directive Issued in the context of the preliminary ruling reference to the Court of Justice of the European Union from the Bundesverwaltungsgericht (Germany) lodged on 3 July 2019 – Federal Republic of Germany v XT* (C-507/19), 18 agosto 2020, par. 24.

Viene chiarito che, al fine di stabilire se in detta zona l'apolide palestinese beneficia di protezione o assistenza effettiva, le autorità statali devono verificare, sulla base di un esame individuale, che l'organo sussidiario dell'Assemblea Generale sia in grado di garantire alla persona condizioni di vita conformi alla sua missione. Ciò dipende, tra l'altro, dalla possibilità concreta per detta persona di accedere al territorio rientrando in tale settore, oppure di tornare in detta zona se ne è uscita. A tal riguardo la Corte prende atto che l'UNRWA non ha l'autorità per garantire l'accesso al territorio degli Stati che rientrano nella propria area di operatività e di garantire, dunque, lo spostamento della persona da un settore ad un altro. Dunque, viene stabilito, e ciò appare meritevole di attenzione, che le autorità statali, al fine di verificare l'applicabilità dell'art. 12, par. 1, lett. a, della direttiva qualifiche, dovranno andare a verificare se sia stato rilasciato un permesso di soggiorno, se la persona abbia risieduto in tale area di competenza, se vi sono familiari, quali siano le prassi dei governi in questione, ad esempio se manifestino di non tollerare la presenza di rifugiati palestinesi.

Ancora, è apprezzabile che i giudici di Lussemburgo si siano allineati alle linee-guida dell'UNHCR, precisando che il momento da prendere in considerazione non è quello in cui la persona ha lasciato l'area di operatività dell'UNRWA ma quello in cui le autorità statali decidono il caso. Pertanto, nella valutazione in fatto e in diritto devono rientrare anche gli elementi sorti successivamente allo spostamento; inoltre, oggetto di valutazione devono essere circostanze ragionevolmente prevedibili. Nel caso del sig. XT, ad esempio, non si può ritenere che egli abbia lasciato volontariamente l'area di operatività dell'UNRWA poiché in Siria è deflagrato un conflitto armato, il Libano non gli ha rilasciato un permesso di soggiorno e ha chiuso le proprie frontiere; analogamente ha fatto la Giordania. Tale persona ricade pertanto indiscutibilmente, ad avviso della Corte, nell'ambito di applicazione del secondo periodo dell'art. 12, par. 1, lett. a.

2.3. *L'ultima pronuncia resa: poche luci e molte ombre*

Infine, arriviamo all'ultima sentenza resa dalla Corte di giustizia in argomento, *NB, AB* del marzo 2022⁴⁶, che vede coinvolta una famiglia di apolidi palestinesi, due adulti e tre minori, di cui uno disabile, giunta nel Regno Unito da un campo profughi libanese gestito dall'UNRWA, abbandonato per le

⁴⁶ CGUE, sentenza del 3 marzo 2022, *NB, AB contro Secretary of State for the Home Department*, C-349/20, ECLI:EU:C:2019:772.

gravi discriminazioni subite, anche in ragione della disabilità del figlio, e per la carenza dei servizi medici e assistenziali. La Corte di Lussemburgo ha innanzitutto confermato che il momento a cui far riferimento per la valutazione non è quello della partenza ma quello in cui viene svolto l'esame dinanzi alle autorità competenti, amministrative o giudiziarie, e che si debba tener conto, in maniera completa ed *ex nunc*, di tutti gli elementi pertinenti, compresi quelli riguardanti il Paese di origine ed eventuali cambiamenti sorti successivamente alla partenza. Le autorità devono verificare non solo se la protezione dell'UNRWA fosse o meno effettiva al momento della partenza, ma anche se lo è al momento dell'esame della domanda di protezione internazionale. Non è infatti escluso che possano essere intervenute delle circostanze che consentono al richiedente di rientrare in condizioni di sicurezza. Tuttavia, viene precisato, e ciò appare di grande rilievo rispetto alle esigenze di tutela dei rifugiati palestinesi, che qualora la persona dimostri di essere stata costretta a lasciare la zona operativa dell'UNRWA per motivi che prescindono dalla sua volontà, ricade sullo Stato membro l'onere di provare che detta persona sia in grado di fare ritorno in tale zona e di beneficiare in essa di protezione o assistenza. Ancora, la Corte esclude che, perché si possa ritenere cessata la protezione da parte dell'agenzia, il danno alla persona debba essere stato inflitto *intenzionalmente* da parte dell'UNRWA o del Paese ospitante, ma solo che non sia garantita la sicurezza della stessa.

Desta profonda perplessità il passaggio in cui i giudici di Lussemburgo sostengono che al fine di verificare l'effettività dell'assistenza garantita dall'UNRWA si può tener conto dei servizi offerti, per conto di detto organismo, dalle ONG locali, sempre che la cooperazione con tali enti sia formale e stabile. La Corte nella pronuncia prende atto che l'organismo di cui sopra non è nelle condizioni di fornire adeguati servizi di assistenza ai disabili senza il supporto del terzo settore. D'altra parte, è la stessa agenzia ad aver ammesso che sia la compressione dei finanziamenti della Comunità internazionale, sia la condizione di estrema povertà e sovraffollamento dei campi profughi in Libano non consentono di garantire servizi specifici per i disabili, che tra l'altro in tale contesto sono costantemente vittime di discriminazioni ed emarginazione. Più in generale, l'accesso dei rifugiati palestinesi ai servizi sociali e assistenziali pubblici nel Paese mediorientale è fortemente limitato⁴⁷. Tale circostanza, diversamente da quanto si sarebbe portati a pensare, non rafforza la legittimità dello spostamento della persona, dal momento che la

⁴⁷ Cfr. la nota indirizzata dall'UNRWA alla CGUE in data 21 giugno 2021 in merito alla causa in esame, reperibile al link www.refworld.org/pd/60d5ef5f4.pdf.

protezione dell'UNRWA non è pienamente effettiva, ma diviene invece un fattore di cui tener conto al fine di escludere l'applicabilità della clausola di inclusione di cui all'art. 12, par. 1, lett. a, secondo periodo, e dunque nel senso di non riconoscere automaticamente lo status di rifugiato. La lettura fornita dalla Corte di Lussemburgo è fortemente in contrasto con le Linee-guida dell'UNHCR, dove la circostanza che l'UNRWA non sia in grado di fornire assistenza o protezione effettiva – nel caso di specie è essa stessa a dichiararlo – viene annoverata tra le ipotesi di cessazione della protezione, da cui deriva la conseguente applicazione della seconda parte dell'art. 1D e il riconoscimento dello status di rifugiato⁴⁸. Tra l'altro, proprio l'Alto Commissariato, nelle Osservazioni sul caso *NB, AB*, ha voluto ribadire che: «UNRWA is an agency of the United Nations, established by the General Assembly, with a mandate to provide protection and assistance to Palestinian refugees. An NGO is not in the same position. An NGO cannot provide “assistance” or “protection” for the purposes of the Convention»⁴⁹.

Alla luce della breve analisi condotta, è di chiara evidenza che la tutela garantita ai rifugiati palestinesi nell'ambito del sistema di asilo europeo dipende dall'interpretazione dell'art. 12, par. 1, lett. a, e dalla sua applicazione negli ordinamenti degli Stati membri. La lettura fornita dalla Corte di giustizia dell'UE, come è stato evidenziato, solo parzialmente risulta conforme alle posizioni dell'UNHCR e, tra l'altro, è divenuta più restrittiva nelle pronunce recenti, che tendono ad aggravare l'onere della prova a carico del richiedente, il quale deve dimostrare di non poter beneficiare di protezione effettiva non solo nell'area di residenza abituale, ma altresì negli altri settori di competenza dell'UNRWA. Peraltro, come si è visto, l'effettività dell'assistenza e della protezione offerta dalla stessa viene valutata anche alla luce del supporto da parte del terzo settore locale. L'effetto che ne deriva è nel senso di limitare le ipotesi in cui è possibile riconoscere lo status di rifugiato ai palestinesi.

Non mancano ad ogni modo anche elementi apprezzabili nella giurisprudenza esaminata, ad esempio la precisazione che spetta alle autorità statali dimostrare che la persona possa rientrare in un'area di operatività dell'UNRWA in condizioni di sicurezza.

⁴⁸ UNHCR, *Guidelines On International Protection No. 13*, cit., par. 22, lett. ii, b.

⁴⁹ UNHCR, *Written Observations of the United Nations High Commissioner for Refugees*, par. 49-52.

3. Conclusioni

L'indagine di cui sopra, pur senza pretese di esaustività, ha provato a restituire la complessa condizione dei rifugiati palestinesi, le cui esigenze di protezione e assistenza si declinano in modalità differenti in base al Paese in cui si trovano, al ricadere o meno sotto il mandato dell'UNRWA, all'aver lasciato l'area di operatività di detto organismo per ragioni ritenute indipendenti dalla propria volontà, al poter beneficiare della tutela offerta dall'UNHCR e/o dalla Convenzione di Ginevra. Tali fattori, letti congiuntamente all'ampia discrezionalità delle autorità statali, rendono estremamente variabile e precarizzano la condizione della suddetta categoria di persone, anche in Europa, seppure con significative differenze tra Stati membri⁵⁰.

Tra le varie questioni emerse, preme svolgere alcune considerazioni sulla nozione, richiamata anche nella sentenza *NB, AB*, di condizioni di vita conformi al mandato dell'UNRWA, i cui standard non sono definiti in alcun documento degli organismi dell'ONU, né tantomeno la Corte di giustizia dell'UE, nella giurisprudenza richiamata, si spinge a fornire delle indicazioni al riguardo. Se è indubbio, infatti, che rientra nel mandato dell'UNRWA fornire vitto, alloggio, assistenza medica, garantire ai minori il diritto all'istruzione, sostenere economicamente i rifugiati palestinesi e proteggerli in modo che possano vivere in condizioni di sicurezza, è tuttavia amaramente noto che le condizioni di vita nei settori di operatività dello stesso organismo, ed in particolare nei campi profughi, sono particolarmente difficili, anche per l'insufficienza di finanziamenti da parte della Comunità internazionale, sempre meno propensa a fornire il proprio supporto⁵¹.

Di recente il Commissario generale dell'UNRWA ha denunciato che l'80% dei rifugiati palestinesi di Libano, Siria e Striscia di Gaza vivono al di sotto della soglia di povertà⁵². La situazione, già di per sé drammatica, è progressivamente peggiorata con la pandemia da Covid-19 e, rispetto alla Striscia di Gaza⁵³, con l'*escalation* delle incursioni delle forze israeliane⁵⁴. Appare

⁵⁰ Sul gap di protezione BADIL, *Op. cit.*

⁵¹ UNHCR, *Written response of the United Nations High Commissioner for Refugees*, par. 15, lett. C.

⁵² UNRWA Commissioner-General Philippe Lazzarini *statement to the UN Security Council*, cit.

⁵³ UNHCR, *UNHCR Position on Returns to Gaza*, marzo 2022.

⁵⁴ L. DANIELE, T. MARINIELLO, *Note a margine dell'operazione "guardiano delle mura", parte i e ii. La costruzione contra legem delle strutture civili di Gaza come obiettivi militari e il*

legittimo domandarsi se la condizione di indigenza non possa costituire uno di quei motivi che legittimano lo spostamento da un settore di competenza dell'UNRWA ad un Paese terzo, posto che si tratta di una condizione indipendente dalla volontà della persona e che dimostra, ad avviso di chi scrive, l'assenza di protezione effettiva da parte del suddetto organismo. D'altra parte, è proprio l'agenzia ad aver dichiarato in più occasioni di essere nell'impossibilità di fornire l'assistenza necessaria ai rifugiati palestinesi.

Ad ogni modo, è noto che il dibattito rispetto a quali siano gli standard socio-economici necessari a garantire un livello sufficiente di vita ai rifugiati – dunque una *protezione effettiva* – non ha ancora trovato una visione condivisa né nell'Accademia, né in seno agli organismi internazionali⁵⁵.

Va poi preso atto poi che la ridefinizione degli equilibri geopolitici internazionali, così come i conflitti, interni alla regione mediorientale e internazionali, determinano conseguenze significative anche sulla questione oggetto di approfondimento. Si pensi ad esempio al conflitto in Siria, alla protratta situazione di instabilità politica ed economica in Libano, e da ultimo all'invasione dell'Ucraina da parte della Russia, con lo sfollamento di persone che ne è derivato. Quest'ultimo evento ha spinto diversi paesi europei, tra cui la Svezia, a spostare i fondi previsti a favore dell'UNRWA sulle attività di accoglienza dei cittadini ucraini⁵⁶. Ancora, si registra da tempo la pressione del governo israeliano perché venga smantellata la suddetta agenzia, ritenuta responsabile del perpetuarsi della questione palestinese, tanto da aver convinto il governo degli Stati Uniti a sospendere il contributo per l'agenzia, poi ripristinato⁵⁷.

Al di là delle contingenze, è di chiara evidenza che la questione del trattamento dei rifugiati palestinesi ha natura eminentemente politica ed è colle-

discrimine tra attacchi sproporzionati e attacchi indiscriminati nel diritto internazionale umanitario e penale, in *SIDIBlog*, 25 giugno 2021.

⁵⁵ Lisbon Expert Roundtable 9 and 10 December 2002 organised by the United Nations High Commissioner for Refugees and the Migration Policy Institute hosted by the Luso-American Foundation for Development. Summary Conclusions on the Concept of "Effective Protection" in the Context of Secondary Movements of Refugees and Asylum-Seekers.

⁵⁶ Ciò malgrado, va precisato che UE e Stati membri costituiscono attualmente i principali finanziatori dell'organo sussidiario dell'AG. UNRWA, *European union and member states representatives visit Gaza. EU confirms eur 97 million contribution to UNRWA for 2022*, 16 agosto 2022.

⁵⁷ The Times of Israel, *Shift to UNHCR criteria would strip refugee status from millions of Palestinians*, 6 settembre 2018.

gata alla mancata attuazione della soluzione individuata originariamente delle Nazioni Unite. Allo stato attuale circa sei milioni di persone usufruiscono dell'assistenza dell'UNRWA. Per la gran parte di queste persone non sono concretizzabili le classiche soluzioni durevoli previste per i rifugiati ordinari, ovvero l'integrazione/naturalizzazione nei Paesi di accoglienza (alcuni, come il Libano, restii rispetto a tale ipotesi, anche per le difficoltà politiche ed economiche in cui versano⁵⁸) o il reinsediamento in Paesi terzi, tanto meno su base collettiva. In quanto al diritto al ritorno, trattasi dell'ipotesi auspicata dagli stessi palestinesi ma che risulta di difficile realizzazione, dal momento che la Palestina non ha ancora acquisito piena soggettività internazionale⁵⁹ e tenuto conto che gran parte del territorio attribuitole dalle risoluzioni dell'ONU è stato occupato da Israele⁶⁰.

Alla luce delle premesse di cui sopra, smantellare l'UNRWA comporterebbe l'abbandono, quanto meno sul piano dell'assistenza materiale, di milioni di persone, per la gran parte apolidi, le cui condizioni di vita sono già particolarmente drammatiche. Come è stato evidenziato dall'ONU, i rifugiati palestinesi residenti in Medio Oriente costituiscono un gruppo particolarmente vulnerabile, perché sono privi della cittadinanza, dunque di numerosi diritti, e impossibilitati ad esercitare la libertà di movimento⁶¹. Di fatto l'agenzia ha svolto un ruolo determinante negli ultimi settant'anni, garantendo l'accesso ai beni di sopravvivenza, alle cure mediche e all'istruzione a diverse generazioni di rifugiati palestinesi. Spostare dette persone sotto il mandato dell'UNHCR, come è stato ipotizzato, facendole ricadere nel regime

⁵⁸ Il Libano, secondo i dati forniti da UNHCR, rappresenta il settimo Paese per numero di rifugiati accolti. Cfr. *Global trends 2021*. Nondimeno è nota la crisi istituzionale di lungo periodo da cui è affetto, così come l'instabilità economica (HRW, *World Report 2022: Lebanon*), che incide anche sulla condizione dei rifugiati palestinesi (UNHCR, *The Situation of Palestinian Refugees in Lebanon*, 2016). Peraltro, va segnalato che si registrano negli ultimi mesi partenze via mare di rifugiati, anche palestinesi, dal territorio libanese. Sulla questione, tra gli altri: Redattore Sociale, *Migranti, la morte di Loujin e quei respingimenti sistematici da Cipro al Libano Emergenze*, 19 settembre 2022; Vita.it, *Siriani, libanesi, palestinesi: supera le 80 vittime il naufragio al largo delle coste siriane*, 24 settembre 2022.

⁵⁹ R. NIGRO, *La giurisdizione della Corte penale internazionale sul Territorio Palestinese Occupato*, cit.; U. VILLANI, *La risoluzione del Parlamento europeo sul riconoscimento della Palestina*, in *Eurojus*, 2015.

⁶⁰ FRANCESCA ALBANESE, *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967*, A/77/356, 21 settembre 2022.

⁶¹ Dichiarazione riportata da T. DE ZULUETA, *L'impegno difficile di UNRWA per la difesa dei diritti del rifugiato*, in *ISPOnline*, 19 giugno 2015, p. 2.

ordinario di protezione, potrebbe mettere a rischio l'assistenza materiale e il diritto al ritorno, almeno secondo gli Stati arabi⁶². In dottrina c'è tuttavia chi sostiene che i diversi regimi possano coesistere, che potrebbe essere garantita contemporaneamente l'assistenza materiale dell'UNRWA e la protezione dell'UNHCR⁶³, senza d'altra parte rinunciare all'obiettivo posto dalle risoluzioni dell'ONU, ovvero l'autodeterminazione del popolo palestinese e il diritto al ritorno.

Ciò che è di palese evidenza è che la tematica oggetto di indagine va contestualizzata nell'ambito di quella più generale del conflitto israelo-palestinese, questione ancora irrisolta a distanza di settantacinque anni dalla sua origine⁶⁴.

⁶² B. GODDARD, *Op. cit.*

⁶³ In tal senso S. M. AKRAM, *Op. cit.*; di avviso contrario, B. GODDARD, *Op. cit.*

⁶⁴ Sul fallimento del diritto internazionale nella risoluzione della questione israelo-palestinese si rinvia a M. PERTILE, *Bisogna davvero essere pazienti con il diritto internazionale? considerazioni attorno a «broken – a palestinian journey through international law»*, in *SIDIBlog*, 11 febbraio 2021.

LA SUPREMA CORTE
SULLE PERSECUZIONI PER MOTIVI RELIGIOSI
IN MATERIA DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE:
PER UN ORIENTAMENTO RIGOROSO E CONSOLIDATO
SULLA TUTELA DELLA LIBERTÀ RELIGIOSA

Martina Millefiorini*

SOMMARIO: 1. Il merito del ricorso alla Suprema Corte. – 2. I principi della Convenzione EDU e della Costituzione sulla libertà religiosa. – 3. Un'interpretazione allineata con le recenti pronunce della Corte costituzionale.

1. *Il merito del ricorso alla Suprema Corte*

La cittadina cinese S.Y. subisce atti persecutori e discriminatori in Cina, sia sul luogo di lavoro che ad opera della polizia locale, a causa della sua appartenenza a una chiesa “domestica” (privata) cristiana. La polizia arriva ad arrestare la cittadina e ad applicarle una misura di riduzione della libertà personale. A seguito di questi avvenimenti, S.Y. lascia legalmente la Cina e giunge in Italia ove propone domanda di protezione internazionale. Udita dalla Commissione territoriale di Roma, S.Y. riferisce di essere fuggita a causa delle persecuzioni dovute alla sua fede cristiana e che teme di perdere la vita in caso di ritorno in Cina. La Commissione rigetta la domanda e il Tribunale civile di Roma, presso cui S.Y. ricorre, conferma il provvedimento della Commissione. La Corte d' Appello di Roma, chiamata a esprimersi sulla decisione, conferma le posizioni del Tribunale e della Commissione territoriale. Avverso tale decisione, la ricorrente propone ricorso per cassazione, che viene considerato fondato e accolto.

La Corte d'Appello ha escluso la presenza delle condizioni previste per il riconoscimento dello status di rifugiato ex D.lgs. n. 251 del 2007 artt. 7 e 8, ovvero la persecuzione per motivi religiosi. Inoltre, ha escluso i presupposti richiesti dal D.lgs. n. 251 del 2007, art. 14, lett. a) e b), per la concessione della protezione sussidiaria, non emergendo, secondo i giudici, elementi idonei a dimostrare che la ricorrente potesse essere sottoposta nel paese di origine a pena capitale, tortura o a trattamenti inumani o degradanti. Ulterior-

* Dottoressa di Ricerca in Filosofia del Diritto, Università Roma Tre.

mente, il collegio di merito ha negato il ricorrere di uno stato di violenza indiscriminata e situazioni di conflitto armato interno o internazionale nel paese di provenienza secondo la definizione del D.lgs. n. 251 del 2007, ex art. 14, lett. c), nonché una situazione di elevata vulnerabilità individuale della ricorrente.

Nel dettaglio, la sentenza della Corte d'Appello ha ritenuto infondata la richiesta di ottenimento dello status di rifugiato in quanto non sussisterebbe persecuzione individuale per motivi religiosi.

Come primo argomento, il giudice di merito ritiene che se la cittadina fosse stata realmente perseguitata e segnalata dalle autorità locali non avrebbe potuto lasciare così facilmente il paese utilizzando i suoi documenti. La Suprema Corte, nel cassare la sentenza, sottolinea come una tale motivazione consideri un aspetto del tutto marginale del racconto e non valuti che la Repubblica Popolare Cinese (RPC) anzi favorisca il rilascio del visto e del passaporto ai cittadini ritenuti "indesiderati", con l'evidente fine di incentivare la partenza dal paese.

Il secondo motivo di rigetto proposto dalla Corte è formulato sulla convinzione che non possa essere considerata persecuzione per motivi religiosi l'azione del governo cinese contro la ricorrente, appartenente ad una chiesa di natura "domestica", in quanto la legge cinese non proibirebbe l'esercizio del culto ma la "segretezza" dell'associazione (punita con una sanzione amministrativa); tale divieto è considerato legittimo dai giudici di merito e non può essere ritenuto, pertanto, persecutorio. Secondo la sentenza impugnata il racconto della ricorrente non sarebbe quindi coerente con il contesto della RPC, ove non vengono perseguitati i culti in generale ma solamente quelli che vogliono operare in una presunta "segretezza", ovvero non siano dichiarati dagli aderenti e riconosciuti dallo Stato.

Una siffatta interpretazione non tiene in considerazione che l'art. 19 della nostra Carta fondamentale tutela il culto nella sua dimensione pubblica e privata, con il solo limite del rispetto del "buon costume", non essendo assolutamente prevista la possibilità di punire culti "segreti" e allo stesso modo statuisce l'art. 9 della Convenzione EDU.

Infine, la sentenza impugnata sottolinea che secondo l'ordinamento della RPC, sebbene ogni culto non registrato sia da ritenersi illegittimo (quale quello a cui aderiva la ricorrente), solamente una lista di "culti maligni" sarebbero perseguiti penalmente e ciò renderebbe, pertanto, nuovamente incoerente il racconto della ricorrente rispetto al contesto ordinamentale del paese di origine. Una tale posizione, tuttavia, sembra non tenere in considerazione le persecuzioni rivolte contro altri culti, quali quello cristiano evan-

gelico, individuate in un'altra sentenza¹ della Suprema Corte che ha riconosciuto lo status di rifugiato ad un cittadino cinese in un caso analogo. In tale decisione, la Corte ha evidenziato che è da considerarsi persecuzione non solo quella che può essere rintracciata nelle leggi, perpetuata dal c.d. "Stato-ordinamento", ma anche quella che si palesa nell'operare di altri organi, tra cui la polizia locale (c.d. "Stato-apparato"), non rilevando il fatto che una tale persecuzione non sarebbe ammessa dall'ordinamento giuridico. Alla luce di queste considerazioni la Suprema Corte ha cassato la sentenza in esame ed ha previsto che la ricorrente ottenga la protezione internazionale in quanto perseguitata per motivi religiosi dal suo paese di origine.

2. *I principi della Convenzione EDU e della Costituzione sulla libertà religiosa*

La sentenza della Suprema Corte propone un orientamento rigoroso sulle persecuzioni avverso la libertà religiosa. La pronuncia della Corte d'Appello aveva, di fatto, avallato la legislazione cinese che punisce la "segretezza" del culto e che rende, pertanto, illegittime tutte le fedi che non passino per un riconoscimento statale. Inoltre, se è vero che la legge penale cinese colpirebbe esclusivamente i c.d. "culti maligni", la delegittimizzazione e la punizione *de facto* compiuta dallo "Stato apparato", rappresentato in questo caso dagli organi della polizia locale, non può essere considerata rispettosa del diritto alla libertà religiosa. Siffatta interpretazione è confermata, per di più, da un consolidato orientamento giurisprudenziale² in materia di protezione internazionale volto a riconoscere come persecutori tutti i reali atti compiuti avverso le persone, anche nelle prassi amministrative, e non solamente le disposizioni vigenti nei paesi di origine.

Una tale rigorosa interpretazione della tutela della libertà religiosa trova la sua origine nell'art. 9 della Convenzione EDU e nell'art. 19 della Costituzione. La Convenzione EDU, in particolare, propone un impianto assai rafforzato a tutela della libertà religiosa, definita uno dei «fondamenti» dello stato democratico³. L'art. 9, infatti, è intitolato «Libertà di pensiero, di coscienza e di religione». Con "libertà di pensiero" viene intesa ogni libertà di

¹ Cass. civ., Sez. III, Ordinanza del 2 novembre 2020, n. 24250.

² *Ibidem*.

³ S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 322; vedi anche Corte Edu, sentenza del 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, ric. n. 14307/88, p. 47.

culto e convinzione che costringe lo Stato ad astenersi da ogni tipo di indottrinamento e influenza filosofica e ideologica. La tutela include ogni tipo di fede religiosa, che sia teistica, ateistica o personale. Siffatta tutela non significa che non possa esservi una “Chiesa di Stato”, ma che è vietata ogni imposizione ad uno o più credi; l’insegnamento religioso dovrebbe essere libero e garantito nelle scuole pubbliche lasciando libera scelta ai genitori e ai minori non appena abbiano capacità di discernimento. Per “libertà di coscienza”, invece, s’intende non solo la religione ma anche tutti quegli altri valori sui quali è vietata ogni forma di intromissione da parte dello Stato. Infine, la “libertà di religione” in senso stretto significa libertà di aderire a qualsivoglia culto e libertà di manifestare l’adesione allo stesso. Gli Stati dovrebbero infatti garantire sia al singolo individuo che al gruppo di persone di manifestare il proprio culto privatamente o in pubblico, di insegnare il credo e di compiere pratiche religiose. Gli Stati dovrebbero pertanto precludersi qualsiasi intervento sia sul contenuto spirituale che sulle pratiche delle religioni, o agire qualsiasi forma di discriminazione tra i culti. L’unico limite posto a queste libertà è il rispetto dell’ordine pubblico, la salute e la morale pubblica, e la protezione dei diritti e delle libertà altrui⁴. Inoltre, l’art. 9 CEDU è strettamente collegato all’art. 10 (libertà d’espressione) che tutela la libertà d’opinione e la libertà di ricevere e ricercare informazioni liberamente e senza limiti imposti dallo Stato. Tale legame comprende anche l’art. 11 CEDU, che determina la libertà di unione ed associazione tutelando la dimensione collettiva del culto inteso in forma sia pubblica che privata⁵.

La nostra Costituzione tutela la libertà religiosa principalmente all’art. 19, che deve essere interpretata alla luce dei principi indicati. L’art. 19 tutela ogni culto e il suo esercizio senza discriminazioni, nella sua dimensione sia pubblica che privata, col solo limite del “buon costume” e specificando che la professione della religione può prendere «qualsiasi forma»⁶. Sull’art. 19 Cost. la Corte costituzionale si è pronunciata in diverse occasioni e da ultimo con recenti sentenze che sembrano rafforzarne il valore e sottolineare soprattutto il divieto di discriminazione tra i culti.

⁴ Art. 9 CEDU.

⁵ C. MORVIDUCCI, *voce Libertà VIII) Libertà di religione o di convinzioni – Dir. Int.*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Treccani, 1988, p. 6.

⁶ Art. 19 Cost. Principio ribadito, inoltre, in Corte Cost., sentenza 7 luglio 1988, n. 925, quando indica che il rispetto della libertà di religione comprende l’esperienza vissuta da ognuno nella sua dimensione sia individuale che comunitaria.

4. *Un'interpretazione allineata con le recenti pronunce della Corte costituzionale*

La libertà religiosa nell'ordinamento giuridico è in Italia un tema fortemente dibattuto. Basti pensare che si considera "incompiuto"⁷ il percorso giuridico per arrivare ad una piena libertà religiosa, per motivi che qui è possibile solamente accennare. In primo luogo, diverse critiche si concentrano sulla gerarchia che sussisterebbe tra i culti, con un rapporto "privilegiato" tra Stato italiano e Chiesa cattolica definito da un concordato, seguito dalle altre religioni che sono riconosciute tramite accordi definiti "intese" e, infine, le religioni che non hanno suggellato intese (di cui quella musulmana). Una tale gerarchia rischierebbe di discriminare l'esercizio di altri culti, specialmente nella legislazione e nelle prassi amministrative degli enti locali⁸; inoltre, questione dibattuta in dottrina è appunto la mancanza di una legge organica sull'esercizio del credo religioso, facendo ora fede il concordato o le intese e leggi residuali per i culti senza alcuna "intesa"⁹.

Rispetto alle criticità evidenziate si è pronunciata di recente la Corte costituzionale con l'importante sentenza n. 254/2019¹⁰, ove è stata dichiarata illegittima la legge regionale della Regione Lombardia¹¹ nella parte in cui prevedeva l'obbligo di presentare un piano per le attrezzature religiose (PAR) per la costruzione di qualsiasi edificio legato al culto, diversamente da quanto previsto per altre opere quali quelle di tipo scolastico o sanitario. Inoltre, tale piano poteva essere adottato solamente assieme al piano di governo del territorio (PGT) voluto dall'amministrazione competente. La Corte ha ritenuto che tali disposizioni violino l'art. 19 Cost. in quanto la costruzione di un edificio di culto non può ricadere nella discrezionalità dell'ente locale sia per la discriminatoria richiesta del PAR, assente per altri tipi di opere, sia per il legame con il PGT, che rende incerta e aleatoria la realizzazione di nuovi luoghi di culto. Questa sentenza propone un orientamento rigoroso volto al raggiungimento di un'effettiva e piena realizzazione della libertà religiosa per tutti i culti.

In precedenza, la Corte costituzionale si era espressa a diverso titolo in materia di libertà religiosa, soprattutto in pronunce riguardanti la comunità

⁷ A. FERRARI, *La libertà religiosa in Italia. Un percorso incompiuto*, Roma, 2013.

⁸ *Ibidem*.

⁹ A. FERRARI, *La libertà religiosa in Italia. Un percorso incompiuto*, cit.

¹⁰ Corte Cost., sentenza 5 dicembre 2019, n. 254.

¹¹ Legge regionale (Regione Lombardia), 11 marzo 2005, n. 12, Legge per il governo del territorio (1), BURL n. 11, 1° suppl. ord. del 16 marzo 2005.

musulmana. La sentenza n. 63/2016¹² ha previsto l'illegittimità di una legge regionale della Regione Lombardia¹³, in contrasto con l'art. 19 Cost., nella parte in cui poneva condizioni diverse per la costruzione di edifici religiosi a seconda che il culto fosse quello cattolico, religione firmataria di intesa con lo Stato o religione senza intesa (come quella musulmana). Inoltre, allo stesso modo sanziona la parte della legge che prevede l'obbligo, per le religioni senza intesa, di installare un impianto di videosorveglianza esterno all'edificio collegato con le forze dell'ordine; viene sanzionata, inoltre, la necessità di acquisire, per la costruzione di siffatti edifici religiosi, il parere delle forze dell'ordine e di comitati o associazioni di cittadini per valutare i "possibili profili di sicurezza pubblica" della nuova costruzione.

Le recenti interpretazioni dell'art. 19 Cost. sembrano rafforzare il significato della libertà religiosa dichiarando illegittimi tutti quegli atti che impediscano l'effettiva libertà di culto sia nella sua forma privata che, soprattutto, pubblica. Le pronunce sono orientate verso la minore intromissione possibile dello Stato, nelle sue varie articolazioni, nell'esercizio della religione e nelle modalità in cui avvengono le pratiche del credo, in special modo per quanto concerne la creazione di luoghi di culto o momenti di aggregazione. Alla luce di siffatte decisioni, la pronuncia della Corte di Cassazione in esame è orientata alla massima tutela della libertà religiosa anche in materia di protezione internazionale, considerando persecutoria e in violazione di tali diritti fondamentali ogni legislazione o prassi amministrativa che ostacola la piena possibilità di esercitare il proprio culto. L'ordinamento cinese che sanziona le religioni che non abbiano un riconoscimento statale e che punisce con misure penali *de facto* gli aderenti a questi culti non può che essere, pertanto, considerato lesivo della libertà religiosa.

¹² Corte Cost., sentenza 24 marzo 2016, n° 63.

¹³ Legge Regionale (Regione Lombardia), 3 febbraio 2015, n. 2, Modifiche alla legge regionale 11 marzo 2005, n. 12, Legge per il governo del territorio - Principi per la pianificazione delle attrezzature per servizi religiosi (1), BURL n. 6, suppl. del 05 febbraio 2015.

PARTE III

L'INCLUSIONE E L'ESCLUSIONE DELLO STRANIERO

L'accoglienza tra prospettive di rinnovamento e carenze sistemiche

LA CORTE EDU
INTERVIENE SULL'“EMERGENZA” ACCOGLIENZA IN BELGIO.
PRIME OSSERVAZIONI SULLE MISURE PROVVISORIE ORDINATE
NEI CONFRONTI DEI RICHIEDENTI ASILO SENZA DIMORA

Francesco Luigi Gatta *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Crisi dell'accoglienza: il contesto. – 3. Colpa degli ucraini? – 4. Che fine ha fatto la *Rule of Law* in Belgio? – 5. Interviene Strasburgo (che invece sembra fare sul serio). – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

C'è uno scandalo a Bruxelles. E non è (solo) quello degli europarlamentari coinvolti in presunti fenomeni di corruzione legati al mondiale in Qatar. È quello della – anche in questo caso, presunta – “crisi” dell'accoglienza, con migliaia di richiedenti asilo per le strade della capitale belga, senza alloggio né assistenza.

Crisi presunta, perché, come si dirà, questa sembra essere ricollegata non tanto (o, perlomeno, non solo) a una questione di numeri; ma, piuttosto, a una chiara mancanza di volontà politica di fornire accoglienza. Un approccio che ha condotto a un “braccio di ferro” tra giustizia e amministrazione: mentre la prima ha ordinato di accogliere centinaia di richiedenti asilo senza alloggio e assistenza, la seconda ha ostinatamente rifiutato di dare seguito a detto ordine.

Sulla vicenda è allora intervenuta la Corte europea dei diritti dell'uomo: con una serie di misure provvisorie, emesse tra la fine di ottobre e dicembre 2022, i giudici di Strasburgo hanno intimato allo Stato belga di dare esecuzione ai provvedimenti dei giudici nazionali ordinanti l'accoglienza dei richiedenti asilo.

Di fronte alla voce di Strasburgo, il Belgio ha iniziato ad accogliere alcuni stranieri (soprattutto minori non accompagnati) in strutture di permanenza e assistenza. Ma la partita è lungi dall'essere chiusa.

* Ricercatore di Diritto internazionale, Università della Tuscia.

2. *Crisi dell'accoglienza: il contesto*

L'autunno sembra essere la stagione prediletta per le misure provvisorie della Corte EDU in materia d'immigrazione: forse a causa dell'arrivo del freddo, che rende le condizioni di sopravvivenza di richiedenti asilo senza dimora e assistenza ancor più difficili.

Nell'autunno 2021, la Corte aveva ordinato di intervenire con urgenza nei confronti di afgiani e siriani bloccati nel fango e nella prima neve che velava le gelide foreste lettoni e polacche¹. Nel settembre dello stesso anno, misure provvisorie erano state ugualmente indicate alla Grecia, nel senso di fornire assistenza a migranti abbandonati sugli isolotti in mezzo al fiume Evros, vicendevolmente respinti dalle autorità turco-elleniche a colpi di *pushback* (misure cautelari peraltro apertamente violate dalla Grecia)².

L'autunno 2022 vede il Belgio protagonista: la Corte ha più volte ordinato misure cautelari con riferimento all'accoglienza dei richiedenti asilo³. Questa casistica si distingue dalla precedente: da un lato, i ricorrenti si trovavano già all'interno di uno Stato membro dell'Unione europea; dall'altro, avevano ottenuto provvedimenti delle autorità giudiziarie nazionali in loro favore e nel senso di un diritto all'accoglienza. Questi provvedimenti, tuttavia, sono rimasti ineseguiti.

All'origine di tale "scontro" tra i giudici e la FEDASIL, l'agenzia federale belga responsabile dei richiedenti asilo, si trova una "pioggia" di ricorsi (oltre 5.000 in meno di un anno)⁴, presentati davanti alle corti domestiche da

¹ Su queste misure, si v. le analisi di E. DELVAL, *Quant au droit d'accès effectif aux procédures d'asile, tel que découlant de l'article 3 de la CEDH et de l'article 4 du protocole no. 4, des demandeurs d'asile bloqués aux frontières de la Pologne et de la Lettonie*, in *Cahiers de l'EDEM*, octobre 2021; C. MILANO, *La situazione dei migranti ai confini con la Bielorussia: le richieste di adozione di misure provvisorie al vaglio della Corte di Starasburgo*, in *ADiM Blog, Osservatorio della giurisprudenza*, aprile 2022.

² Cfr. sul punto P. ELEFThERiADiS, *Pushbacks and Lawlessness*, in *EJIL: Talk!*, 25 March 2022; ECRE, *Greece: Authorities Ignore ECtHR Interim Measures and Distress Calls as Turkiye Increase Return Efforts of Refugees, Systematic Detention of Asylum Seekers Persists*, 17 June 2022.

³ Si v. le decisioni del 31 ottobre 2022, *Camara c. Belgio*, ric. n. 49255/22; 15 novembre 2022, *Msalleem e 147 altri c. Belgio*, ric. n. 48987/22 e 147 altri; 21 novembre 2022, *Reazei Shayan c. Belgio*, ric. n. 49464/22 e 189 altri; 1° dicembre 2022, *Almassri e 121 altri c. Belgio*, ric. n. 49424/22 e 121 altri.

⁴ Come spiega J.B. FARCy, *The Belgian reception crisis before the ECtHR: The Court orders Belgium to respect the rule of law*, in *Strasbourg Observers*, 2 December 2022.

avvocati e ONG per mancato rispetto delle norme interne sull'accoglienza dei richiedenti asilo (a loro volta attuative del diritto dell'Ue in materia). Da tale contezioso l'amministrazione belga è uscita sconfitta, con l'ordine di fornire con urgenza assistenza ai ricorrenti (con provvedimenti subito esecutivi e assistiti da sanzioni economiche: fino a 10.000 € per ogni giorno di ritardo nel provvedere alla sistemazione dei richiedenti asilo)⁵.

I provvedimenti dei giudici sono rimasti ineseguiti. Risultato: ulteriore serie di ricorsi da partedi avvocati e associazioni, con conseguente sovraccarico delle corti. Ne sono seguite varie reazioni: riflettori accesi dai media, pronti ad alimentare l'“emergenza accoglienza”⁶, coro di proteste⁷ e risposta polemica del governo⁸.

3. *Colpa degli ucraini?*

La situazione in Belgio è critica. Il sistema di accoglienza è sotto pressione: al punto che si sostiene la non-eseguibilità di trasferimenti Dublino verso tale Paese⁹. Ma come si è giunti a tal punto? Vera crisi dei numeri o volontà politica? Le ragioni sono molteplici.

Anzitutto, non si tratta di una situazione inedita. Nel 2015, nel caso *V.M. e altri c. Belgio*, la Corte EDU aveva già affrontato una situazione di presunta emergenza accoglienza nel sistema belga. E, di fronte alle argomentazioni difensive del Governo circa la saturazione delle strutture di recepimento di migranti, aveva affermato: «Notwithstanding the fact that the reception crisis was an exceptional situation... the Belgian authorities should be considered to have failed to satisfy their obligation not to expose the applicants to conditions of extreme poverty... having left them out on the streets with no resources, no access to sanitary facilities, and no means of providing for their essential needs»¹⁰.

⁵ J.B. FARCY, *Op. cit.*

⁶ M. BIERMÉ, *Migration: la Vivaldi embourbée dans la crise de l'accueil*, in *Le Soir*, 26 ottobre 2022.

⁷ Si v. il comunicato dell'ordine degli avvocati di Bruxelles, disponibile al seguente link: https://www.barreaubruxelles.be/images/actualite/communiqué_presse_121022.pdf.

⁸ M. CHINI, 'Can't keep millions of pigs either': *Outrage over Flemish minister's refugee comparison*, in *The Brussels Times*, 15 December 2022.

⁹ J.B. FARCY, *Op. cit.*

¹⁰ Corte EDU, sentenza 7 luglio 2015, *V.M. e altri c. Belgio*, ric. n. 60125/11, §162.

La “grande crisi” del 2015 aveva portato il Governo (allora guidato da Charles Michel, ora Presidente del Consiglio europeo) a chiudere molte strutture di accoglienza. Successivamente, la FEDASIL aveva temporaneamente sospeso il trattamento di tutte le domande di protezione internazionale presentate da cittadini afgiani a seguito del ritorno dei talebani a Kabul¹¹. Le procedure sono poi riprese nel 2022, ma, mentre le domande di asilo presentate dagli afgiani rimanevano pendenti, questi si trovavano in strutture di accoglienza che si sono rapidamente riempite¹². Infine, nella primavera del 2022 è iniziato l'esodo degli ucraini, per i quali si è attivata la direttiva sulla protezione temporanea¹³. In base a tale strumento, i beneficiari hanno diritto a un alloggio adeguato, il che crea ulteriore pressione sulle infrastrutture pubbliche. Con oltre 61.000 ucraini accolti in protezione temporanea, il Belgio si è trovato ulteriormente sotto pressione¹⁴. Non è, però, solo una questione di numeri.

4. *Che fine ha fatto la Rule of Law in Belgio?*

FEDASIL è stata condannata migliaia di volte dai tribunali nazionali che hanno ordinato all'Agenzia di fornire alloggio a tutti i richiedenti asilo. Ma l'esecuzione delle sentenze nazionali è stata consapevolmente ignorata dal governo belga: questa è una aperta e deliberata violazione del principio dello stato di diritto.

Non si tratta, peraltro, di una novità: basti richiamare il caso dei visti umanitari *M.N. e altri c. Belgio*, deciso dalla Grande Camera della Corte EDU nel 2020¹⁵. Come noto, la Corte ha escluso che il Belgio avesse giurisdizione

¹¹ Sulla crisi afgiana e le reazioni dell'UE, v. F.L. GATTA, *La crisi afgiana bussava alle porte dell'Europa: gli Stati membri preparano le barricate?*, in *ADiM Blog, Editoriale*, ottobre 2021.

¹² Per i dati su richiedenti asilo in Belgio, cfr. https://www.cgra.be/fr/chiffres?field_cijfers_month_year_value%5Bvalue%5D%5Byear%5D=2022.

¹³ Su cui v. M. SAVINO, F.L. GATTA, *On the Brink of a New Refugee Crisis. Temporary protection as a paradigm shift?*, in *Verfassungsblog*, 10 March 2022; S. PEERS, *Temporary Protection for Ukrainians in the EU? Q and A*, in *eulawanalysis.blogspot.com*, 27 February 2022; D. THYM, *Temporary Protection for Ukrainians. The Unexpected Renaissance of 'Free Choice'*, in *Verfassungsblog*, 5 March 2022.

¹⁴ Pur non essendo certo ai primi posti in Europa nel recepimento degli sfollati ucraini: v. i dati UNHCR (aggiornati a dicembre 2022) disponibili al link <https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine>.

¹⁵ Corte EDU, decisione 5 marzo 2020, *M.N. e altri c. Belgio*, ric. n. 3599/18.

zione sui ricorrenti, i quali avevano presentato domande di visto umanitario presso l'ambasciata belga a Beirut. Tuttavia, come sottolineato nell'intervento di terzi dell'Ordine degli avvocati franco-germanofoni del Belgio, questo caso non avrebbe nemmeno dovuto raggiungere la Corte EDU, poiché i tribunali nazionali avevano già emesso sentenze che intimavano allo Stato di rilasciare visti umanitari in favore dei ricorrenti. L'amministrazione belga, tuttavia, aveva rifiutato di eseguire tali decisioni. In *Camara c. Belgio*, con misura provvisoria del 31 ottobre 2022, la Corte EDU ha ordinato al Belgio di fornire alloggio e assistenza al ricorrente, un richiedente asilo della Guinea privato delle condizioni materiali di accoglienza da metà luglio¹⁶. Anche in questo caso, la controversia è arrivata a Strasburgo a seguito del deliberato rifiuto del governo belga di eseguire decisioni giudiziari nazionali.

A questo ultimo proposito, si può osservare come il Belgio si ponga anche in aperta violazione della *Rule of Law* dell'Unione europea. La direttiva accoglienza prevede che le condizioni materiali di accoglienza debbano essere disponibili per tutti i richiedenti protezione internazionale dal giorno in cui presentano la domanda. Secondo l'art. 17, «Gli Stati membri provvedono a che le condizioni materiali di accoglienza assicurino un'adeguata qualità di vita che garantisca il sostentamento dei richiedenti e ne tuteli la salute fisica e mentale». L'obiettivo della direttiva è garantire la dignità umana a tutti i richiedenti asilo (considerando n. 35).

La Corte di giustizia dell'Ue, poi, ha chiarito che gli Stati membri hanno l'obbligo di garantire ai richiedenti asilo condizioni minime di accoglienza anche in pendenza del procedimento di presa in carico o di ripresa in carico da parte dello Stato membro competente ai sensi del regolamento Dublino III¹⁷. Inoltre, ha sancito la contrarietà al diritto dell'Unione della revoca di tutte le condizioni materiali di accoglienza, anche temporanea, per i richiedenti asilo, pur se violenti, poiché l'accesso all'assistenza sanitaria e a uno standard di vita dignitoso devono sempre essere garantiti¹⁸. Da ultimo, in

¹⁶ Corte EDU, decisione 31 ottobre 2022, *Camara c. Belgio*, ric. n. 49255/22.

¹⁷ CGUE, sentenza 27 settembre 2012, *Cimade/GISTI*, causa C-179/11.

¹⁸ CGUE, sentenza 1° agosto 2022, *TO*, causa C-422/21; sentenza 12 novembre 2019, *Haqbin*, causa C-233/18, su cui v. M. FORTI, *Alla ricerca di un punto di equilibrio tra la salvaguardia dell'ordine pubblico e la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti richiedenti protezione internazionale: la decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso Haqbin*, in *ADiM Blog, Osservatorio della giurisprudenza*, dicembre 2019 e M. MARCHEGIANI, *Revoca delle condizioni materiali di accoglienza e minori richiedenti protezione: l'orientamento della Corte di giustizia nel caso Haqbin*, in *SIDIBlog*, 30 novembre 2019.

M.A. la Corte ha stabilito che la Lituania non poteva, anche in caso di dichiarazione di emergenza a causa di un afflusso massiccio di richiedenti asilo, privarli della possibilità di chiedere asilo e quindi di ricevere adeguate condizioni di accoglienza materiale¹⁹.

Queste considerazioni fanno propendere per l'esigenza di una procedura di infrazione nei confronti del Belgio. La Commissione europea, tuttavia, sembra disposta a intervenire solo nei casi più eclatanti (Ungheria, Polonia). Il Belgio, inoltre, a gennaio 2023 si è già visto aprire una procedura di infrazione per incorretta trasposizione di alcune disposizioni della direttiva accoglienza²⁰.

5. *Interviene Strasburgo (che invece sembra fare sul serio)*

Nello scenario sopra evocato si è inserita la Corte EDU. Lo ha fatto, da ultimo, con decisione del 16 dicembre 2022, recante misure provvisorie *ex art. 39* del proprio regolamento di procedura²¹. Queste misure cautelari si pongono in scia alle altre già ordinate in precedenza (v. *supra* per i riferimenti). In questo ultimo caso, però, la Corte non si è limitata a ordinare le misure cautelari: con decisione *ex art. 39*, par. 2 del proprio regolamento di procedura, ne ha dato comunicazione al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, l'organismo incaricato di vigilare sull'esecuzione delle decisioni della Corte.

Queste misure cautelari, poi, arrivano dopo un importante precedente: con sentenza resa nel caso *M.K. e altri c. Francia*,²² la Corte, all'unanimità, ha riscontrato una violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU da parte della Francia a causa della mancata esecuzione di una decisione del tribunale amministrativo di Tolosa che ordinava di fornire alloggio e assistenza ai ricorrenti, un gruppo di richiedenti asilo di nazionalità congolese e georgiana, tra cui figuravano minori e persone malate. La Corte, preliminarmente, ha ritenuto che la decisione di concedere o rifiutare un alloggio in una situazione di bisogno costituisca "un diritto di carattere civile" ai sensi e ai fini dell'art. 6, par. 1, CEDU,

¹⁹ CGUE, sentenza 30 giugno 2022, *M.A.*, causa C-72/22.

²⁰ Procedura n. INFR(2022)2157, con lettera di messa in mora del 26 gennaio 2023.

²¹ Corte EDU, decisione 16 dicembre 2022, *Al-Shujaa e altri c. Belgio*, ric. n. 52208/22 e altri 142; e *Niazai e altri c. Belgio*, ric. n. 55140/22 e 16 altri.

²² Corte EDU, sentenza 8 dicembre 2022, *M.K. e altri c. Francia*, ric. nn. 34349/18, 34638/18 e 35047/18.

norma che, pertanto, risulta pienamente applicabile al caso dei ricorrenti²³. Ha osservato, quindi, che il Governo francese non aveva dimostrato le proprie argomentazioni secondo cui, all'epoca deifatti, le strutture di accoglienza interessate fossero sul punto di saturazione; che vi fossero fondi insufficienti per coprire il costo della sistemazione dei ricorrenti in albergo; e che l'esecuzione dei provvedimenti emanati in loro favore si fosse rivelata in pratica particolarmente complessa. Pertanto, l'atteggiamento passivo delle autorità amministrative, tenute a far rispettare le decisioni giudiziarie, ancor più in controversie coinvolgenti la tutela della dignità umana di persone in situazione di particolare vulnerabilità, è stato considerato non compatibile con l'art. 6 CEDU. Si tratta di un precedente di rilievo, che potrebbe avere un peso determinante sulla casistica pendente contro il Belgio.

6. Conclusioni

Alle frontiere esterne dell'Unione la situazione è da tempo fuori controllo. La *Rule of Law* è calpestata da respingimenti sommari, espulsioni collettive, violenza, soprusi. Nel Mediterraneo va in scena il film già visto delle navi bloccate al largo delle coste, con la solita *bagarre* per la redistribuzione di poche decine di migranti²⁴.

All'interno dell'Unione, dove la *Rule of Law* dovrebbe essere meno "sfuggente" che presso le frontiere, la situazione appare ugualmente problematica. Il caso del Belgio è allarmante. La mancata esecuzione delle sentenze delle corti domestiche (e non di una, come nel caso dei visti umanitari, ma di

²³ Come noto, la giurisprudenza di Strasburgo ha ripetutamente chiarito che l'art. 6 CEDU non copre la materia dell'immigrazione: si v. Corte EDU, sentenza 5 ottobre 2000, *Maaouia c. Francia*, ric. n. 39652/98; sentenza 4 febbraio 2005, *Mamatkulov e Askarov c. Turchia*, ric. nn. 46827/99 e 46951/99; decisione 5 marzo 2020, *M.N. e altri c. Belgio*, ric. n. 3599/18.

²⁴ Sul punto, v. l'ennesima dichiarazione congiunta rilasciata da Italia, Grecia, Malta e Cipro sui "Paesi di primo ingresso in Europa", disponibile al seguente link: https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2022-11/joint_statement.pdf. Sulle conseguenze di un tale approccio, v. M. SAVINO, *Il passo falso del Governo Meloni sulle navi ONG e il rischio di isolamento dell'Italia nell'Unione*, in *ADiM Blog*, Editoriale, novembre 2022. D'altro canto, v. l'inconcludente *Action Plan for the Central Mediterranean* della Commissione, reperibile qui: https://home-affairs.ec.europa.eu/system/files/2022-11/EU%20Action%20Plan%20for%20the%20Central%20Mediterranean_en.pdf.

centinaia), recanti l'ordine di offrire condizioni materiali di accoglienza a tutti i richiedenti asilo dal giorno in cui hanno presentato una domanda di protezione internazionale, è grave. Ciò pone anche un problema, strutturale e diffuso, di inefficacia dei rimedi interni.

Avvocati e ONG non hanno allora avuto altra via che quella di Strasburgo: le misure provvisorie ordinate dalla Corte EDU hanno avuto effetto, il Belgio avendo fornito alloggio, assistenza sanitaria e cibo ai ricorrenti. Ma la Corte europea, già sfiancata da un carico di lavoro che fatica a gestire, e sottoposta alla costante pressione critica dei governi, non può essere la panacea. Per ora ha funzionato, ma quanto tempo passerà prima che il Belgio ceda alla tentazione di fare come Polonia e Ungheria, ormai da tempo sorde (anche) alla voce critica di Strasburgo?

I RAPPORTI “PUBBLICO-PRIVATO” E “CENTRO-PERIFERIA”
NEL SISTEMA DI ACCOGLIENZA DEI RICHIEDENTI ASILO:
QUALE FUTURO ALLA LUCE DELLE ULTIME RIFORME?

Luca Galli*

SOMMARIO: 1. Il sistema di accoglienza dei richiedenti asilo: un quinquennio di trasformazioni. – 2. L’impatto del Codice del Terzo settore sui rapporti pubblico-privati. – 3. I rapporti centro-periferia nella nuova accoglienza dei rifugiati ucraini. – 4. Alcune brevi conclusioni.

1. *Il sistema di accoglienza dei richiedenti asilo: un quinquennio di trasformazioni*

Il sistema di accoglienza dei richiedenti asilo è stato oggetto, nell’ultimo quinquennio, di significative evoluzioni. Esse lo hanno trasformato da «*sistema unico ma distinto in tre fasi*» (prima assistenza e identificazione; prima accoglienza; seconda accoglienza), per come disciplinato dal d.lgs. n. 142/2015, a sistema «*binario, distinto in base allo status dei rifugiati*» in seguito al d.l. n. 113/2018, con cui si è depotenziata la seconda accoglienza, riservandola solo ai titolari di protezione¹. Ancora, il d.l. n. 130/2020 ne ha garantito una parziale riespansione, con una seconda accoglienza nuovamente aperta ai richiedenti, seppur con servizi più circoscritti rispetto a quelli riconosciuti a chi abbia già ottenuto un titolo di protezione².

* Ricercatore di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano-Bicocca.

¹ Il virgolettato si riferisce a quanto scritto da M. GIOVANNETTI, *La frontiera mobile dell'accoglienza per richiedenti asilo e rifugiati in Italia. Vent'anni di politiche, pratiche e dinamiche di bilanciamento del diritto alla protezione*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2019, pp. 2 ss. La produzione dottrinale sul sistema di accoglienza italiano è poi particolarmente ampia; ex pluribus, F. MANGANARO, *Politiche e strutture di accoglienza delle persone migranti*, in *federalismi.it*, n. 21/2019, pp. 2 ss.; S. PENASA, *L'accoglienza dei richiedenti asilo: sistema unico o mondi paralleli?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2017, pp. 1 ss.; P. BONETTI, *Le nuove norme italiane sul diritto di asilo: trattenimento, identificazione e accoglienza dei richiedenti asilo*, in *Studium Iuris*, 2016, pp. 708 ss.

² Sulle novità conseguenti al d.l. n. 130/2020, ex pluribus, F. BIONDI DAL MONTE, *Il sistema di accoglienza e integrazione e i diritti dei minori stranieri. Riflessioni sulla disciplina introdotta dal d.l. n. 130/2020*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2021, pp. 120 ss.; S.

Al di là di questi interventi diretti sulla disciplina normativa dell'accoglienza, altre novità intercorse negli ultimi anni appaiono capaci di incidere altrettanto significativamente su tale sistema, toccando due dimensioni essenziali del suo modo di essere servizio sociale, ossia insieme di prestazioni dirette al miglioramento delle condizioni di vita dei nuovi componenti della comunità nazionale, sin dal loro ingresso sul territorio italiano³.

Da un lato, il Codice del Terzo settore del 2017 sembra avere avviato un sostanziale ripensamento degli equilibri "orizzontali" del sistema di accoglienza, ossia dei rapporti tra amministrazioni pubbliche responsabili del servizio e privati a cui esso viene esternalizzato. Dall'altro, l'articolato meccanismo di accoglienza "parallela" sorto in risposta alla crisi ucraina apre a nuove riflessioni sui corretti equilibri "verticali" interni al sistema, ovvero sull'individuazione del livello amministrativo (centrale o locale) a cui attribuire un ruolo preminente nell'assistenza dei richiedenti protezione.

Il presente scritto, dunque, mira a riflettere sulla portata di queste ultime novità, anche in un'ottica di previsione delle future evoluzioni del sistema di accoglienza.

2. *L'impatto del Codice del Terzo settore sui rapporti pubblico-privati*

Che l'accoglienza dei richiedenti asilo sia servizio sociale esternalizzabile da parte delle amministrazioni trova esplicite conferme nei testi normativi. Così, gli artt. 9 e 11 d.lgs. n. 142/2015 consentono alle prefetture

D'ANTONIO, *Una nuova formula per l'accoglienza dei richiedenti asilo*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, gennaio 2021; M. GIOVANNETTI, *Giro di boa. La riforma del sistema di accoglienza e integrazione per richiedenti e titolari di protezione internazionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2021, pp. 28 ss.; G. TROPEA, *La condizione amministrativa del rifugiato, nella segmentarietà della frontiera*, in *Nuove autonomie*, 2021, pp. 633 ss.; M. CONSITO, *L'accoglienza e il trattenimento del richiedente asilo dopo il c.d. decreto immigrazione 2020: tra (tiepidi) ritorni al passato e nuove restrizioni*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, dicembre 2020.

³ Numerosi sono gli interventi dottrinali in tema di servizi sociali in cui è possibile individuare una definizione; *ex pluribus*, M. DELSIGNORE, *I servizi sociali nella crisi economica*, in *Diritto amministrativo*, n. 3/2018, pp. 587 ss.; A. ALBANESE, *Servizi sociali*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, IV, pp. 1897 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *I servizi sociali*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, pp. 1019 ss.; E. FERRARI, *I servizi sociali*, Milano, 1986.

l'affidamento a soggetti privati dei Centri di Prima Accoglienza (CPA) e dei Centri di Accoglienza Straordinaria (CAS). Quanto al Sistema di Accoglienza e Integrazione (SAI), i decreti ministeriali con cui, negli anni, si sono definite le linee guida per il suo funzionamento hanno riconosciuto in modo sempre più esplicito la consolidata prassi di esternalizzazione (a chiare lettere, a partire dall'art. 6 d.m. 10 agosto 2016⁴).

Meno univoche sono state le indicazioni sul come procedere a questo coinvolgimento dei privati al punto che, specialmente per il SAI, si è assistito al proliferare di soluzioni non uniformi sul territorio nazionale. Ai comuni che hanno fatto rigida applicazione della disciplina in materia di appalti si sono così affiancati enti locali che, facendo leva sulla natura del servizio (appunto, sociale) e sulle caratteristiche degli operatori privati coinvolti (principalmente *non profit*), lo hanno esternalizzato ricorrendo alle previsioni più elastiche dalla legge n. 328/2000⁵. Prassi che però hanno favorito soluzioni distorte (affidamenti diretti, proroghe indebite dei contratti, scarsa pubblicità dei bandi, ecc.), denunciate dall'AVCP/ANAC⁶ e condannate dalla giurisprudenza⁷, generando conseguenze negative tanto sulla corretta gestione delle risorse pubbliche, quanto sulla qualità dei servizi offerti e, quindi, sul pieno soddisfacimento dei diritti dei richiedenti asilo accolti nel nostro Paese.

Una prima risposta, dunque, è stata quella di imporre il rispetto delle previsioni del d.lgs. n. 50/2016 (in questo senso, art. 10 d.m. 18 novembre

⁴ Sicché, in base al succitato art. 6: «Per la realizzazione dei servizi di accoglienza integrata indicati dalle presenti linee guida l'ente locale proponente può avvalersi di uno o più enti attuatori [...]».

⁵ In tema di esternalizzazione dei servizi di accoglienza, vedasi G.A. GIUFFRÈ, *Profili di organizzazione e di evidenza pubblica del sistema di accoglienza*, in *federalismi.it*, n. 13/2018, pp. 2 ss. e F.V. VIRZÌ, *L'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale: un'indagine sulle procedure di gara*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2017, pp. 1 ss. Sia consentito il rinvio anche a L. GALLI, *La coprogrammazione e la coprogettazione dei servizi di integrazione dei migranti. Paradigmi di coinvolgimento della società civile nei percorsi di inclusione sociale*, Torino, 2022 (spec. pp. 225 ss.).

⁶ Si vedano, per esempio, la deliberazione AVCP dell'8 marzo 2012, n. 25, oppure la deliberazione ANAC del 30 settembre 2014, n. 7 e il parere ANAC del 21 novembre 2015, n. 77.

⁷ Sono oramai numerose le pronunce con cui i giudici affermano l'esigenza di applicare le regole del Codice dei contratti pubblici alle procedure di esternalizzazione dei servizi di accoglienza; fra le molte, TAR Molise, sez. I, sentenza del 17 marzo 2020, n. 94; Cons. St., sez. V, sentenza del 24 gennaio 2019, n. 586; Tar Campania-Salerno, sez. I, sentenza del 16 maggio 2019, n. 771; TAR Piemonte, sez. I, sentenza del 20 luglio 2018, n. 901.

2019), irregimentando il coinvolgimento privato secondo dinamiche concorrenziali. Dinamiche sicuramente poste a garanzia dell'ampio e paritario coinvolgimento degli operatori interessati, ma non necessariamente conformi al loro essere, nella maggior parte dei casi, soggetti di natura volontaristica⁸.

Sicché, altre modifiche normative hanno razionalizzato i margini di partecipazione degli enti del Terzo settore (ETS) sulla base di differenti equilibri, quelli dell'amministrazione condivisa⁹. Il rimando è, come anticipato, al nuovo Codice del Terzo settore (d.lgs. n. 117/2017) e alle conseguenti modifiche al Codice dei contratti pubblici disposte con d.l. n. 76/2020, inframazzate dalla sentenza della Corte Cost., 26 giugno 2020, n. 131¹⁰. Si tratta di interventi volti a dare nuovo valore al privato sociale, sottraendo gli istituti di dialogo tra amministrazioni e Terzo settore (su tutti, la coprogettazione) dalla zona grigia dei meri *escamotage* intesi solo ad eludere le rigidità della disciplina sui contratti pubblici, per farne strumenti di evidenza pubblica di pari dignità rispetto agli appalti e comunque rispettosi dei principi di economicità, trasparenza, imparzialità, partecipazione, nonché capaci di sfruttare al meglio le potenzialità del privato sociale¹¹.

L'idea è quella di aprire a spazi di ideazione dialogata dei servizi SAI che, grazie alle risorse "volontariamente" condivise dagli ETS, consentano un migliore soddisfacimento dei diritti dei richiedenti asilo e dell'interesse pubblico alla loro accoglienza e integrazione¹². Il coinvolgimento attivo dei privati,

⁸ In questo senso, dal Rapporto annuale Siproimi/Sai 2020 risulta che il privato sociale rappresenta la grande maggioranza dei soggetti a cui è affidata l'erogazione dei servizi in questione (vedasi p. 24 del Rapporto); il Rapporto è accessibile online: https://www.retesai.it/wp-content/uploads/2021/06/Rapporto-SIPROIMI_SAI_leggero.pdf.

⁹ Per la primigenia formulazione del concetto di amministrazione condivisa, vedasi G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997, pp. 29 ss., anche se lo stesso Autore ne riconosce il radicamento in opere precedenti quali, su tutte, F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994, ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 2006, I, pp. 869 ss.

¹⁰ Gli interventi dottrinali in commento al Codice del Terzo settore, così come alle correlate evoluzioni del Codice dei contratti pubblici e alla sentenza Corte Cost. n. 131/2020 sono particolarmente numerosi; per ragioni di sinteticità, sia consentito il rinvio a L. GALLI, *La coprogrammazione e la coprogettazione dei servizi di integrazione dei migranti*, cit., pp. 89 ss. e agli autori ivi richiamati.

¹¹ Per un'approfondita riflessione sulle potenzialità degli strumenti introdotti con il Codice del Terzo settore (in particolare, la coprogettazione), si veda, su tutti, E. FREDIANI, *La coprogettazione dei servizi sociali*, Torino, 2021.

¹² Sulle modalità di coinvolgimento del privato sociale nell'ideazione e nell'attuazione dei

poi, potrebbe fungere da volano per una maggiore partecipazione nelle procedure di affidamento, stante i riconosciuti spazi di codecisione circa le caratteristiche dei servizi oggetto di successiva esternalizzazione. Infine, tale partecipazione nella progettazione degli interventi di accoglienza consentirebbe un'effettiva adesione della società civile – di cui gli ETS sono enti esponenziali – ai percorsi di integrazione degli stranieri, in attuazione di un'inclusione sociale intesa come frutto dell'impegno reciproco del migrante e delle comunità locali (art. 4-bis TUI¹³), e a cui il nuovo SAI è chiamato ad attribuire sempre maggiore rilevanza, come suggerisce la sua stessa denominazione.

Conferme del fatto che questa soluzione non debba rimanere “*law on books*” si sono già avute in esperienze pratiche di coprogettazione del Sistema di Accoglienza e Integrazione, con Tavoli di amministrazione condivisa che hanno coinvolto, oltre ai rappresentanti degli enti locali, una pluralità di ETS, dimostratisi disponibili a superare le dinamiche di competizione per l'assegnazione dei fondi pubblici e a investire tempo e risorse in un miglioramento congiunto del servizio cittadino di seconda accoglienza¹⁴.

D'altra parte, che la pari dignità tra procedure di affidamento solidali e pro-concorrenziali sia una strada percorribile per il futuro, con la conseguen-

servizi sociali, vedasi – oltre a E. FREDIANI, *op. ult. cit.* – G. CICERI, L. RAIMONDI, *La coprogettazione dal punto di vista amministrativo*, in U. DE AMBROGIO, C. GIUIDETTI (a cura di), *La coprogettazione. La partnership tra pubblico e terzo settore*, Roma, 2016, pp. 33 ss.; C. GUIDETTI, *Livelli e fasi di coprogettazione*, *ivi*, pp. 55 ss.; M. MOSCHETTI, *Il profilo giuridico e tecnico della coprogettazione*, in M. BRUNOD, M. MOSCHETTI, E. PIZZARDI (a cura di), *La coprogettazione sociale*, Trento, 2016, pp. 159 ss.; L. CATALDI, F. GIROTTI, *Dentro la scatola nera dei processi di pianificazione zonale. Modelli di gestione, prospettive di istituzionalizzazione e arene di potere*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2012, pp. 199 ss.

¹³ Art. 4-bis: «[...] si intende con integrazione quel processo finalizzato a promuovere la convivenza dei cittadini italiani e di quelli stranieri, nel rispetto dei valori sanciti dalla Costituzione italiana, con il reciproco impegno a partecipare alla vita economica, sociale e culturale della società [enfasi aggiunta].»

¹⁴ Un valido esempio è fornito dalla “*Procedura ad evidenza pubblica di co-progettazione per la selezione degli Enti Attuatori della progettazione SPRAR per il triennio 2017-2019*” del Comune di Bologna, la cui documentazione è reperibile online: <https://www.aspbologna.it/2013-12-16-16-32-27/opportunita-di-lavoro/avvisi-bandi-e-inviti-scaduti>. Oltre all'Avviso pubblico con cui si è avviata la Procedura, particolarmente interessanti sono i verbali delle sedute del Tavolo di coprogettazione, a testimonianza dell'impegno congiunto di amministrazioni locali ed ETS nell'ideare le migliori soluzioni per l'accoglienza dei richiedenti asilo, solo in un successivo momento oggetto di competizione tra privati per l'individuazione dell'affidatario del servizio.

te possibilità di scelta rimessa agli enti locali responsabili dei singoli progetti SAI, trova da ultimo conferma nello schema preliminare del nuovo Codice dei contratti pubblici, del 20 ottobre 2022¹⁵. In esso, infatti, la solidarietà e la sussidiarietà orizzontale, quale espressione tipica dei rapporti con gli ETS, sono richiamate sin dai principi generali del nuovo Codice (art. 6), legittimando la pubblica amministrazione ad «apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di co-amministrazione [...] fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con i privati, [...] in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato [...] sicché] gli affidamenti di tali attività [...] avvengono nel rispetto delle disposizioni previste dal decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 [e non dal Codice dei contratti pubblici]».

3. *I rapporti centro-periferia nella nuova accoglienza dei rifugiati ucraini*

Passando alle dinamiche verticali, il sistema introdotto nel 2015 si caratterizza per una netta predominanza del centro, con un'accoglienza nei CAS governativi, sulle esperienze di accoglienza diffusa del SAI, di competenza comunale. Gli interventi del 2020 non sembrano avere superato questi disequilibri, imputabili a una costante gestione emergenziale di un fenomeno oramai fisiologico per l'ordinamento italiano. Si continua così a sacrificare la dimensione più consona alla gestione degli interventi di assistenza ai migranti, appunto quella locale, in cui i percorsi di accoglienza e integrazione sono chiamati a svilupparsi¹⁶.

Su questo tema, interessanti novità provengono dalla recente formazione

¹⁵ Lo schema preliminare del nuovo Codice dei contratti pubblici è reperibile online: www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/17550825/1_CODICE+CONTRATTI+ARTICOLI+%281%29.pdf/eb97a977-0185-851c-ff3c-81ec31a7860d?t=1670928388208.

¹⁶ La centralità della dimensione locale nei percorsi di accoglienza e integrazione è ampiamente riconosciuta nella dottrina nazionale e internazionale; fra i molti, vedasi F. CRÉPEAU, *Protecting migrants' rights: undocumented migrants as local citizens*, in F. CRÉPEAU, C. SHEPARD (a cura di), *Human Rights and Diverse Societies: Challenges and Possibilities*, Newcastle upon Tyne, 2013, pp. 201 ss.; F. CAMPOMORI, *Immigrazione e cittadinanza locale*, Roma, 2008, pp. 26 ss.; T. CAPONIO, *Città italiane e immigrazione*, Bologna, 2006, pp. 65 ss. Questo aspetto è anche chiaramente riconosciuto nel *Piano nazionale d'integrazione dei titolari di protezione internazionale* del Ministero dell'Interno (spec. pp. 13), disponibile online: <https://www.interno.gov.it/sites/default/files/piano-nazionale-integrazione.pdf>.

di un sistema di accoglienza “parallelo” a quello “ordinario” dei d.lgs. n. 142/2015 e d.l. n. 416/1989, in risposta al massiccio afflusso di richiedenti protezione dall’Ucraina. Sistema parallelo in cui l’esigenza di unità di azione a fronte dell’emergenza, dichiarata con Delibera del Consiglio dei Ministri del 28 febbraio 2022¹⁷, ha giustificato l’enfatizzazione del ruolo delle amministrazioni centrali (su tutte, il Dipartimento della Protezione civile), a partire dalla proliferazione della decretazione d’urgenza e dell’ampio esercizio dei poteri di ordinanza.

Quanto a questo nuovo sistema di accoglienza – e ai rapporti centro-periferia che lo caratterizzano – si possono sostanzialmente distinguere tre fasi.

Una prima fase riconducibile al d.l. 28 febbraio 2022, n. 16 e alle ordinanze n. 872-873/2022¹⁸, in cui il netto sbilanciamento in favore del ruolo delle amministrazioni nazionali trova immediata conferma nell’istituzione di due nuovi organismi in seno al Dipartimento della Protezione civile, il Di.Coma.C. e il Comitato di coordinamento, entrambi volti ad assicurare la corretta e uniforme attuazione a livello locale degli indirizzi centrali. Ancora, ai Presidenti delle regioni viene riconosciuto l’incarico di commissari delegati dell’emergenza, con potere di intervento in materia di trasporto, assistenza sanitaria e assistenza immediata post-ingresso, mentre l’accoglienza vera e propria resta di competenza delle prefetture, con la presa in carico dei migranti tramite CAS e SAI, oppure procedendo al reperimento di nuove strutture (art. 3 o.d.p.c. n. 872/2022).

La seconda fase è invece condensata nell’art. 31 d.l. 21 marzo 2022, n. 21, le cui previsioni sono specificate nell’ordinanza n. 881/2022¹⁹ e nel Piano nazionale per l’accoglienza e l’assistenza alla popolazione ucraina²⁰, formula-

¹⁷ La delibera è consultabile online: <https://www.protezionecivile.gov.it/it/normativa/delibera-cdm-del-28-febbraio-2022-emergenza-ucraina-0>.

¹⁸ L’ordinanza n. 872 è reperibile al seguente indirizzo: <https://www.protezionecivile.gov.it/it/normativa/ocdpc-n-872-del-4-marzo-2022-disposizioni-urgenti-di-protezione-civile-assicurare-sul-territorio-nazionale-laccoglienza-il-soccorso-e-lassistenza-alla-0>; mentre l’ordinanza n. 873 è anch’essa reperibile online: <https://www.protezionecivile.gov.it/it/normativa/ocdpc-n873-del-6-marzo-2022-ulteriori-disposizioni-urgenti-di-protezione-civile-assicurare-sul-territorio-nazionale-laccoglienza-il-soccorso-e-0>.

¹⁹ L’ordinanza è consultabile online: <https://www.protezionecivile.gov.it/it/normativa/ocdpc-n-881-del-29-marzo-2022-0>.

²⁰ Il Piano è reperibile online al seguente indirizzo: <https://emergenze.protezionecivile.gov.it/static/8acce8d2f3ed23eff62df9066bb4e3d2/piano-nazionale-laccoglienza-e-lassistenza-alla-popolazione-proveniente-dallucraina.pdf>.

to sempre dalla Protezione civile. Tale fase si caratterizza per l'effettiva introduzione del sistema "parallelo" di accoglienza diffusa, finanziato con fondi pubblici ma sostanzialmente rimesso, nella sua ideazione e gestione, ai soli enti del privato sociale. L'attivazione di questi nuovi progetti di accoglienza è passata attraverso la pubblicazione di un Avviso di manifestazione di interesse di rilievo nazionale (11 aprile 2022)²¹, cui ha fatto seguito una selezione tra gli ETS e una stipula di convenzioni, il tutto sempre sotto l'egida delle amministrazioni centrali. È poi il già menzionato Di.Coma.C. ad occuparsi della redistribuzione dei migranti nelle regioni, chiamate (solo) a questo punto a intervenire nella gestione dei titolari di protezione loro affidati.

D'altro canto, che le istanze di coinvolgimento delle comunità locali si siano fatte più pressanti traspare dalla necessaria sottoscrizione di accordi di partenariato tra gli ETS e i comuni in cui i progetti di accoglienza troveranno svolgimento pratico, prima che si possa arrivare alla conclusione delle menzionate convenzioni nazionali. Il sistema così ideato si è però dimostrato di complicata attuazione (vedasi l'o.d.p.c. 921/2022²²), con consistenti ritardi frutto delle difficoltà di gestione centralizzata degli elevati numeri della "nuova accoglienza" (sia in termini di migranti beneficiari che di soggetti privati attuatori), ma pure del mancato coinvolgimento di regioni disponibili a ricevere richiedenti protezione (così per Sicilia, Calabria e Basilicata). D'altra parte, anche le modalità di partecipazione delle amministrazioni comunali – secondo una dinamica volontaristica, analoga a quella prevista per il SAI – hanno contribuito a quella che già appare come una "mancata nascita" del nuovo meccanismo di accoglienza²³.

Infatti, con i progetti destinati a chiudersi il 31 dicembre 2022, solo 12 convenzioni sulle 29 siglate sono state attivate²⁴, con poco più di 5000 posti

²¹ L'Avviso è pubblicato online: <https://www.protezionecivile.gov.it/it/bando-di-gara/avviso-lacquisizione-di-manifestazioni-di-interesse-lo-svolgimento-di-attivita-di-accoglienza-diffusa-nel-territorio-nazionale-beneficio-delle-persone-0>.

²² L'ordinanza, reperibile online sul sito della Protezione civile, riconosce il ritardo nell'attivazione del nuovo meccanismo di accoglienza, al punto da deviarne alcune risorse verso altre forme di sostegno per la popolazione ucraina giunta in Italia: <https://www.protezionecivile.gov.it/it/normativa/ocdpc-n-921-del-15-settembre-2022-0>.

²³ Per una sintesi delle problematiche che hanno caratterizzato l'attivazione del sistema di accoglienza "parallelo" per i rifugiati ucraini, vedasi L. ALFONSO, *Profughi ucraini, le norme frenano l'accoglienza di famiglie e Terzo settore*, 24 agosto 2022, online: <https://www.vita.it/it/article/2022/08/24/profughi-ucraini-le-norme-frenano-laccoglienza-di-famiglie-e-terzo-set/163834/>.

²⁴ Questi dati sono reperibili online, nella *dashboard* realizzata sul sito della Protezione civile contenente informazioni relative all'accoglienza diffusa realizzata sul territorio nazionale

concretamente offerti ai richiedenti protezione sui 17.000 selezionati. Il tutto, non va dimenticato, a fronte di oltre 170.000 arrivi²⁵, tuttora principalmente altri affidati a impegno e risorse di ETS e famiglie²⁶.

Da ultimo, un tentativo di salvataggio *in extremis* sembra provenire dall'o.d.p.c. n. 937/2022 del 20 ottobre 2022²⁷, con cui si autorizzano i Presidenti di regioni a stipulare autonomamente convenzioni con enti del Terzo settore per l'attivazione, direttamente a livello locale, del nuovo sistema di accoglienza diffusa. Pare così aprirsi una terza fase, in cui si assiste al riconoscimento del ruolo, difficilmente rinunciabile, dei livelli amministrativi periferici nell'attuazione dei percorsi di accoglienza e inclusione sociale.

4. *Alcune brevi conclusioni*

Giungendo alle riflessioni conclusive, e guardando al futuro, un elemento sembra incontrovertibilmente emergere tanto dall'introduzione del Codice del Terzo settore, quanto dalle soluzioni adottate in risposta alla crisi ucraina.

Si tratta del ruolo sempre più centrale riconosciuto all'azione complementare della società civile nell'attuazione del sistema di accoglienza. La dimensione orizzontale di questo sistema, dunque, risulta sbilanciata in favore dell'intervento sussidiario del Terzo settore. Se questo appare sicuramente un bene in un'ottica di pieno sfruttamento delle risorse, delle competenze e dell'*expertise* del *non profit* per un migliore soddisfacimento delle esigenze di accoglienza dei richiedenti asilo, esso non dovrebbe tradursi in una mera privatizzazione dell'assistenza dei migranti. In altre parole, non può diventa-

in favore delle persone provenienti dall'Ucraina: <https://mappe.protezionecivile.gov.it/it/mappe-e-dashboards-emergenze/mappe-e-dashboards-ucraina/accoglienza-diffusa>.

²⁵ Questi dati sono reperibili online, nella *dashboard* realizzata sul sito della Protezione civile contenente informazioni relative agli ingressi nel territorio nazionale da parte di persone provenienti dall'Ucraina: <https://mappe.protezionecivile.gov.it/it/mappe-e-dashboards-emergenze/mappe-e-dashboards-ucraina/ingressi-alle-frontiere>.

²⁶ Sul limitato apporto pubblico rispetto all'accoglienza "solidale e sussidiaria" fornita dal privato sociale (o direttamente da singole famiglie), vedasi S. PIGNATARO, *Ucraina: luci e ombre del sistema di accoglienza*, 13 ottobre 2022, online: <https://www.vita.it/it/article/2022/10/13/ucraina-luci-e-ombre-del-sistema-di-accoglienza/164414/>.

²⁷ L'ordinanza è reperibile online: <https://www.protezionecivile.gov.it/it/normativa/ocdpc-n-937-del-20-ottobre-2022-0>.

re concretizzazione di un disinteresse del settore pubblico per la gestione del fenomeno migratorio e, dunque, di un'inammissibile deresponsabilizzazione in relazione a un servizio indispensabile non solo per il soddisfacimento dei diritti dei migranti, ma anche per il benessere della società di accoglienza²⁸.

Quanto ai rapporti verticali, la "normalizzazione dell'emergenza" sembra condannare il sistema a uno squilibrio in favore del centro sulla periferia, per quanto la dimensione locale appare innegabilmente quella più consona all'organizzazione e all'attuazione dei progetti di accoglienza e integrazione in una società civile a cui è naturalmente più prossima²⁹. Infatti, le difficoltà di una gestione centralizzata dell'accoglienza sono chiaramente emerse anche quando si è dovuto affrontare un'emergenza vera e propria, quale quella ucraina, laddove alla paralisi delle nuove soluzioni introdotte si è cercato di dare risposta proprio ampliando il coinvolgimento dei territori.

Al centro di tutte queste tensioni, d'altra parte, rimangono sempre i richiedenti asilo, in balia delle espansioni e delle contrazioni di un sistema dal forte significato politico e che, sottoposto a continue sollecitazioni, stenta a trovare una forma e un equilibrio soddisfacenti.

²⁸ Sull'imprescindibile esigenza che, in relazione a un servizio pubblico (e quindi anche a un servizio sociale, come quello dell'accoglienza dei migranti) l'amministrazione mantenga la responsabilità ultima quanto alla sua corretta organizzazione ed erogazione, pur in caso di sua esternalizzazione a soggetti privati, vedasi, su tutti, R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008, pp. 1 ss. e, più di recente, R. VILLATA, S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi*, Torino, 2022, pp. 6 ss.

²⁹ In tema di "normalizzazione dell'emergenza" e su come tale fenomeno (anche al di fuori dall'"emergenza migranti") vada ad alterare i rapporti centro-periferia, vedasi G. TROPEA, *Potere di ordinanza, normalizzazione dell'emergenza e trasformazioni dell'ordinamento*, in *Diritto amministrativo*, n. 4/2021, pp. 885 ss. e G. PIPERATA, *Emergenza pandemica e distribuzione del potere amministrativo tra centro e periferia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2020, pp. 318 ss.

IL CASO RIACE:
LE ANOMALIE NELL'ACCOGLIENZA (E NELLE MOTIVAZIONI)

Salvatore Orlando*, Mariateresa Veltri**

SOMMARIO: 1. Antefatto. – 2. Le contestazioni mosse nei confronti di Mimmo Lucano. – 3. La questione preliminare dell'utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche e ambientali e il discostamento dalle Sezioni Unite "Cavallo". – 4. La "lente" utilizzata dal Collegio per la valutazione degli elementi di prova. – 4.1. ...e per il trattamento sanzionatorio. Il doppio segmento della continuazione nel reato e la dosimetria della pena. – 5. Rilievi conclusivi.

1. *Antefatto*

Nel 2017, la popolazione di Riace era rappresentata per un quarto da cittadini stranieri, provenienti da ben 35 nazionalità diverse¹. Come noto, Domenico "Mimmo" Lucano, sindaco del piccolo borgo calabrese fin dal 2004, era il protagonista indiscusso della rinascita della comunità riacese: dalla riapertura delle vecchie botteghe, all'inaugurazione di asili multietnici, sino all'istituzione di una "moneta" speciale e di borse lavoro per i residenti stranieri e italiani. In questo modello di accoglienza integrata² e di

* Dottore di ricerca, Università degli studi di Palermo.

** Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Bologna.

¹ Secondo i dati ISTAT, gli stranieri residenti a Riace al 1° gennaio 2017 erano 532, rappresentando il 22,7% della popolazione residente.

² Secondo il Manuale operativo per l'attivazione e la gestione di servizi di accoglienza integrata in favore di richiedenti e titolari di protezione internazionale (Manuale SPRAR), l'obiettivo dell'accoglienza integrata è quello di favorire l'*empowerment* della persona migrante. Sono, a tal fine, offerti servizi contestuali alla ricostruzione dell'autonomia personale, tra cui: mediazione linguistica e interculturale; accoglienza materiale; orientamento e accesso ai servizi del territorio; formazione e riqualificazione professionale; orientamento e accompagnamento all'inserimento lavorativo; orientamento e accompagnamento all'inserimento abitativo; orientamento e accompagnamento all'inserimento sociale; orientamento e accompagnamento legale; tutela psico-socio-sanitaria. Per una ricostruzione critica sull'evoluzione normativa della prima e seconda accoglienza, si vedano i contributi in F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI (a cura di), *Diritti oltre frontiera: migrazioni, politiche di accoglienza e integrazione*, Pisa, 2020; nonché M. GIOVANNETTI, *Il nuovo Sistema di accoglienza e integrazione*, in N. ZORZEL-

virtuosa economia, oggetto di interesse mondiale³, qualcosa si è, tuttavia, incrinato.

A seguito di quattro ispezioni, avvenute tra dicembre 2016 e gennaio 2017⁴, emergeva un quadro anomalo riguardo le modalità di gestione dei progetti di accoglienza legati al servizio SPRAR (Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati⁵), CAS (Centri di Accoglienza Straordinaria⁶) e MSNA (Minori Stranieri Non Accompagnati)⁷, sostanziandosi in una “confusione” amministrativa sulla rendicontazione alle autorità governative, tra cui il Ministero dell’Interno, per la liquidazione delle sovvenzioni. Prendeva dunque corpo l’operazione “Xenia”, condotta dalla Guardia di Finanza e conclusasi il 26 settembre 2018 con la decisione del giudice per le indagini preliminari di Locri⁸ di disporre per Lucano gli arresti domiciliari⁹; misura

LA (a cura di), *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali. Commento al decreto legge n. 130/2020*, Pisa, 2021, p. 153 s.

³ La nota Rivista *Fortune* nel 2016 aveva inserito Mimmo Lucano, sindaco di Riace, tra i 50 leader più influenti al mondo: tale riconoscimento gli veniva tributato per il suo impegno nel campo dell’immigrazione. Nessun altro italiano era presente nella classifica.

⁴ Tre sono state le relazioni redatte dai funzionari del progetto SPRAR e CAS rese note a Lucano, che presentavano le criticità nella gestione dell’accoglienza: trattenimento di cc.dd. lungopermanenti, assenza di assistenza legale, uso illegittimo della c.d. “Moneta di Riace”, confusione tra i progetti, inammissibilità delle spese per le “borse lavoro”. Una quarta relazione non sarà nota se non a seguito di denuncia presentata nel febbraio 2018 alla Procura di Reggio Calabria da parte di Lucano stesso, che ne chiedeva la diffusione in quanto, rispetto alle altre, dedicava una parte sostanziosa anche agli aspetti positivi della gestione. Di quest’ultima, il Collegio non ne ha tenuto conto ai fini del decidere, motivando la “parzialità” della redazione dei funzionari prefettizi (cfr. pp. 85-93).

⁵ Cfr. Legge 30 luglio 2002, n. 189 recante “*Modifica alla normativa in materia di immigrazione e asilo*”.

⁶ Cfr. Decreto Legislativo 18 agosto 2015, n. 142 recante “*Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale*”.

⁷ Legge 7 aprile 2017, n. 47 (c.d. Legge Zampa) recante “*Disposizioni in materia di protezione dei minori stranieri non accompagnati*”.

⁸ Trib. Locri, ordinanza del 26 settembre 2018, R.G.N.R 3607/16.

⁹ Tale misura veniva disposta in ragione dei capi di imputazione: (T) in ordine ai reati *ex* artt. 81 e 353 co. 2 c.p., per aver impedito l’effettuazione delle necessarie procedure di gara per l’assegnazione del servizio di raccolta e trasporto rifiuti del comune di Riace a due cooperative ritenute prive di valide autorizzazioni alla gestione ambientale, arrecando a tali ultime un ingiusto vantaggio patrimoniale; (Y) in ordine ai reati *ex* artt. 110 c.p. e 12 co. 1 T.U.I., per

successivamente sostituita con il divieto di dimora e la sospensione dalla carica di sindaco.

Il 26 febbraio 2019, la Corte di Cassazione annullava con rinvio¹⁰ l'ordinanza del Tribunale del Riesame di Reggio Calabria e stralciava l'accusa di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, delimitando ulteriormente gli altri reati contestati, pur nel perimetro segnato dal giudizio cautelare.

Dopo la revoca del progetto SPRAR, ordinato dal Ministero dell'Interno¹¹, in data 11 aprile 2019, Mimmo Lucano veniva rinviato a giudizio. Nel dicembre dello stesso anno, veniva raggiunto da un altro avviso di conclusione delle indagini preliminari, emesso in relazione al rilascio di documenti d'identità a due migranti ospiti nei centri di accoglienza. Veniva così celebrato il processo, la cui istruttoria dibattimentale ha condotto alla sentenza di condanna pronunciata dal Tribunale di Locri il 30 settembre 2021¹², le cui motivazioni venivano infine depositate il 17 dicembre.

Brevemente ricostruite le vicende storiche sottese alla sentenza in esame, l'analisi che segue intende concentrarsi sulla posizione del solo Lucano, non essendo possibile in questa sede analizzare l'intera e complessa vicenda giudiziaria, che investe altri 26 imputati (tra cui rappresentanti legali, presidenti *pro tempore*, dipendenti e consulenti delle 7 associazioni enti gestori dei progetti), 2 parti civili, e 22 capi di imputazione in relazione ai diversi illeciti contestati.

2. Le contestazioni mosse nei confronti di Mimmo Lucano

Secondo l'ipotesi accusatoria, poi condivisa dal Collegio, il «*deus ex machina*» del sistema «perverso» dietro la gestione dell'accoglienza sarebbe l'ex sindaco di Riace, condannato in primo grado per ventuno reati, contenuti in dieci capi d'accusa dei sedici che lo riguardavano: Associazione per delin-

aver compiuto atti idonei a procurare illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato italiano di un cittadino etiope, non riuscendovi per cause indipendenti dalla loro volontà. Cfr. pp. 19-21 dell'ordinanza del Tribunale di Locri (su cui si v., nota precedente).

¹⁰ Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, sentenza del 26 febbraio 2019, n. 14418.

¹¹ Parallelamente, si è svolto un processo amministrativo, su cui si veda TAR Reggio Calabria, sentenza del 21 maggio 2019, n. 356/209, che ha annullato il provvedimento del Viminale considerandolo illegittimo poiché adottato in violazione delle norme sul procedimento amministrativo (conformemente, Consiglio di Stato, sentenza del 28 maggio 2020, n. 3375).

¹² Trib. Locri, Sez. Pen., sentenza del 30 settembre 2021 (Pres. Accurso).

quere (art. 416, co. 1, 2 e 5 c.p.)¹³; Truffa aggravata (art. 640-bis c.p.)¹⁴; Falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale (art. 479 c.p.)¹⁵; Peculato (art. 314 c.p.)¹⁶; Abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)¹⁷; Falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in certificati o in autorizzazioni amministrative (art. 480 c.p.)¹⁸.

Merita una menzione a parte – anche perché racchiude in sé il rimprovero mosso a Lucano¹⁹ – il capo di imputazione formulato dalla Procura in termini di abuso d'ufficio, per avere «in qualità di pubblico ufficiale, Sindaco del Comune di Riace [...] mediante indebite rendicontazioni al Servizio Centrale (SPRAR) e alla Prefettura di Reggio Calabria (CAS) delle presenze relative ad immigrati non aventi più diritto a permanere nei progetti [...] procurato ad una serie di associazioni un indebito vantaggio patrimoniale»: si tratta, a ben vedere, dell'accoglienza presso i centri dei cc.dd. lungopermanenti, su cui – secondo la Procura – le associazioni che facevano capo a Lucano lucravano ingenti profitti. Il Collegio, avendo ritenuto sussistenti le condotte contestate, ha, tuttavia, riqualificato i fatti in termini di truffa aggravata di cui all'art. 640-bis c.p., ravvisando – non senza sforzi interpretativi – non solo la sussistenza di artifici e raggiri, individuabili nel silenzio serbato e nella mancata rendicontazione delle somme, ma anche l'induzione in errore, con conseguente percezione di ingiusti profitti e correlativo danno per la Pubblica Amministrazione, che sarebbe riscontrabile nell'aver «raggirato i funzionari pubblici deputati alla rendicontazione»²⁰.

Lucano è stato poi assolto con formula piena («perché i fatti non sussistono») in relazione ad altre imputazioni²¹, tra cui si segnalano il reato di

¹³ Cfr. p. 4 e pp. 717-869.

¹⁴ Cfr. p. 9 e pp. 248-390.

¹⁵ Cfr. p. 13 e pp. 643-651.

¹⁶ Cfr. p. 18 e pp. 399-639.

¹⁷ Cfr. p. 21 e pp. 654-679.

¹⁸ Cfr. p. 24 e pp. 713-715.

¹⁹ Il Tribunale afferma che «quella del trattenimento dei migranti era solo una delle modalità illecite con le quali l'ex Sindaco di Riace ed i suoi correi si avvalevano per moltiplicare i profitti [...] il movente delle singole azioni che animava i suddetti imputati non era per nulla legato al benessere dei migranti, ma solo alla finalità di trarre vantaggio (di ordine patrimoniale e politico) dalla loro presenza sul territorio» (p. 186).

²⁰ Cfr. pag. 189.

²¹ Si tratta, in particolare, dei reati di truffa aggravata, per il conseguimento di erogazioni pubbliche *ex art. 640-bis c.p.* relative a rendicontazioni di costi per acquisto di materiale di cancelleria o effetti lettereschi; peculato *ex art. 314 c.p.*, per l'appropriazione di somme di de-

concussione (il reato più grave contestato dalla Procura, per il quale le intercettazioni sono state autorizzate, e vi era stata una più elevata richiesta di pena da parte della Procura) e il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (la stessa contestazione che aveva fatto scattare l'applicazione della misura cautelare degli arresti domiciliari)²².

Il commento che segue offre alcuni spunti di riflessione, attraverso una lettura critica dei profili di maggiore rilevanza dell'iter logico-motivazionale adottato dal Collegio giudicante, presieduto dal Dott. Accurso. La sentenza ci restituisce un quadro «a tinte fosche», in cui non si scorgono soltanto anomalie nella gestione dell'accoglienza, ma si intravedono anche luci e ombre nelle motivazioni, la cui disamina involge principalmente la posizione di Lucano.

3. *La questione preliminare dell'utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche e ambientali e il discostamento delle Sezioni Unite "Cavallo"*

L'istruttoria dibattimentale ha consegnato al Collegio giudicante un quadro probatorio ampio e variegato, consistente in svariate intercettazioni telefoniche e ambientali, produzioni documentali, deposizioni testimoniali e relazioni tecniche che hanno consentito di ricostruire i fatti storici rilevanti al fine dell'accertamento della verità giudiziale.

Appare, ora, indispensabile dedicare qualche considerazione su un aspetto che ha avuto «una rilevanza determinante ai fini del decidere»²³, consistente cioè nella decisione del Collegio di discostarsi dalla recente sentenza della Suprema Corte a Sezioni Unite "Cavallo"²⁴, con la quale i giudici di le-

naro con emissione di assegni non rendicontati; truffa *ex art.* 640 c.p.; Falsità ideologica per il rilascio di una carta di identità *ex art.* 480 c.p.

²² Cfr. capo Y, in nota 8.

²³ Cfr. p. 136.

²⁴ Cass. Pen., Sez. Un., sentenza del 2 gennaio 2020, n. 51. Sul punto, si v. D. ALBANESE, *La Cassazione chiarisce la portata del principio di diritto affermato dalla Sezioni Unite "Cavallo": nessun limite all'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni in caso di riqualificazione giuridica del fatto oggetto di autorizzazione*, in *Sistema Penale*, 10 settembre 2021; G. ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: le Sezioni unite ristabiliscono la legalità costituzionale*, in *Sistema Penale*, 30 gennaio 2020. In senso critico, cfr. A. INNOCENTI, *Le Sezioni unite limitano l'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni per la prova di reati diversi da quelli per cui sono state ab origine disposte*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 993 s.

gittimità hanno tracciato i confini dell'art. 270, co. 1, c.p.p., che pone il divieto di utilizzare i risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quello nel quale gli stessi sono stati ottenuti, con l'ulteriore – e non secondaria – precisazione per cui l'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni per l'accertamento dei reati connessi ex art. 12 c.p.p. a quello per il quale sono state disposte può essere tollerata solo e soltanto se anche tali reati rientrano, a loro volta, fra quelli elencati dall'art. 266, co. 1, c.p.p., cioè fra quelli per i quali è consentito il ricorso a questo mezzo di prova.

Orbene, chiamato a dirimere la questione circa l'utilizzabilità della notevole mole di intercettazioni disposte dalla polizia giudiziaria, il Collegio adotta – in difformità ad un principio di diritto elaborato dalla Cassazione riunita a Sezioni Unite in funzione nomofilattica – una chiave di lettura diversa, dagli opposti risvolti: infatti, si afferma che «gli esiti di un'intercettazione, autorizzata per un reato che lo consente, e raccolti nell'ambito di uno stesso procedimento, possono essere utilizzati anche per l'accertamento di tutti gli altri reati emersi e ad esso connessi (ex art. 12 c.p.p.) indipendentemente dalla loro intercettabilità autonoma ex art. 266 c.p.p.»²⁵.

Preme spendere dunque alcune – seppur cursorie – riflessioni su questa decisa presa di posizione, che – a mente del Tribunale di Locri – sarebbe conforme alle conclusioni della Procura Generale presso la Cassazione, a cui, per vero, neppure la Cassazione aderisce in un'altra e ancora più recente pronuncia²⁶.

Se, dunque, per un verso, non può che apparire quantomeno eccentrico tale *modus motivandi*, per altro verso, non può sottacersi la forzatura impressa alle regole che governano il processo penale, pur di consentire l'ingresso ad elementi probatori raccolti durante la fase delle indagini per reati diversi, per i quali non è consentito disporre le intercettazioni (art. 266 c.p.p.), ma che, secondo il Tribunale, sarebbero avvinti ai reati in contestazione da una connessione ex art. 12 c.p.p.

Non potendoci in questa sede dilungare su alcuni profili controversi, bisogna evidenziare come, nella ricerca dei mezzi di prova e nel loro apprezzamento

²⁵ Ne consegue che le captazioni compiute in ordine ai delitti di truffa aggravata sono «pienamente utilizzabili per tutte le condotte ad esso connesse, di cui ai capi 1, 2, 3, 4, 6 e 9 della rubrica». Cfr. p. 146.

²⁶ Cass. Pen., Sez. V, sentenza del 15 gennaio 2021, n. 1757. Sul punto, si v. D. ALBANESE, *La Cassazione ritorna sui limiti all'utilizzabilità degli esiti delle intercettazioni nell'ambito del "medesimo procedimento": una parola definitiva, ma non per il futuro*, in *Sistema Penale*, 27 gennaio 2021.

zamento, l'interesse a prevenire e reprimere i reati deve necessariamente essere bilanciato con quello alla libertà e segretezza delle comunicazioni, di cui all'art. 15 della Costituzione: tuttavia, come sembra essersi avverato nella pronuncia in commento, nel tentativo di «non disperdere la prova», si sia, in realtà, consentito un «surrettizio, inevitabile aggiramento» dei limiti di legge «con grave pregiudizio per gli interessi sostanziali tutelati dall'art. 266 c.p.p. che intende porre un limite alla interferenza nella libertà e segretezza delle comunicazioni»²⁷.

4. La “lente” utilizzata dal Collegio per la valutazione degli elementi di prova

Da quanto emerso dall'istruttoria dibattimentale, i fatti storici sotto la lente di ingrandimento sono essenzialmente: (i) il trattenimento di un certo numero dei cc.dd. “lungopermanenti” *sine titulo*²⁸; (ii) l'uso non autorizzato di parte dei contributi dei progetti per l'acquisto di un frantoio e di tre case-albergo destinate all'accoglienza, intestate all'associazione ente gestore “Città Futura”; (iii) l'uso non autorizzato dei sussidi pubblici in concerti e spettacoli organizzati dal Comune (i.e. Riace film festival).

Da tale nucleo fattuale, emerso essenzialmente dalle indagini svolte dalla Guardia di Finanza, il Collegio ritiene, in particolare, che i fondi pubblici, sottoforma di finanziamenti, che riceveva l'associazione “Città Futura”, non solo venivano ottenuti con artifici e raggiri, mediante falsificazione della rendicontazione (per SPRAR e MSNA) e di fatture per il rimborso spese (CAS), ma i “maggiori ricavi” – ossia, le somme effettivamente non spese (le cc.dd.

²⁷ Cfr. Cass., Sez. V, 1757/2021. Non sembra convincente il richiamo, posto a fondamento della decisione del Collegio, alla Legge 28 febbraio 2020, n. 7 (c.d. Legge Bonafede) che ha modificato l'art. 270 c.p., il quale – mitigando gli effetti ‘demolitori’ della sentenza “Cavallo” – amplia gli spazi di utilizzabilità delle captazioni per altri reati, le cui disposizioni, tuttavia, “si applicano ai procedimenti penali iscritti successivamente al 30 aprile 2020”. Sul punto, si v., tra gli altri, F. CAPRIOLI, *La procedura filtro delle comunicazioni rilevanti nella legge di riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *Cass. Pen.*, n. 3/2020, p. 1384 s.; K. NATALI, *Sezioni unite e “legge Bonafede”: nuove regole per l'uso trasversale delle intercettazioni*, in *Cass. Pen.*, n. 5/2020, p. 1893 ss.; altresì, G.M. FLICK, *Intercettazioni, qui si colpisce la base della nostra civiltà. Guai a giocare sui diritti*, in *Cass. Pen.*, n. 5/2020, p. 1804 s.

²⁸ In quanto non riconosciuti titolari di protezione internazionale oppure in quanto, pur titolari, hanno continuato a beneficiare dell'accoglienza oltre i 6 mesi previsti dalla normativa di riferimento, e in assenza di richiesta al (e autorizzazione del) Servizio Centrale dell'eventuale condizione di vulnerabilità per giustificare la permanenza ulteriore.

“economiche” annuali) – venivano poi reinvestite per fini personali e/o politici. Tutto ciò sarebbe avvenuto grazie alla “fiducia” che Lucano era riuscito ad ottenere fraudolentemente dal Servizio Centrale e dalla Prefettura²⁹.

Per un verso, tra i profili che suscitano maggiori perplessità, vi è la valutazione *tranchant* dell'elemento psicologico che sorreggerebbe le condotte contestate: ritenendo le tesi difensive «prive di pregio», il dolo viene ricostruito sulla base dello *screening* delle intercettazioni ambientali e telefoniche. La tesi complessiva del Collegio è che qualsiasi azione (od omissione) dell'ex sindaco di Riace sia stata mossa da un movente politico personale, disposto a tutto pur di lucrare sui finanziamenti dell'accoglienza, a cui soccombeva l'interesse per i migranti destinatari dei benefici. In tal senso, Lucano diventa *dominus* di una consorteria criminale, avendo ottenuto la fedeltà di tutti i rappresentanti delle associazioni (c.d. *idem sentire*), allo scopo di commettere una serie di delitti e in cambio di sostegno elettorale. Tuttavia, più che uno scandaglio puntuale, chiaro e logico della volontà e rappresentazione di ciascuno degli elementi di ciascuna fattispecie incriminatrice, emerge una valutazione sommaria, “a strascico”³⁰. Come noto, accertare il dolo “oltre ogni ragionevole dubbio”³¹ vuol dire che il giudice deve “captare” la sostanza psicologica della previsione e della volontà senza – per quanto possibile – ricorrere a presunzioni anche nei contesti precettivi intrinseci di elementi valutativi. Può dirsi soddisfatto il rispetto del principio “BARD” (*Beyond Any Reasonable Doubt*) allorché la medesima lettura di brogliacci e trascrizioni peritali, in più di un'occasione, restituisce la possibilità concreta di una lettura diversa?

²⁹ Tuttavia, il Collegio non motiva su quali basi fattuali sarebbe riposta la “fiducia” verso Lucano da parte delle istituzioni, stante la severità delle relazioni degli ispettori e i continui ritardi dell'amministrazione di Riace nell'invio della documentazione richiesta; né argomenta sulla contraddittorietà del comportamento della Sede Centrale allorché rinnova al Comune di Riace il finanziamento per l'ulteriore triennio 2017-2019.

³⁰ Con riguardo alla responsabilità *ex art.* 416 c.p., ad esempio, pare difficile che il *dominus* di un'associazione delinquenziale affermi amareggiato di essere «schiavo delle persone», oppure che vi siano individui che operano – anche illecitamente – in modo del tutto svincolato dalla presenza di Lucano (Cfr. p. 600). Per il solo fatto che vi fosse un'organizzazione amministrativa al cui interno sono stati commessi dei reati, il Collegio sembra dare per provata la presenza di «un'organizzazione per delinquere» e non di un'amministrazione disorganizzata, incurante delle normative pubblicistiche che ne informano l'azione.

³¹ Sul punto, già F. CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa* (1874), edizione a cura di A. Cadoppi, Bologna, 2007, p. 36; M. TARUFFO, *La semplice verità, Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009. Più recentemente, G. LOSAPPIO, *Formula BARD e accertamento del dolo eventuale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 23 maggio 2017.

Per altro verso, nella sentenza si prende atto che Lucano «non ha preso un euro», tanto che lo stesso Pubblico Ministero ha modificato l'accusa da «vantaggio economico personale» a «vantaggio di carattere politico», cercando il movente politico in diversi passaggi di registrazione, a tal fine sottolineati e ripresi in più capitoli della sentenza.

Sul punto, merita segnalare che l'ufficiale della Guardia di Finanza aveva affermato in giudizio la buona fede e l'assenza di qualsiasi uso personale di quel denaro. Tuttavia, se da una parte, la difesa ha tentato di dimostrare il fine non personale di Lucano – come la rinuncia alla candidatura alle Politiche del 2018 e alle Europee nel 2019 – d'altra parte, queste informazioni – come altre – non vengono riportate nelle argomentazioni a discarico, che pure il Collegio avrebbe dovuto menzionare per dar conto del contraddittorio avvenuto e dare maggiore coerenza e forza alla logica giuridica cui ha aderito.

4.1. *...e per il trattamento sanzionatorio. Il doppio segmento della continuazione nel reato e la dosimetria della pena*

Il Collegio ha condannato Mimmo Lucano a 13 anni e 2 mesi di reclusione, ritenendolo colpevole dei delitti ascritti, per i fatti commessi nel periodo che va dal 2014 al 2017³²: una condanna molto elevata, considerato che la richiesta del Pubblico Ministero si era “fermata” a 7 anni e 11 mesi di reclusione. Sono essenzialmente due i profili che hanno comportato pesanti ricadute ai fini della determinazione della pena.

Il primo profilo attiene alla scelta di individuare «due distinti disegni criminosi», e di conseguenza dividere in due gruppi i reati di cui Lucano è stato ritenuto penalmente responsabile. Nel primo gruppo, avvinti dal vincolo della continuazione ai sensi dell'art. 81 co. 2 c.p., rientrano i reati di associazione per delinquere, truffa aggravata, falsità ideologica e peculato, per un totale di 10 anni e 4 mesi di reclusione. Nel secondo gruppo, espressione di un «differente disegno criminoso», vi sono le fattispecie di falsità ideologica commessa in qualità di Sindaco e abuso d'ufficio per un totale di 2 anni e 10 mesi di reclusione. Rileva il Collegio che quest'ultimo gruppo di reati sarebbe svincolato dalla «logica di profitto legata all'accoglienza»³³, il cui disegno

³² Lucano è stato inoltre condannato alla pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici (per cinque anni), nonché al pagamento, in solido, di oltre un milione e mezzo di euro a titolo di confisca per equivalente, di risarcimento del danno non patrimoniale nei confronti del Ministero dell'Interno e del danno patrimoniale alla SIAE.

³³ Cfr. p. 870.

criminoso sarebbe invece estrinsecato in una «disinvolta gestione del potere pubblico», ragion per cui si ravvisa un «collegamento probatorio» e non una continuazione di reati con il primo gruppo³⁴.

L'itinerario logico giuridico adottato dal Collegio non chiarisce, però, cosa debba intendersi con “disinvolta gestione del potere pubblico” e in cosa consista la sua alterità rispetto al disegno criminoso di cui al primo gruppo di reati. Riservando ad altre sedi un più meditato commento, ci si chiede se tale modalità di apprezzamento dei due disegni criminali, oltre a manifestare un «deficit motivazionale», non strida quantomeno con il principio del *favor rei*, apparendo una forzatura l'aver ritenuto sussistente per il solo Lucano un secondo gruppo di reati in continuazione tra loro, con conseguente aggravio di pena. In particolare, le motivazioni della decisione non sembrano chiarire se e in che modo i comportamenti del secondo gruppo di reati – per modalità, circostanze, coefficienti psichici che li ha informati, e per le finalità alle quali erano preordinati – possano considerarsi, valutata anche la natura dei beni aggrediti, come una diversa esecuzione, diluita nel tempo, di un diverso disegno criminoso³⁵.

Il secondo profilo investe la mancata concessione delle attenuanti generiche e di quelle comuni per motivi di particolare valore morale o sociale. Di queste ultime, è facile comprendere i motivi ostativi da parte del Collegio, stante la ricostruzione psicologica di cui si è detto. Tranne una imputata, a nessuno degli altri imputati sono state concesse le circostanze di cui all'art. 62-bis c.p., a prescindere dall'assenza di precedenti penali, che a norma del comma 3, «non può essere, per ciò solo, posta a fondamento della concessione delle circostanze». La motivazione offerta dai giudici risiede nel fatto che, diversamente dagli altri coimputati, tale imputata avrebbe reso alcune dichiarazioni «vagamente collaborative»³⁶, per poi allinearsi alla scelta degli altri di esercitare il diritto di avvalersi della facoltà di non rispondere in sede dibattimentale. Se da una parte le attenuanti generiche «vanno meritate»³⁷, è

³⁴ Tale sommatoria deriva dunque dalla distinzione tra i delitti connessi *ex art. 12 c.p.p.*, da una parte (primo gruppo di reati), e delitti «probatoriamente ad essi collegati», dall'altra (secondo gruppo di reati per i quali non sono state utilizzate le intercettazioni), che deriva dalla controversa interpretazione degli effetti dell'applicazione delle Sezioni Unite “Cavallo” (*supra*, p. 870).

³⁵ Cfr. Cass. Pen., sez. VI, sentenza del 7 febbraio 2012, n. 49969.

³⁶ Cfr. p. 780.

³⁷ Si v. il verbale di trascrizione della requisitoria del Pubblico Ministero nell'udienza del 17 maggio 2021 (p. 97).

anche vero che la motivazione circa il diniego di tale beneficio dovrebbe essere fondata su una valutazione complessiva del fatto in tutte le sue componenti (oggettive e soggettive). Non si comprende, quindi, come mai le tre dichiarazioni spontanee rese da Lucano – in sede di interrogatorio di garanzia e in giudizio – richiamate per riassunto ai sensi dell'art. 513 c.p.p. (p. 93 e ss.), non siano state valutate alla stessa stregua – o più favorevolmente – dell'unica dichiarazione resa dalla coimputata. Nel medesimo paragrafo, dopo aver riconosciuto l'utilità di queste dichiarazioni che dimostrerebbero la «pura passione» di Lucano per il suo progetto, risalta la chiosa finale in relazione ai suoi silenzi rispetto alle «domande impellenti» che il Tribunale avrebbe voluto formulare nei suoi confronti e in quelli degli altri coimputati, definiti tanto legittimi quanto «ostinati».

5. *Rilievi conclusivi*

Le motivazioni del Tribunale di Locri dipingono, in definitiva, una realtà che stride con la narrazione giornalistica e politica delle vicende legate all'accoglienza presso il Comune di Riace, che da modello virtuoso diventa un modello criminale. Scorrendo le pagine della sentenza, il 'resoconto giudiziario' si fonda su una visione monolitica dei fatti storici, caratterizzati da una «logica predatoria delle risorse pubbliche provenienti dai progetti (di accoglienza) sempre più asserviti agli appetiti di natura personale, spesso declinati in chiave politica» oppure da «meccanismi illeciti e perversi, fondati sull'avidità e sulla cupidigia» in «un mondo privo di idealità, soggiogato da calcoli politici, dalla sete di potere e da una diffusa avidità».

Se, dunque, la lettura della sentenza, per un verso, può lasciare sorpresi di fronte alle anomalie di un modello di gestione dell'accoglienza che eravamo abituati a pensare come virtuoso, per altro verso, gli argomenti giuridici sopra richiamati sollevano serie perplessità rispetto alle modalità di accertamento delle responsabilità individuali. Non sfugge *inter alia* il ruolo "inedito" del Collegio nell'assunzione delle prove (come il riascoltare, in Camera di Consiglio, le intercettazioni e procedere con modifiche e aggiunte di locuzioni/parole nella trascrizione peritale, non oggetto di contraddittorio), lo strumentale discostamento dal principio di diritto elaborato dalle Sezioni Unite "Cavallo" ovvero la scarsa considerazione in cui è stato tenuto il diritto di difesa, alla luce della riqualificazione dei fatti di abuso di ufficio diretta-

mente in sentenza³⁸ o, infine, una motivazione poco puntuale delle prove a discarico (che nel testo sembrerebbero sempre scarse, «prive di pregio»).

La sensazione [...] è che si sia voluto giudicare un intero sistema di accoglienza e l'etica del suo più celebre portavoce, più che verificare la rilevanza penale delle condotte che, in quel sistema, sono state poste in essere. L'ex sindaco di Riace potrà anche essere «divorato da un demone ossessivo, costituito dalla ricerca costante di una sempre maggiore visibilità, da attuare ad ogni costo»; ma così facendo, a noi sembra che il Tribunale di Locri, invece di guardare alla corrispondenza dei fatti alle fattispecie incriminatrici, si sia atteggiato un po' ad "arbitro in terra del bene e del male".

³⁸ Non potendo approfondire il tema di assoluto rilievo, cfr., ad es., Corte EDU, sentenza del 22 febbraio 2018, *Drassich c. Italia*, ric. n. 65173/09.

UN SISTEMA DAVVERO INEFFICIENTE? IL DOPPIO STANDARD DI PROTEZIONE DI UCRAINI E RICHIEDENTI ASILO IN GRECIA

Marcella Cometti*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'accoglienza delle persone provenienti dall'Ucraina in Grecia. – 3. Respingimenti, detenzione e applicazione del concetto di "Paese terzo sicuro": l'inarrestabile deterioramento del diritto di asilo in Grecia. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Da più parti è stato messo in evidenza il divario tra la gestione dell'accoglienza delle persone in arrivo dall'Ucraina e il trattamento riservato a chi entra in Grecia dalla Turchia¹. Invero, sebbene il numero di ingressi dall'Ucraina sia (stato) numericamente più consistente rispetto ai secondi², il governo greco ha disposto misure di sostegno all'accesso ai servizi e alla protezione temporanea che rappresentano politiche di segno diametralmente opposto rispetto a quanto messo in atto per chi proviene dalla Turchia.

Sicuramente la normativa europea di riferimento presenta caratteristiche assai differenti, trattandosi dello strumento della protezione temporanea a fare da cornice al flusso migratorio proveniente dall'Ucraina e, invece, del Sistema Europeo Comune di Asilo (SECA) per chi proviene dalla Turchia e

* Dottoranda in Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali, Università degli Studi di Ferrara.

¹ ECRE, *Greece: Guarantees of Capacity for Ukrainian Refugees while the Situation Remains Dire in Camps Across the Country, Government Body Finds No Evidence of Pushbacks*, editoriale del 1 aprile 2022; Human Rights Watch, *Greece Should Know that Refugees can come from anywhere*; 3 marzo 2022; Greek Council for Refugees, OXFAM, Save the Children, *Greece: a two-tier refugee system*, 4 maggio 2022.

² Si vedano le statistiche fornite dal Ministero per la Migrazione e l'Asilo greco al sito: <https://migration.gov.gr/en/statistika/>. Al 16 agosto 2022 «around 72,000 Ukrainians have entered Greece since Russia began its offensive at the end of February, and more than 18,000 have applied for protection under a never-before-used EU Temporary Protection Directive (TPD) (...); in comparison, around 7,000 asylum seekers and migrants have entered Greece by crossing the Aegean Sea or the land border between Greece and Turkey so far this year».

presenta domanda di protezione internazionale. D'altro canto, la comparazione tra i due "sistemi di risposta" ha il pregio di metter in luce le differenti risorse messe in atto, chiarendo così come dietro all'inarrestabile logoramento del diritto di asilo in Grecia non si nasconda una totale incapacità di reazione del sistema amministrativo ellenico bensì, piuttosto, una volontà politica che sembrerebbe trovare sponda anche a livello europeo.

2. *L'accoglienza delle persone provenienti dall'Ucraina in Grecia*

In Grecia, il 4 marzo 2022, accertata l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'art. 5 della direttiva 2001/55/CE³, è stato attivato, con Decisione Ministeriale n. 131035⁴, il decreto presidenziale sulla protezione temporanea n. 80/2006.

L'art. 1 di tale Decisione Ministeriale dispone la concessione dello *status* di protezione temporanea della durata di dodici mesi rinnovabile a: a) i cittadini ucraini residenti in Ucraina che sono stati sfollati a partire dal 24 febbraio 2022; b) i cittadini di Paesi Terzi e agli apolidi sfollati dall'Ucraina a partire dal 24 febbraio 2022 e che ivi risiedevano legalmente in quanto beneficiari di protezione internazionale o di protezione nazionale equivalente; c) i familiari delle persone di cui alle lett. a) e b). La definizione di familiare è contenuta all'art. 1, co. 2, della stessa Decisione e comprende anche «altri parenti stretti che abbiano vissuto insieme come parte del nucleo familiare e che dipendano totalmente o principalmente da una delle persone *sub a) o b)*».

In aggiunta alle categorie di beneficiari elencate dalla Decisione Ministeriale, il Servizio greco per l'asilo, il 18 aprile 2022, ha dichiarato che può essere riconosciuta la protezione temporanea anche a chi ha lasciato il paese successivamente al 26 novembre 2021⁵.

Con riferimento, poi, alla procedura di riconoscimento della protezione temporanea è intervenuta un'altra Decisione Ministeriale del 24 marzo 2022⁶

³ Direttiva (CE) 2001/55 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.

⁴ «Εφαρμογή προσωρινής προστασίας του π.δ. 80/2006 λόγω μαζικής εισροής εκτοπισθέντων από Ουκρανία», 4 marzo 2022.

⁵ Hellenic Republic, Ministry of Migration & Asylum, *Frequently Asked Questions*.

⁶ πουργική Απόφαση Αριθμ. 172172/2022, ΦΕΚ 1462/Β/28-3-2022, Διαδικασία

che designa come autorità responsabile di tale attività il Servizio greco per l'asilo. La relativa istanza può essere facilmente inoltrata tramite apposita piattaforma online disponibile sul sito del Ministero dell'Immigrazione e Asilo⁷ dove, per altro, si possono trovare ulteriori informazioni utili riguardanti l'accesso ai servizi sul territorio. Secondo l'art. 4, co. 2 della Decisione Ministeriale, il permesso di soggiorno per protezione speciale ha durata di un anno ed è automaticamente prorogabile inizialmente per sei mesi e poi, eventualmente, per altri sei; inoltre, è specificamente previsto che in caso di presentazione di una domanda di protezione internazionale, il permesso di soggiorno per protezione temporanea non debba esser ritirato (art. 8, co. 2). Così, se un beneficiario di protezione temporanea dovesse decidere di inoltrare richiesta di protezione internazionale, durante la procedura di riconoscimento di quest'ultima, potrà mantenere il permesso per protezione temporanea fino a che non gli verrà notificata la decisione relativa alla richiesta di protezione internazionale.

Relativamente all'accesso ai servizi sul territorio nazionale, secondo l'art. 1, co. 1, della Decisione Ministeriale del 24 marzo 2022, non appena viene rilasciato il permesso di soggiorno per protezione temporanea, è attivato il *temporary social security number* (Αριθμός Μητρώου Κοινωνικής Ασφάλισης o A.M.K.A) per l'accesso alle cure mediche e il codice fiscale (Αριθμός Φορολογικού Μητρώου o A.F.M) necessario per la registrazione nel sistema di tassazione greco e per l'accesso al mondo della formazione e del lavoro. Ancor più, con una circolare del Ministero della Sanità (Α.Π. Γ2δ / Γ.Π.οικ.17033, ΑΔΑ: 6ΥΟ0465ΦΥΟ-7ΕΕ), è stato specificato che anche prima del riconoscimento della protezione temporanea deve essere garantito l'accesso gratuito alle cure mediche a fronte della sola presentazione del passaporto e della "Service Note" rilasciata dalle Forze dell'Ordine all'atto di attraversamento della frontiera.

Per quanto riguarda il sistema educativo, il Ministero dell'Istruzione, a marzo del 2022, ha istituito una *task force* per facilitare l'accesso al percorso scolastico di bambini e adolescenti⁸ e, in collaborazione con la società civile e le organizzazioni internazionali che operano nel settore, ha avviato i lavori

χορήγησης Άδειας Διαμονής Προσωρινής Προστασίας στους δικαιούχους προσωρινής προστασίας.

⁷ Hellenic Republic, Ministry of Migration & Asylum, *Information for Displaced Persons From Ukraine*.

⁸ Ministero dell'istruzione e degli affari religiosi greco, *Initiatives to support the Ukrainian education community in Ukraine and beyond*.

per una piattaforma digitale finalizzata a registrare e rispondere a richieste specifiche provenienti dalla comunità ucraina.

Infine, anche il sistema di accoglienza sembra essere stato strutturato in modo efficiente e funzionante. Invero, è previsto un sistema di pronta accoglienza presso l'“Accommodation Facility Center” di Sintiki – al confine nord tra Grecia e Bulgaria – mentre, per ottenere accoglienza presso strutture governative per un periodo più lungo è necessario compilare un apposito *form* presente sul sito del Ministero dell'Immigrazione e l'Asilo⁹. Inoltre, l'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM), in collaborazione con le autorità nazionali, supporta i beneficiari di protezione temporanea nella ricerca di soluzioni abitative prevedendo un contributo per l'affitto e servizi di facilitazione con i proprietari delle strutture ricettive.

La volontà del governo greco di gestire efficacemente e in modo appropriato l'afflusso di persone provenienti dall'Ucraina si è risolta anche in una specifica richiesta di supporto, formulata il 15 marzo 2022 dalle autorità greche alla direttrice esecutiva dell'Agenzia dell'UE per l'Asilo (EUAA), a seguito della quale veniva modificato il piano operativo stipulato tra l'Agenzia stessa e il governo greco. Dalla lettura di tale documento¹⁰, da un lato si riconosce una rafforzata capacità delle autorità greche a gestire il (minor) numero di domande di asilo presentate e, quindi, si prefigura un ridimensionamento del supporto da parte dell'Agenzia in questo ambito, dall'altro si prevedono attività di supporto sia al Servizio greco per l'asilo che al *Reception and Identification Service* (RIC) nell'implementazione di attività riguardanti il riconoscimento della protezione temporanea.

3. *Respingimenti, detenzione e applicazione del concetto di “Paese terzo sicuro”: l'inarrestabile deterioramento del diritto di asilo in Grecia*

Politiche di segno diametralmente opposto rispetto a quanto messo in atto per chi proviene dall'Ucraina sono state, invece, implementate con riguardo a chi arriva dalla Turchia¹¹; invero, in particolar modo a partire da febbraio-marzo 2020 a seguito della decisione della Turchia di riaprire le sue

⁹ Hellenic Republic, Ministry of Migration & Asylum, *Accommodation Ukraine*.

¹⁰ Operational Plan 2022-2024 agreed by the European Union Agency for Asylum and Greece, Amendment 1, Porto di La Valletta e Atene, 1 aprile 2022.

¹¹ Amnesty International, *Greece: Submission to the UN Committee against Torture*, 24 gennaio 2022.

frontiere, si assiste all'implementazione di prassi delle autorità volte ad ostacolare l'accesso alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale¹², a non garantire un completo esame nel merito delle domande di asilo a causa dell'applicazione del concetto di Paese Terzo sicuro e a disporre misure di trattenimento per i richiedenti asilo.

Per quanto concerne il primo aspetto, si fa riferimento agli ormai sistematici respingimenti messi in atto, sia al confine terrestre che marino, dalla Guardia costiera e di frontiera greca¹³; ancor più, il sistema di prenotazione dell'appuntamento per formalizzare la domanda di asilo attraverso Skype, implementato unicamente sulla terraferma e non sulle isole, anziché agevolare la presentazione della richiesta di asilo si pone quale ostacolo all'accesso alla protezione internazionale¹⁴. Nonostante la L.N. 4636/2019, c.d. International Protection Act (IPA) preveda che tra la fase di preregistrazione (ove vengono raccolti i dati essenziali) e la registrazione completa della domanda di asilo (durante la quale sono raccolti i dati identificativi completi, alla stregua di quelli riportati, in Italia, nel Mod. C3) non possano trascorrere più di 15 giorni, non esiste un limite di tempo massimo stabilito dalla legge entro il quale le autorità debbono formalizzare la domanda di asilo; la legge, infatti, si limita a stabilire che ciò deve avvenire "senza indugio" da parte del richiedente e che la domanda deve essere presentata di persona, tranne in situazioni di forza maggiore (Art. 78 L.N. 4636/2019).

D'altro canto ciò non giustifica quanto accade nella prassi ove, si richiede al richiedente di entrare in contatto con il Servizio greco per l'asilo attraverso Skype, per ricevere l'appuntamento che gli consenta di presentarsi di persona per formalizzare la sua domanda di asilo; di fatto, però, la prenotazione via Skype è fortemente inefficiente, dal momento che tale sistema comporta notevoli ritardi¹⁵ o in alcuni casi addirittura l'impossibilità di presentare do-

¹² Greek Council for Refugees, Oxfam, Save The Children, *Greece Bimonthly bulletin on refugees and migrants*, luglio 2022, p. 12.

¹³ ECRE, *Greece: Systematic Pushbacks Continue by Sea and Land as MEPs Demand EU Action, Deaths Up Proportionate to Arrivals, Number of People in Reception System Reduced by Half – Mitarachi Still Not Satisfied*, editoriale del 30 settembre 2022.

¹⁴ Mobile InfoTeam, *Lives on hold, Access to asylum on mainland Greece, Crete and Rhodes*, Novembre 2021.

¹⁵ Secondo l'UNHCR, le persone sulla terraferma devono aspettare circa 1-2 mesi (a seconda della lingua parlata) per ottenere un contatto diretto con il Servizio Greco per l'asilo attraverso Skype, mentre la registrazione completa della domanda di asilo richiede altri 3-4 mesi in media presso il Servizio Greco per l'asilo in Attica e a Salonicco. A quanto risulta al

manda di protezione internazionale. A sottolineare la rilevanza della questione, vi è anche la rappresentante della Commissione europea presso la *Task Force Migration and Management*¹⁶, in uno scambio di mail con le autorità greche¹⁷, in cui si fa riferimento alle lamentele relative ai notevoli ritardi e all'insufficienza delle misure per garantire l'accesso alla procedura di asilo. Nella corrispondenza vi è anche la richiesta rivolta alle autorità greche di indicare delle possibili soluzioni alternative, ad esempio aumentando il numero di personale che gestisce le linee telefoniche.

Per di più, la Commissione europea è stata chiamata a prendere posizione¹⁸ anche relativamente l'emendamento previsto dalla L. n. 4825/2021 all'art. 89 dell'IPA, con il quale è stata introdotta una tassa di 100 euro per la presentazione di una seconda domanda reiterata (cd. *second subsequent application*) che, nel caso di nuclei familiari, dovrà essere pagata separatamente per ogni membro della famiglia¹⁹.

La Grecia, così, rappresenta l'unico Paese dell'UE a prevedere una tassa per l'inoltro di una (seconda) domanda di asilo reiterata²⁰.

Infine, con Decisione Ministeriale n. 42799 del 7 giugno 2021²¹, la Tur-

Greek Council for Refugees, possono verificarsi ritardi anche più lunghi di due mesi (Submission of Greek Council for Refugees to the Committee of Ministers of the Council of Europe concerning the groups of cases of *M.S.S. v. Greece*, application n. 30696/09, and *Rahimi v. Greece*, application n. 8687/08, p. 49). Secondo un più recente Report di Mobile Info Team «le persone che chiedono asilo in Grecia sono costrette a chiamare Skype per molti mesi, e spesso per anni. I risultati delle nostre conversazioni con le persone hanno rivelato che il tempo medio per avere un contatto con il Servizio Greco per l'Asilo attraverso Skype è stato di 14 mesi. 7 delle 25 persone con cui abbiamo parlato (28%) stavano ancora cercando di raggiungere Skype dopo due anni» (Mobile Info Team, *Report: Lives on hold, access to asylum on mainland Greece, Crete and Rhodes*, 23 novembre 2021, p. 4).

¹⁶ Informazioni disponibili sul sito della COMMISSIONE EUROPEA, DG HOME, *About Task Force Migration Management*.

¹⁷ Documenti in possesso dell'autrice a seguito di richiesta di accesso agli atti rivolta alla Commissione europea.

¹⁸ Interrogazione parlamentare con richiesta di risposta scritta E-005103/2021.

¹⁹ Fenix, *Imposition of a fee of 100 euros for access to asylum from the 2nd and every following subsequent application to applicants for international protection, including minors*, 2 marzo 2022.

²⁰ EASO, *Fees or other charges for applications for international protection in EU+countries*, Situational Update, Issue No 6, 20 Ottobre 2021.

²¹ ΕΦΗΜΕΡΙΔΑ ΤΗΣ ΚΥΒΕΡΝΗΣΕΩΣ ΤΗΣ ΕΛΛΗΝΙΚΗΣ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ, del 7 giugno 2021.

chia è stata designata quale Paese terzo sicuro per le persone di nazionalità pakistana, bengalese, siriana, afghana e somala. Conseguentemente, le loro domande di asilo sono analizzate non tanto nel merito, quanto solo sotto il profilo dell'ammissibilità (vengono quindi indagati i motivi per cui la persona ha lasciato la Turchia e non può farvi rientro). Perciò, sebbene la Turchia non riammetta più richiedenti asilo sul proprio territorio da marzo 2020²², comunque le domande dei richiedenti provenienti da quei Paesi vengono rigettate in quanto inammissibili, sulla base del fatto che per tali richiedenti asilo la Turchia rappresenta un Paese terzo sicuro in cui la persona può (a questo punto solo potenzialmente) far rientro.

Secondo le *Standard Operating Procedure* del Servizio di Asilo greco, tuttavia, se la persona ha lasciato la Turchia da più di un anno, la sua domanda di asilo dovrebbe essere esaminata nel merito. Considerato che sulle isole greche dell'Egeo orientale viene ancora applicata la procedura accelerata di frontiera, è quindi ben possibile che, in attesa che decorra un anno, queste persone si ritrovino a presentare una seconda domanda reiterata di asilo per vederla esaminata nel merito e a dover, quindi, pagare la tassa pari a 100 euro.

Infine, nel 2021, la Polizia ellenica ha emesso 21.044 decisioni di detenzione in tutta la Grecia, di cui 825 nell'ambito della procedura di asilo²³. Sebbene l'art. 46 dell'IPA disponga che «third-country nationals or stateless persons are not detained on the sole ground of making an application for international protection or for irregularly entering and/or residing in the country without a lawful residence permit» e che queste persone possono essere detenute in circostanze eccezionali «following an individualised assessment and on condition that alternatives cannot be applied», in Grecia, senza alcun esame individualizzato, vengono detenute persone che sono già state sottoposte a procedure di accoglienza e identificazione e sono già in possesso dello *status* di richiedente protezione internazionale.²⁴ E invero, a giugno 2021 sono state presentate due denunce alla Commissione europea (CHAP(2021)02261 e CHAP(2021)02265) da parte di richiedenti asilo sopravvissuti a violenze fisiche e torture nei loro Paesi di origine (di cui uno dei due affetto da disabilità, cecità da un occhio e diabete insulino-dipendente).

²² RSA e PRO ASYL, *Greece arbitrarily deems Turkey a "safe third country" in flagrant violation of rights*, Febbraio 2022, pp. 3-4.

²³ RSA, *Persisting systematic detention of asylum seekers in Greece*, Giugno 2022, p. 1.

²⁴ AIDA, *Country Report Greece*, 2021 update, p. 201 e ss.; ECRE, *Weekly Bulletin 24 Giugno 2022*; Greek Council for Refugees, Oxfam, Save the Children, *Greece: Bimonthly bulletin on refugees and migrants*, Luglio 2022, p. 8.

A questi ultimi dopo aver espresso la loro volontà di richiedere asilo sull'isola di Lesbo veniva notificata una decisione standardizzata dal RIC che limitava la loro libertà per un periodo massimo di 25 giorni. La decisione, imponendo il divieto di uscire dal RIC, quindi, costituiva trattenimento ai sensi dell'art. 2, lett. h), della Direttiva 2013/33/UE senza che ne sussistessero i motivi elencati, in modo esaustivo, dall'art. 8 par. 3, co. 1 della Direttiva²⁵.

Inoltre, a riprova della importanza delle questione al di là del caso individuale, il 22 febbraio 2022 veniva presentata, da parte della Coalizione della Sinistra Radicale – Alleanza Progressista (SY.RIZ.A), un'interrogazione parlamentare intitolata «la detenzione amministrativa di migranti e richiedenti asilo sta diventando la norma».²⁶ Il trattenimento di richiedenti asilo, secondo quanto riportato nell'interrogazione, si trasforma da misura di ultima istanza a pratica ordinaria, in violazione delle disposizioni della Direttiva. Soprattutto se si tiene conto di quanto disposto dalla Decisione ministeriale 42799/2021 – che respinge come irricevibili, in applicazione del concetto di Paese Terzo sicuro, le richieste di richiedenti provenienti da Siria, Afghanistan, Pakistan, Bangladesh e Somalia – assieme alle disposizioni contenute nel Nuovo Patto sull'Immigrazione e l'Asilo, è inevitabile constatare come la Grecia ancora rappresenti un luogo di sperimentazione di una cornice normativa contenuta nelle proposte avanzate dalla Commissione. A tal proposi-

²⁵ L'art. 8 della direttiva 2013/33 è stato recepito dall'art. 46 dell'IPA (Άρθρο 46 (Άρθρα 8 και 9 Οδηγίας 2013/33/ΕΕ) Κράτηση των αιτούντων), il quale dispone, al comma 2, che: «Il trattenimento ai sensi del comma precedente può essere imposto solo per uno dei seguenti motivi: (a) al fine di stabilire l'identità, origine o nazionalità [della persona], (b) per determinare gli elementi su cui si basa la domanda di protezione internazionale, la cui acquisizione sarebbe altrimenti impossibile, in particolare quando esiste un rischio di fuga del richiedente, come definito all'articolo 18, lettera g) della legge n. 3907/2011, (c) se [la persona] costituisce un rischio per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico, secondo il giudizio motivato dell'autorità competente di cui al paragrafo 4; oppure (d) in presenza di un rischio significativo di fuga ai sensi dell'articolo 2, lettera n), del regolamento (UE) n. 604/2013, in conformità ai criteri caso f' dell'articolo 18 della legge n. 3907/2011, che si applica *mutatis mutandis*, e al fine di garantire l'attuazione della procedura di trasferimento, in conformità al suddetto regolamento, oppure (e) al fine di decidere, nell'ambito della procedura, la il diritto del richiedente di entrare nel territorio».

²⁶ Αθήνα, 22 Φεβρουαρίου 2022 ΕΡΩΤΗΣΗ σε συνδυασμό με Α.Κ.Ε. Προς τους κ.κ. Υπουργούς: Υγείας Προστασίας του Πολίτη Δικαιοσύνης Μετανάστευσης και Ασύλου Θέμα: «Η διοικητική κράτηση μεταναστών και αιτούντων άσυλο γίνεται κανόνας και εκθέτει τη χώρα. Ζητάμε αναλυτικά στοιχεία για το 2021».

to, si rimanda alle disposizioni della Proposta modificata di Regolamento che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE e, in particolar modo, all'art. 35-*bis* e 41²⁷.

4. Conclusioni

Il quadro delineato nel contributo conferma che l'efficace risposta messa in atto a fronte della "crisi ucraina" non ha comportato (né comporterà) un'inversione di rotta – verso migliori standard di tutela ed un sistema amministrativo più efficiente – nel contesto del sistema di asilo e accoglienza ellenico e, in una più ampia prospettiva, neppure avrà ricadute sull'atteggiamento della Commissione e degli Stati membri nella gestione dei flussi migratori nei termini di una rinnovata visione delle politiche migratorie e d'asilo. D'altro canto, ciò si deduce non solo mettendo a confronto i due sistemi in Grecia (di inclusione e tutela per chi arriva dall'Ucraina e di esclusione e violazione di diritti fondamentali per chi proviene da altri Paesi), ma anche dall'approccio più che morbido che la Commissione sta attuando nei confronti dello stesso Stato membro, anche a fronte di – oramai – sistematiche violazioni del diritto dell'Unione europea.

Invero, seppur sollecitata da più parti²⁸ ad avviare una procedura di infrazione o ad attivare strumenti di *compliance* del diritto e della prassi nazionale con il diritto dell'Unione, la Commissione europea sembra muoversi verso tutt'altra direzione. Tant'è vero che in una sua recente Comunicazione la Commissione²⁹, dopo aver descritto le azioni di solidarietà operativa messe

²⁷ 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.

²⁸ Si fa riferimento alle interrogazioni parlamentari con richiesta di risposta scritta presentate alla Commissione europea sia con riferimento ai *pushbacks* attuati dalla Guardia di Frontiera e Costiera greca (E-4168/2020, E-4566/2020, E-4857/2020, E-1667/2021, E-2697/2021, E-5571/2021, E-259/2022, E-861/2022, E-1438/2022, E-1519/2022, E-1639/2022, E-1951/2022, P-1972/2022) sia all'applicazione del concetto di Paese Terzo Sicuro (P-604/2021, E-3532/2021, E-4131/2021, E-5103/2021, E-1347/2022). Sono state, inoltre, inviate, inoltre, diverse lettere alla Commissione europea da parte della commissione LIBE del Parlamento europeo, da parte del Gruppo dei Verdi e di diverse ONG greche.

²⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Relazione sulla migrazione e l'asilo (COM(2022) 740 final), 6 ottobre 2022.

in campo nei confronti della Grecia («tramite sostegno finanziario e la presenza di personale della Commissione e delle agenzie dell'UE a sostegno della Grecia nella gestione delle frontiere, nelle procedure di asilo e rimpatrio, nonché nella pianificazione e nel coordinamento»), porta alla luce i “successi” del sistema di asilo greco e soprassiede sul costante sfaldamento del diritto di asilo. Infatti, il drastico abbassamento del numero di residenti nei campi sulle isole greche (4 400 persone contro le 42 000 del 2019) viene unicamente imputato alle ricollocazioni in altri Stati membri quando, di per sé, tale diminuzione è certamente anche conseguenza dei sistematici respingimenti attuati dalla Guardia di Costiera ellenica così come documentati anche dall'OLAF³⁰. Infine, sebbene le autorità greche, come brevemente illustrato sopra, impediscano l'accesso alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale e, in applicazione del concetto di Paese Terzo Sicuro, violino quanto disposto dall'art. 38, par. 4 della Direttiva 2013/32/UE³¹, la Commissione preferisce soprassedere su tale aspetto e, piuttosto, evidenziare come «procedure di asilo più efficienti abbiano consentito di dimezzare l'arretrato delle domande nei primi quattro mesi del 2022 rispetto allo stesso periodo del 2021».

³⁰ OLAF Investigation, Final Report, Case No. OC/2021/0451/A1, Brussels Olaf. 03(2021)21088.

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

L'accesso alla cittadinanza

LA CONCESSIONE DELLA CITTADINANZA TRA OSTACOLI E CONTRADDIZIONI

Serena Stacca*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il potere amministrativo in materia di cittadinanza: la confusione tra potere altamente discrezionale e potere di alta amministrazione. – 3. (segue) Il giudizio parziale. Il potere schiacciato sugli interessi dello Stato. – 4. (segue) Il giudizio sommario. Il criterio assorbente dell'irreprensibilità morale. – 5. Brevi conclusioni.

1. *Introduzione*

È pacifico che riconoscere la cittadinanza significa attribuire «uno *status* che comporta rilevantissime conseguenze per il patrimonio giuridico del richiedente e sui suoi diritti all'interno dello Stato» e che, al tempo stesso, tale concessione può implicare «conseguenze altrettanto rilevanti, anche gravemente perniciose per l'interesse nazionale in caso di infelice concessione»¹.

Su queste basi, l'amministrazione, nell'esercizio del suo potere discrezionale², dovrebbe essere chiamata a effettuare una delicata valutazione in ordine alla integrazione dello straniero nella società, che sia espressiva di una convinta adesione ai valori fondamentali dell'ordinamento, a sua volta contestualizzata all'interno di un'ampia analisi (anche) delle ragioni del soggetto richiedente.

La realtà, tuttavia, è spesso diversa: non si assiste al bilanciamento di interessi ispirato ai principi di proporzionalità e ragionevolezza; il potere discrezionale si trasforma in potere di alta amministrazione; la sicurezza e l'ordine pubblico diventano gli unici interessi rilevanti ai fini della decisione. In sostanza, l'autorità pubblica si pronuncia sull'istanza dello straniero solo in base alla sua pericolosità sociale, effettuando un giudizio parziale e fondandosi perlopiù su elementi indiziari che, retti da un criterio di *assoluta irreprensibilità morale*, servono a rivelare la non *perfetta* integrazione nel tessuto socio-economico del Paese.

* Ricercatrice di diritto amministrativo, Università Suor Orsola Benincasa.

¹ In questi termini, la copiosa giurisprudenza amministrativa. Cfr. tra le tante: Cons. St., sez. III, sentenza del 17 dicembre 2020, n. 8133.

² Il carattere discrezionale si desume in particolare dall'art. 9, l. 5 febbraio 1992, n. 91, nella parte in cui prevede che la cittadinanza «può», e non «deve», essere concessa.

Le conseguenze derivanti da simile impostazione sono evidenti. Così agendo, l'amministrazione non solo ostacola l'attuazione di garanzie sostanziali, procedurali e processuali a protezione dell'istante, ma rischia anche di contraddire il valore personalistico dell'ordine costituzionale.

2. *Il potere amministrativo in materia di cittadinanza: la confusione tra potere altamente discrezionale e potere di alta amministrazione*

Occorre muovere dal modo con il quale si interpreta il potere amministrativo di concessione della cittadinanza.

Ebbene, la lettura prevalente equipara i provvedimenti inerenti alla cittadinanza alla categoria degli atti di alta amministrazione. In base a tale lettura, gli atti sarebbero connotati da «apprezzamenti marcatamente politici, al punto da essere addirittura definit[i] come vero e proprio esercizio di un “potere creativo” dello Stato nell'ampliare il numero dei propri cittadini»³.

Insomma, una valutazione di pura opportunità politico-amministrativa, priva di ponderazione comparativa di interessi (giuridicamente rilevanti), in base alla quale la famigerata «cittadinanza per concessione»⁴ esprimerebbe «le priorità individuate da un indirizzo politico storicamente determinato»⁵, coincidente con il mantenimento di un'efficace forma di controllo (in punto di sicurezza e ordine pubblico) sulla composizione del popolo.

Questa interpretazione trova appoggio nella giurisprudenza amministrativa maggioritaria⁶: l'atto di riconoscimento o diniego della cittadinanza sarebbe, infatti, atto di alta amministrazione in quanto condizionato prevalen-

³ P. LOMBARDI, *Giudice amministrativo e cittadinanza: quale contributo per un concetto giuridicamente sostenibile?*, in *Federalismi.it*, n. 20/2018, p. 8. Sulla natura del potere concessorio, si veda, tra altri, C. VAGGINELLI, *Cittadinanza: una riforma a lungo attesa*, in *forumcostituzionale.it*, 20 luglio 2016; F. DINELLI, *Le appartenenze territoriali. Contributo allo studio della cittadinanza, della residenza e della cittadinanza europea*, Napoli, 2011.

⁴ C. VAGGINELLI, *Cittadinanza: una riforma a lungo attesa*, cit., p. 10.

⁵ P. LOMBARDI, *Giudice amministrativo e cittadinanza*, cit., p. 9. V., inoltre, A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 825.

⁶ Tra le più recenti, si vedano, Cons. St., sez. III, sentenza del 17 dicembre 2020, n. 8133; Cons. St., sez. III, sentenza del 29 marzo 2019, n. 2102; Cons. St., sez. III, sentenza del 14 febbraio 2017, n. 657; Tar Lazio, sez. I, sentenza del 19 dicembre 2018, n. 12364; Tar Lazio, sez. I-ter, sentenza del 28 febbraio 2017, n. 2932; Tar Lazio, sez. I-ter, sentenza del 16 marzo 2017, n. 3555.

temente «all'esistenza di un interesse pubblico che con lo stesso atto si intende raggiungere»⁷. In altri termini, il giudizio dell'amministrazione sarebbe connotato da un altissimo grado di discrezionalità dal momento che presupporrebbe una valutazione dei fatti acquisiti al procedimento solo «in relazione ai fini propri della società nazionale»⁸, informata ai criteri di precauzione e cautela. A fronte degli importanti interessi pubblici coinvolti nel procedimento – sicurezza e ordine pubblico – «l'interesse del cittadino di altro Stato a conseguire la cittadinanza italiana [diverrebbe, pertanto,] inevitabilmente recessivo»⁹.

Si è così ingenerata e consolidata una confusione tra atti espressione di elevato apprezzamento discrezionale e atti di alta amministrazione, dominanti come tali da elementi prettamente politici e, di conseguenza, sindacabili soltanto limitatamente.

Del resto, l'impostazione che ha tentato di offrire una diversa lettura del potere amministrativo in materia di cittadinanza non ha trovato sufficiente seguito. Non si è cioè affermato quell'orientamento giurisprudenziale che riconosce l'ampia discrezionalità non perché il potere si determina sulla valutazione di un solo interesse (pubblico), ma perché quell'interesse dev'essere bilanciato con altri interessi (individuali). In base a tale logica, che rovescerebbe la prospettiva spostando l'attenzione dalla (sola) ragion di Stato alla dignità umana, l'interesse alla sicurezza e all'ordine pubblico diventerebbe uno dei profili della comparazione¹⁰.

3. (segue) *Il giudizio parziale. Il potere schiacciato sugli interessi dello Stato*

La concezione dell'atto di concessione della cittadinanza come atto di alta amministrazione implica innanzitutto che il giudizio dell'autorità pubblica sia un giudizio parziale.

Se il riconoscimento o il diniego dello *status* di cittadino dipendono prevalentemente da ragioni di pubblico interesse, non solo campeggiano la sicurezza e l'ordine pubblico, ma essi costituiscono gli unici interessi rilevanti ai fini della decisione.

⁷ Così, Cons. St., sez. III, sentenza del 17 dicembre 2020, n. 8133, cit.

⁸ Cons. St., sez. VI, sentenza del 1° ottobre 2008, n. 4748.

⁹ V., per tutte, Cons. St., sez. III, sentenza del 17 dicembre 2020, n. 8133, cit.

¹⁰ In questo senso, v. Cons. St., sez. III, sentenza del 20 marzo 2019, n. 1837 e Cons. St., sez. III, sentenza del 7 maggio 2020, n. 2879.

Non a caso l'autorità amministrativa si pronuncia sull'istanza dello straniero solo in base alla sua pericolosità sociale, a prescindere dagli interessi privati sottesi alla richiesta: una volta accertati i presupposti per proporre domanda di cittadinanza e salve le ipotesi tassative di diniego¹¹, l'amministrazione valuta i possibili *vulnera* all'ordinamento, in termini di sicurezza della Repubblica e di ordine pubblico, derivanti dalla presenza dello straniero nel territorio nazionale.

Deve tuttavia osservarsi che la valutazione di compatibilità della richiesta di cittadinanza con l'ordine e la sicurezza pubblica avviene in assenza di parametri che consentano di delinearne i confini. La pubblica amministrazione effettua un giudizio prognostico circa la pericolosità sociale del richiedente affidandosi a clausole generali destituite del supporto di ogni tipologia di *standard* valutativo. In questa materia mancano, infatti, riferimenti legislativi che permettano di ancorare «il giudizio di pericolosità a precisi elementi fattuali», dei quali «tener conto per rendere prevedibile [...] il giudizio di pericolosità del destinatario dell'atto», né vi sono elaborazioni giurisprudenziali di tal genere¹².

Va inoltre considerato che, in punto di garanzia, alle implicazioni di ordine sostanziale se ne aggiungono altre di carattere procedurale e processuale.

Partendo da queste ultime, il controllo di legittimità tende a essere estrinseco e formale: in mancanza di regole e di elementi di fatto predefiniti, i margini di sindacabilità da parte del giudice non possono che essere limitati¹³.

Quanto invece agli aspetti procedurali, la parzialità della valutazione dell'amministrazione si misura sulla pratica, giustificata da «esigenze di sicurezza nazionale»¹⁴, di un'istruttoria procedimentale improntata ai metodi della riservatezza, oltre che di un'istruttoria monca, nella quale non si compie un giudizio globale sulla personalità del richiedente, che faccia leva sulla verifica di elementi quali «i legami familiari, l'attività lavorativa, il radicamento nel territorio»¹⁵. Ne deriva l'ineffettività dei diritti di partecipazione prescrit-

¹¹ *Ex art. 6, l. 91/1992, cit.*

¹² M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, p. 238 s.

¹³ Non si è compiuto e sembra di là da compiersi «il passaggio dalla tradizionale valutazione di ordine pubblico, ampiamente discrezionale, alla più rigorosa – e garantista – ipotesi di esercizio della discrezionalità tecnica» (M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, cit., p. 239). Si pensi al potere sanzionatorio delle AAI, su cui Cons. St., sez. VI, sentenza del 15 luglio 2019, n. 4990.

¹⁴ Per tutte, Cons. St., sentenza del 17 dicembre 2020, n. 8133, cit.

¹⁵ Cons. St., sez. III, sentenza del 7 maggio 2020, n. 2879, cit.

ti dalla l. 241/1990, a cominciare dalla garanzia del contraddittorio (sacrificabile ancora una volta a fronte della riservatezza delle informazioni in possesso della pubblica amministrazione); così come ne discende il ridimensionamento dell'obbligo di motivazione, il quale, sempre per la delicatezza degli interessi coinvolti, viene adempiuto anche in forme semplificate, non dettagliate, né circostanziate¹⁶.

Nel complesso, muovendo dall'assunto dell'assenza di interessi da bilanciare, si finisce per aggirare principi che informano l'attività discrezionale: aggiramento, peraltro, malcelato dall'applicazione dei criteri di precauzione e cautela. Il pericolo di elusione riguarda in particolare il canone della proporzionalità¹⁷, se si considera che i provvedimenti di diniego della cittadinanza più di altri incidono negativamente nell'altrui sfera giuridica, in quanto direttamente collegati alla realizzazione di diritti fondamentali¹⁸. In questa prospettiva, il parametro della proporzionalità assumerebbe infatti importanza già nel corso dell'esercizio del potere, perché consentirebbe di conformarne il contenuto, prefigurando un potere 'proporzionato' al tipo di atto e al fine individuato dalla legge¹⁹; e sarebbe altresì decisivo in ambito giurisdizionale, soprattutto nello svolgimento del giudizio sulla necessità della misura adottata.

4. (segue) *Il giudizio sommario. Il criterio assorbente dell'irreprensibilità morale*

La strumentale definizione di potere altamente discrezionale, in uno con la parzialità della valutazione, comportano inoltre che il giudizio sulla pericolosità del soggetto richiedente sia anche sommario.

L'assenza di regole e di elementi di fatto predefiniti circa la pericolosità sociale e, dunque, il generico rinvio alle nozioni di sicurezza e ordine pubbli-

¹⁶ Sul punto, per tutte, Cons. St., sez. III, sentenza del 29 marzo 2019, n. 2102, cit.

¹⁷ Cfr. CGUE, Grande Sezione, sentenza del 2 marzo 2010, *Rottmann v. Bayern*, C-135/08, con commento di M. SAVINO, *EU Citizenship: Post-National or Post-Nationalist? Revisiting the Rottmann Case through Administrative Lenses*, in *ERPL/REDP*, 23, no. 1/2011, pp. 1 ss.

¹⁸ In questi termini, ancora, M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, cit., in part. p. 241.

¹⁹ Sulle diverse declinazioni del principio di proporzionalità si rinvia da ultimo a A. ALBANESE, *Il ruolo del principio di proporzionalità nel rapporto tra amministrazione e amministrati*, in *IdF*, n. 3/2016, pp. 697 ss.

co determinano il rischio di lasciare libera l'amministrazione di addurre motivi di diniego anche soltanto vagamente riconducibili ai suddetti concetti.

Non solo. Deve aggiungersi che la verifica è retta dal criterio di assoluta irreprensibilità morale, nella forma dello *status illesae dignitatis*, del soggetto richiedente. Si richiede, cioè, che lo straniero posseda «un quantum di moralità superiore a quella posseduta mediamente dalla collettività nazionale in un dato momento storico»²⁰. Il che porta a ritenere che basti dare peso a un unico dato negativo per considerare un individuo non degno di appartenere all'ordinamento italiano. Soprattutto, appare verosimile che la valutazione si basi su mere fattispecie di sospetto, con la conseguenza di vedere già in astratto compromessa la posizione dello straniero.

Così, «il sol fatto di aver compiuto un reato, anche se non avente una concreta carica di disvalore morale o di pericolosità sociale per l'ordinamento giuridico», o «la presenza di qualsivoglia condanna, anche ove per essa sia intervenuta [...] la riabilitazione»²¹ sono ritenuti sufficienti indici del mancato inserimento sociale dello straniero; come pure, del tutto idonea a giustificare il diniego di cittadinanza è la semplice constatazione che una persona sia contigua o in contatto con movimenti culturali ideologicamente lontani dalla cultura occidentale, ravvisandosi in questo un pericolo per l'ordine pubblico e di conseguenza un sintomo della *non* perfetta integrazione dello straniero nel tessuto socio-economico del Paese²².

Evidente è la pretermissione dei principi di ragionevolezza e di non discriminazione.

5. *Brevi conclusioni*

Da quanto visto, il rispetto di principi e regole dell'azione amministrativa viene messo a repentaglio. Nel contempo, il rischio è offuscare la *condizione* che contraddistingue la qualifica di cittadino italiano determinandone il riconoscimento: la compartecipazione al sistema valoriale dell'ordinamento.

La richiesta allo straniero di un *quantum* di moralità superiore a quella

²⁰ Così, Cons. St., sez. III, sentenza del 7 maggio 2020, n. 2879, cit.

²¹ Cfr. Cons. St., sez. III, sentenza del 20 marzo 2019, n. 1837, cit. V., di recente, Tar Lazio, sez. *Iter*, sentenza del 30 dicembre 2022, n. 17882, che annulla il provvedimento di diniego della cittadinanza motivato sulla mera esistenza di fattispecie penalmente rilevanti a carico di un familiare dell'istante.

²² Cfr. Tar Lazio, sez. I, sentenza del 19 dicembre 2018, n. 12364, cit.

della collettività rende infatti il giudizio, già parziale e sommario, inidoneo a verificare l'effettiva integrazione dello straniero nella società, e quindi la convinta adesione ai valori ordinamentali: le decisioni – si è visto – sono perlopiù basate su fattispecie di sospetto o su semplici automatismi.

Quando poi i fatti su cui si fondano le decisioni di diniego si legano a ipotesi di esercizio di libertà garantite dalla Costituzione, il cortocircuito innescato dal potere concessorio, per come esercitato, è anche più manifesto. Basti ripensare al caso dello straniero che si è visto rigettare la domanda di cittadinanza per la sua vicinanza a movimenti culturali ideologicamente orientati, nella specie critici verso la cultura occidentale, rientrando solo per questo nel novero dei soggetti pericolosi per il Paese ai quali deve essere negata la cittadinanza.

In simile ipotesi, c'è da chiedersi se negare, nei modi indicati, lo *status* di cittadino italiano a chi critica, pure in maniera decisa, la cultura occidentale, confondendo questa con i valori giuridici ordinamentali, non rischi di produrre discriminazioni irragionevoli nel godimento di un diritto fondamentale, espressivo di diritti della persona, quale quello alla libera manifestazione del pensiero²³. Di più, c'è da domandarsi se con questa modalità non si finisca per disconoscere quegli stessi valori fondamentali ai quali si richiede invece di aderire convintamente: risulta, infatti, paradossale per il nostro ordine costituzionale che quanto per il cittadino è sinonimo di libertà, diventa per il richiedente ragione di sospetto sufficiente al rifiuto della cittadinanza.

L'acquisto della cittadinanza italiana, quando non tipizzata dal legislatore, assume in definitiva i tratti di un vero e proprio «percorso ad ostacoli»²⁴, dove, oltre all'elusione delle garanzie²⁵, si determina lo scollamento con i valori costituzionali, tanto più evidente in un ordinamento che pone al suo vertice la dignità umana²⁶, attraverso il principio personalistico.

In questo modo, si riduce il potenziale inclusivo che dovrebbe invece caratterizzare il processo di acquisizione del titolo di cittadino, nella misura in cui la cittadinanza costituisce la condizione cui si collega il definitivo ricono-

²³ *Ex artt. 18 e 21 Cost. V.*, R. CARIDÀ, *La cittadinanza*, in *Forum Quad. Cost.*, 2008, pp.1 ss.

²⁴ Così, M. SAVINO, *Quale cittadinanza per l'Italia?*, in M. SAVINO (a cura di), *Oltre lo ius soli: la cittadinanza italiana in prospettiva comparata*, Napoli, 2014, p. 17.

²⁵ A quanto evidenziato sopra, si aggiunga che normalmente il procedimento è lentissimo: il termine di 730 giorni fissato dall'art. 3 del d.P.R. 362/1994 è infatti spesso superato dalla prassi.

²⁶ Corte cost., sentenza del 7 dicembre 2017, n. 258.

scimento di diritti politici, civili e sociali²⁷ e rappresenta lo *status* per definizione strumentale all'inclusione²⁸.

Eppure, fino a quando il potere amministrativo in materia di cittadinanza continuerà a essere concepito come manifestazione del potere sovrano dello Stato di selezionare i propri cittadini, non potrà che rimanere salda l'impostazione fin qui emersa: sbilanciata sull'interesse alla sicurezza e all'ordine pubblico e retta per un verso da una frantesca definizione di potere ampiamente discrezionale e per altro verso da una visione eticizzante dello Stato, portatore di una morale superiore ed escludente.

²⁷ A. RUGGERI, *Cittadini, immigrati e migranti, alla prova della solidarietà*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2019, pp. 1 ss.

²⁸ Corte cost., sentenza del 13 maggio 2015, n. 119.

ARBITRARINESS IN THE DENIAL OF NATIONALITY
TO CHILDREN OF FOREIGN PARENTS:
LIMITS TO NATIONAL DECISIONS
IN A SYSTEM OF *IUS SOLI*

Elsa Fernando-Gonzalo*

SUMMARY: 1. The European Court of Human Rights case on Azerbaijan nationality of minors. – 2. The notion of private life and the Court's test on arbitrariness. – 3. The right to nationality: an autonomous right?

1. *The European Court of Human Rights case on Azerbaijan nationality of minors*

In the case *Hashemi and others v. Azerbaijan*, the European Court of Human Rights (ECtHR) examined if a refusal to issue identity cards to children born on national territory to foreign parents could be considered an arbitrary refusal¹. Although the right to acquire a particular nationality is not guaranteed by the Convention, in certain circumstances, arbitrary decisions raise an issue under Art. 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR) as they have a negative impact on private life. The Court analyzes the case taking into consideration national legislation regarding the acquisition of nationality (based on *ius soli*), its subsequent amendments, including exceptions to the acquisition, and the necessary procedural guarantees to determine whether or not there is a violation of Art. 8 on ECHR.

As for the facts, the applicants are eight Afghan and Pakistani nationals who fled their home countries during the 2000's and settled in Azerbaijan, where they registered with the Office of the UN High Commissioner for Refugees. In their complaint they claim about the Azerbaijani authorities' refusal to issue identity cards to their children, who were born in Azerbaijan on different dates before 2014. National courts held that children could not be considered citizens, given that their parents held another nationality, namely that of Afghanistan or Pakistan. The applicants claim that in the ap-

* Associate Professor, PhD candidate at University of Salamanca.

¹ ECtHR, Judgement 13 January 2022, *Hashemi and others v. Azerbaijan*, Applications no(s) 1480/16, 3936/16, 15835/16, 28034/16, 34491/16, 51348/16, 15904/17.

plication of the principle of *ius soli*, the law in force at the time of the refusal giving rise to the case, the children are Azerbaijani citizens. The parents own an Azerbaijani birth certificate and consider that under Art. 52 of the Constitution of Azerbaijan and Artt. 6 and 11 of the Citizenship Law in force until 30 May 2014, their children are full nationals. Faced with the authorities' refusal to issue identity cards, the parents filed several appeals at the administrative level, which successively considered that the refusal was not illegal, applying the law in force after 30 May, which considers as an exemption for granting nationality that the children were born to two foreign parents.

The Court of appeal upheld the decisions of the lower tribunals and did not even respond to the specific claims, a decision which was upheld by the Court of cassation. Considering the refusal as an unlawful deprivation of nationality, the applicants lodged an application complaining about the violation of their right to private and family life (art. 8 ECHR). Although the right to nationality is not guaranteed by the Convention or its Protocols, the Court has already dealt with issues related to nationality linked with this article.

It is essential for a clear understanding of the case to refer prior briefly to the national legislation. Citizenship Law of 30th September 1998 established how in accordance with article 52 of the Constitution of the Republic of Azerbaijan, any person born on the territory of the Republic of Azerbaijan is a citizen of the Republic of Azerbaijan. This law also stated that a birth certificate is a document that attests citizenship. This Law was amended by a new one that came into force on 30 May 2014 where several changes aimed at restricting the acquisition of citizenship were introduced. In particular, the birth certificate was removed from the list of documents, and a new disposition was added under which a child born in the territory of the Republic with two foreign parents shall not be considered a citizen of the Republic of Azerbaijan.

2. *The notion of private life and the Court's test on arbitrariness*

Although the right to nationality is not as such guaranteed by the Convention or its Protocols, arbitrary deprivation of nationality may, in certain circumstances, raise an interference with Art. 8 as it impacts the private life of the person concerned. In the case, the Court notes that the domestic proceedings did not concern an application for deprivation of nationality, but the refusal to issue identity cards to the applicants' children. In these circumstances, the Court considers the refusal to issue an identity card as a refusal

to recognize their nationality. The Court has recognized in its jurisprudence that the concept of “private life” established in Article 8 is broad and encompasses multiple aspects of a person’s social identity, including nationality or citizenship processes².

To determine whether such interference violates Art. 8, two separate issues must be addressed: 1) whether the decision to deprive the person concerned of nationality was arbitrary – which is actually a stricter test than a test on the proportionality of the decision –, and 2) the consequences that such a decision may have for the applicant³. Arbitrary denial of nationality may, in some cases, raise a problem because of the impact of such denial on the private life of the person concerned, especially in the case of minors with a background in international protection as they are considered vulnerable groups. The applicants claim that the denial of Azerbaijani citizenship to their children has deprived them of a range of social and economic rights such as the right to free higher education, right to free medical assistance and social security or freedom of movement⁴. Precisely in a case against the same country, the Court highlighted how this type of denegation has considerable negative consequences for individuals and the protection of their rights. The decision creates legal uncertainty that affects their social identity, regardless of whether it leads to a situation of statelessness or not⁵. The Court has developed on how the uncertainty surrounding the legal status, or an arbitrary denegation, can impact as well on many other rights, from access to healthcare to employment or the possibility to marry⁶.

It is as well worth noting that the Court is not in itself an organ that should replace the domestic courts, as it is the latter who best interpret national law and know the social and legal environment, but in this case, the interpretation given by the domestic courts is contrary to the positive law at the time of the facts. The Court also demonstrates how the national courts

² See for instance ECtHR, Judgement 11 October 2011, *Genovese v. Malta*, Application no. 53124/09, paras 30 -33; ECtHR, Judgement 21 June 2016, *Ramadan v. Malta*, Application no. 76136/12.

³ See ECtHR, *Ramadan v. Malta*, cit., para. 85; ECtHR, Decision 7 February 2017, *K2 v. United Kingdom*, Application no. 42387/13, para 49.

⁴ ECtHR, *Hashemi and others v. Azerbaijan*, cit., para. 41.

⁵ ECtHR, Judgement 30 January 2020, *Abmadov v. Azerbaijan*, Application no. 32538/10, pp. 43-46.

⁶ ECtHR, Judgement 12 May 2020, *Sudita Keita v Hungary*, Application no. 42321/15, pp. 34-37.

do not sufficiently explain what legal basis they use to deny the issuance of the document nor do they consider the fact that they are in possession of a birth certificate at any point.

To determine whether or not the measure was arbitrary, the Court analyzed whether it was lawful, whether the applicants benefited from procedural safeguards, whether they had access to adequate judicial review, and whether the authorities acted with due diligence and promptness. By doing this exam on the national decision, the Court found out how legislative provisions were not interpreted by the national authorities in a manner compatible with the Convention and that the national judicial review did not afford the applicants' children the necessary procedural guarantees. Thereof the Court concludes how the denegation was neither lawful nor accompanied by the necessary procedural safeguards, and that it must be regarded as arbitrary.

3. *The right to nationality: an autonomous right?*

The international framework on the right to nationality is briefly referenced in the case. The Judgment mentions several international documents, including a report of the UN Secretary-General entitled "Arbitrary deprivation of nationality"⁷. It should be added to this report what was said in a later report of 2015: «The arbitrary deprivation of nationality of children is in itself a human rights violation, with statelessness its possible and most extreme consequences»⁸. It must not be forgotten how Art. 15 of the Universal Declaration of Human Rights protects the right to a nationality. The right of everyone to a nationality is enshrined in Art. 15 and is recognized in many other international and regional human rights⁹. The fundamental nature of the right to a nationality and the prohibition of arbitrary deprivation of na-

⁷ Annual Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and Reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General, *Arbitrary deprivation of nationality*, A/HRC/10/34, 26 January 2009.

⁸ Report of the Secretary-General, *Impact of the arbitrary deprivation of nationality on the enjoyment of the rights of children concerned, and existing laws and practices on accessibility for children to acquire nationality, inter alia, of the country in which they are born, if they otherwise would be stateless*, A/HRC/31/29, 16 December 2015.

⁹ Report of the Secretary-General, *Human rights and arbitrary deprivation of nationality*, A/HRC/13/34, 14 December 2009, pp. 3-18.

tionality has been early reaffirmed by the General Assembly in its resolution 50/152¹⁰. Moreover, specifically on children's rights, Article 7 of the Convention on the Rights of the Child must be mentioned. According to it, children should be registered immediately after birth and have the right from birth to acquire a nationality.

Any interference with the enjoyment of nationality has a significant impact on the enjoyment of rights. However, states are sovereign in deciding to whom they grant or withdraw nationality. That is why different national laws establish different provisions, some based on *ius sanguinis*, others on *ius soli*, or a mixture of both. In order to ensure that nationality rules are applied correctly, states should ensure that appropriate procedural rules are in place. Otherwise, they would be taking an arbitrary decision. The protection of the right to nationality, especially to avoid situations of statelessness, is strongly anchored in international human rights law, but it is at the national level that laws must be articulated to avoid such situations, especially in cases of minors. Arbitrary or discriminatory treatment of minors in matters of nationality must be avoided and strongly monitored at the judicial level.

Finally, an analogy can be made with the case *Hoti v. Croatia* where the ECtHR explained how there might be a positive obligation to ensure effective enjoyment of the applicant's private and/or family life included in Art. 8¹¹. In this occasion the Court judged how the national authorities infringed a stateless immigrant's right to private life by failing, for years, to regularize his resident's status leading to a situation of insecurity for him. The Court reasoned how measures restricting the right to reside in a country may, in certain cases, entail a violation of Art. 8 if they create disproportionate repercussions on the private or family life of the individuals concerned¹². Making a comparison between the delay in issuing residence permits and the arbitrary denial of citizenship to children of foreigners, it can be understood that this positive obligation also applies to the Azerbaijani case since there is as well a disproportionate repercussion when not being able to access certain rights and privileges derived for the arbitrary refusal of nationality.

As this case demonstrates, nationality issues must be treated with all legal and procedural safeguards because of the dangers to the rights of individuals that they entail. Beyond situations of statelessness, a correct application of

¹⁰ Resolution adopted by the General Assembly on the report of the Third Committee (A/50/632), A/RES/50/152, 9 February 1996.

¹¹ ECtHR, Judgement 26 April 2018, *Hoti v. Croatia*, Application no. 63311/14.

¹² *Ibidem*, para. 122.

the positive law with a proportionate interpretation would save many states the embarrassment of having to deal with such intimate issues as nationality before international tribunals.

IL DINIEGO DI RICONOSCIMENTO DELLA CITTADINANZA
E IL SINDACATO ESTRINSECO
SULLA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA

Roberto Cherchi*

SOMMARIO: 1. Un diniego di cittadinanza fondato sull'esistenza di precedenti di polizia e il ricorso al TAR Lazio dell'interessato. – 2. Il TAR Lazio ritiene insufficiente la motivazione del provvedimento negativo perché fondata esclusivamente sull'esistenza di precedenti di polizia. – 3. La concessione della cittadinanza ex art. 9, c. 1, lett. f, l. 91/1992 come atto di alto amministrazione: il diniego della cittadinanza per difetto di integrazione sociale o per la pericolosità dello straniero. – 4. L'accertamento del difetto di integrazione sociale dello straniero come esito di un'istruttoria articolata. – 5. L'insufficienza di una motivazione fondata esclusivamente sull'accertamento di precedenti penali o di polizia nella sentenza del TAR Lazio.

1. *Un diniego di cittadinanza fondato sull'esistenza di precedenti di polizia e il ricorso al TAR Lazio dell'interessato*

Un cittadino algerino, residente in Italia da dieci anni, titolare di un permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, ha visto non accolta la propria istanza di acquisto della cittadinanza per naturalizzazione ai sensi dell'art. 9, c. 1, lett. f, l. 91/1992, secondo il quale la cittadinanza può essere concessa allo straniero che risiede legalmente da almeno dieci anni nel territorio nazionale. Il provvedimento negativo è stato motivato in forza di due notizie di reato: lesione personale ex art. 582 c.p. e inottemperanza, a richiesta di un ufficiale o agente di pubblica sicurezza, senza giustificato motivo, all'ordine di esibire il passaporto o altro documento di identificazione, nonché del permesso di soggiorno o di un altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato (art. 6, c. 3, d. lgs. 286/998).

Lo straniero ha impugnato il provvedimento negativo, ritenuto affetto da difetto assoluto di motivazione, illogicità manifesta e falsa applicazione dell'art. 9, comma 1, lett. f), l. 91/1992, eccesso di potere per mancata e/o erronea indicazione e valutazione dei presupposti, carenza di istruttoria.

* Professore ordinario di diritto costituzionale, Università di Cagliari.

L'illogicità del provvedimento discendeva, secondo il ricorrente, da un'istruttoria carente e da una motivazione irrazionale. A dispetto dell'esistenza di due *notitiae criminis*, infatti, lo straniero non aveva riportato alcuna condanna penale, in quanto il primo procedimento era stato archiviato prima della richiesta di concessione della cittadinanza, mentre il secondo era stato definito con sentenza di non luogo a procedere per non aver commesso il fatto dopo la presentazione della domanda. Lo straniero ha inoltre dedotto di essere in possesso di tutti i requisiti necessari a ottenere lo *status civitatis*, in quanto lavora regolarmente in Italia, ove vive con la famiglia.

2. *Il TAR Lazio ritiene insufficiente la motivazione del provvedimento negativo perché fondata esclusivamente sull'esistenza di precedenti di polizia*

Il TAR Lazio ha ritenuto il ricorso fondato e lo ha accolto, entro i limiti della motivazione. Si è ribadito che nel procedimento concessorio della cittadinanza ex art. 9, c. 1, lett. f), l. 91/1992, la pubblica amministrazione gode di ampia discrezionalità. Il collegio ha evidenziato che tale valutazione discrezionale è delicata, in quanto dall'acquisto dello *status civitatis* dipende la titolarità e il pieno godimento di tutti i diritti civili e politici. L'amministrazione deve quindi considerare le condizioni personali, economiche e familiari dell'interessato, la sua condotta e il suo stile di vita. Con specifico riferimento alla tutela dell'ordine pubblico, si è sottolineato che l'amministrazione deve tener conto non solo dei fatti penalmente rilevanti esplicitamente previsti dalla legge (ex art. 6 l. 91/1992), ma anche dell'esigenza di prevenzione dei reati «e, più in generale, della prevenzione di qualsivoglia situazione di astratta pericolosità sociale». Sempre secondo il TAR Lazio, questa discrezionalità è soggetta a un sindacato giurisdizionale estrinseco che, sebbene non si estenda al merito, comporta un controllo sulla logicità e proporzionalità della motivazione, sulla sufficienza dell'istruttoria svolta, sul non travisamento dei fatti¹.

Nel caso in esame, il collegio ha ritenuto che il potere discrezionale non sia stato esercitato in modo appropriato, avendo rilevato che non è stato as-

¹ Il TAR Lazio cita, in merito, Cons. St., sez. III, sentenza del 6 settembre 2016, n. 3819; Cons. St., sez. III, sentenza del 25 agosto 2016, n. 3696; Cons. St., sez. III, sentenza 11 maggio 2016, n. 1874; v. altresì Cons. St. sez. VI, sentenza del 9 novembre 2011, n. 5913; Cons. St., sez. VI, sentenza del 9 giugno 2006, n. 3456; Cons. St., sez. III, sentenza del 26 ottobre 2016, n. 4498.

solo l'obbligo di motivazione rispetto a tutte le circostanze emergenti nel caso. In particolare, si è evidenziato che a fondamento della decisione si collocano due notizie di reato in relazione alle quali non è maturata alcuna condanna (e neppure alcun rinvio a giudizio). Con riferimento alla prima *notitia criminis*, l'archiviazione fu disposta per assenza di elementi di gravità e di pericolosità; con riferimento alla seconda, dalla motivazione della sentenza di non luogo a procedere si evince la palese inconsistenza dell'ipotesi accusatoria. Inoltre, il TAR Lazio ha sottolineato che il giudizio sull'integrazione sociale deve tener conto non solo dell'esistenza di eventuali *notitiae criminis*, ma anche della loro gravità, così come di un giudizio globale sulla personalità dello straniero. In ultima analisi, quindi, per il collegio il giudizio di mancata integrazione sociale dello straniero non trova riscontro negli atti dell'istruttoria.

3. *La concessione della cittadinanza ex art. 9, c. 1, lett. f, l. 91/1992 come atto di alto amministrazione: il diniego della cittadinanza per difetto di integrazione sociale o per la pericolosità dello straniero*

La sentenza in esame è utile in quanto illumina sull'ampiezza della discrezionalità amministrativa nel procedimento concessorio della cittadinanza, nonché sui limiti al sindacato giurisdizionale inerente ai provvedimenti di diniego.

La decisione in esame, in linea con precedenti decisioni del plesso giurisdizionale amministrativo, ha confermato che l'amministrazione gode di un'ampia discrezionalità nel valutare l'integrazione sociale come presupposto per la concessione della cittadinanza. Già in precedenza il Consiglio di Stato aveva ribadito che lo straniero che fa istanza di un provvedimento concessorio di cittadinanza non è titolare di un diritto soggettivo², che l'amministrazione gode di ampia discrezionalità, che il provvedimento di decisione è un atto di alta amministrazione che si collega al potere statale di ampliare il novero dei cittadini³. Pertanto, l'interesse legittimo del richiedente può essere soddisfatto solo a condizione che coincida con l'interesse pubblico e che sia riscontrato uno *status illesae dignitatis* (morale e civile) e un «serio sentimento di italianità» che consenta di escludere l'esistenza di un fine speculativo alla base della domanda⁴.

² Cfr. Cons. St., sez. III, ordinanza del 23 novembre 2018, n. 5638.

³ Cfr. Cons. St., sez. III, sentenza del 13 novembre 2018, n. 6374.

⁴ Si vedano, *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, sentenza del 14 febbraio 2017, n. 657; Cons. St., sez. III, sentenza del 3 marzo 2021, n. 1826.

A tal fine l'amministrazione valuta numerosi aspetti come l'osservanza della legge, l'esistenza di legami sociali, l'assenza di precedenti penali, la condizione lavorativa e familiare, nonché il reddito e il patrimonio, che pur senza un livello legale minimo devono comunque essere tali da consentire al nuovo cittadino di adempiere ai doveri costituzionali di solidarietà economica e sociale⁵.

A fortiori, sussistono i presupposti del diniego quando l'amministrazione non si limita a riscontrare l'insufficienza dello stabile inserimento nella comunità nazionale, ma formula un giudizio di pericolosità sociale dello straniero. Tale giudizio si può certo evincere da precedenti penali. Così, ad esempio, il Consiglio di Stato ha ritenuto legittimo il diniego in ragione di una sentenza di applicazione della pena *ex art.* 444 c.p.p. per i reati di rapina aggravata e lesioni, sia per la gravità dei reati, sia perché la sola estinzione del reato non equivale a riabilitazione⁶.

Il giudizio di pericolosità può peraltro maturare anche in assenza di precedenti penali, in particolare quando l'istruttoria rivela un rischio per la sicurezza dello Stato. Recentemente TAR e Consiglio di Stato hanno confermato la legittimità del provvedimento di diniego del prefetto, assunto in base a un'istruttoria sfavorevole della prefettura per vicinanza ad ambienti di radicalismo islamico: entrambi i giudici aditi hanno ritenuto insussistente l'illegittimità del provvedimento per irragionevolezza e per carenza di istruttoria⁷.

4. *L'accertamento del difetto di integrazione sociale dello straniero come esito di un'istruttoria articolata*

In questa come in altre decisioni il giudice amministrativo ha precisato i confini del sindacato giurisdizionale estrinseco sulla discrezionalità amministrativa, con specifico riferimento al "peso" dei precedenti penali e di polizia

⁵ Si vedano, *ex multis*, Cons. St., sez. III, sentenza del 6 settembre 2018, n. 5262; Cons. Stato., sez. III, sentenza del 12 novembre 2014, n. 5571; Cons. St., sez. VI, sentenza del 9 ottobre 2011, n. 5913; Cons. St., sez. III, sentenza del 10 gennaio 2011, n. 52; Cons. Stato, sez. III, sentenza del 26 gennaio 2010, n. 282.

⁶ Cfr. Cons. St., sez. III, sentenza del 15 gennaio 2021, n. 470; Cons. St., sez. III, sentenza del 16 novembre 2020, n. 7036.

⁷ Cfr. Tar Lazio, sez. I-ter, sentenza del 21 aprile 2021, n. 4666; Cons. St., sez. III, sentenza del 31 agosto 2020, n. 5326; Cons. St., sez. III, sentenza del 2 agosto 2021, n. 5679.

ai fini del diniego della cittadinanza. Emerge che l'esistenza di condanne antecedenti e di precedenti di polizia non comporta l'automatico rigetto dell'istanza. Ciò accade, in particolare, quando sono state commesse contravvenzioni di modesta entità, punite con la sola pena pecuniaria e di cui siano cessati gli effetti penali a causa di riabilitazione o estinzione del reato.

Così, ad esempio, il Consiglio di Stato ha ritenuto illegittimo un provvedimento prefettizio che non accoglieva l'istanza esclusivamente in base al fatto che lo straniero aveva riportato una condanna per guida in stato di alterazione da sostanze psicotrope e, per questo, era stato condannato alla pena della contravvenzione di cui agli artt. 186 e 187 c. str. (D.Lgs. n. 285/1992). Il collegio ha rilevato l'insufficienza della motivazione in quanto, in un contesto normativo che non prevede un automatismo tra tale condanna e il diniego di cittadinanza, ha omesso di argomentare perché tale precedente sarebbe adeguato ad affermare l'esistenza di una personalità non socialmente integrata. In particolare, secondo i giudici di palazzo Spada, l'amministrazione «non fa alcun cenno né al particolare disvalore della condotta sanzionata rispetto ai principi fondamentali della convivenza sociale e alla tutela anticipata della incolumità pubblica, né alla condizione sociale dello straniero; piuttosto, limitandosi a constatare in modo meccanicistico, a fronte del fatto storico di reato (decreto penale di condanna (...) peraltro risalente al 2002), la mancata coincidenza tra l'interesse pubblico e quello del richiedente alla concessione della cittadinanza italiana»⁸. La singola condanna, invece, in sé può costituire il fondamento del diniego se è indice di una scarsa propensione a rispettare le regole di civile convivenza, rivelando un *habitus* antisociale chiaro e protratto nel tempo⁹.

5. *L'insufficienza di una motivazione fondata esclusivamente sull'accertamento di precedenti penali o di polizia nella sentenza del TAR Lazio*

La sentenza in commento conferma gli indirizzi giurisprudenziali di cui sopra. Il TAR Lazio muove dalla premessa che la concessione della cittadinanza ex art. 9 c. 1, lett. f, l. 91/1992 è un atto di alta amministrazione, caratterizzato da ampia discrezionalità, e che il sindacato giurisdizionale sul provvedimento è un sindacato estrinseco, che si limita ad accertare l'adeguatezza

⁸ Cfr. Cons. St., Sez. II, sentenza del 31 maggio 2021, n. 4151.

⁹ Cfr. Cons. St., Sez. III, sentenza del 20 marzo 2019, n. 1837.

dell'istruttoria e la logicità e coerenza della motivazione. Date queste premesse, il collegio ha ritenuto insufficiente la motivazione del provvedimento. Il diniego era infatti fondato in modo esclusivo su due meri deferimenti all'autorità giudiziaria, con riferimento ai quali sono stati adottati un decreto di archiviazione e una sentenza di non luogo a procedere. Il TAR Lazio ha evidenziato che si tratta di precedenti risalenti nel tempo, per fatti bagatellari o comunque con riferimento ai quali è apparsa evidente l'infondatezza della *notitia criminis*. Inoltre, il collegio ha osservato che gli eventuali precedenti penali devono costituire dei tasselli di un più ampio lavoro istruttorio volto a ricostruire la personalità dello straniero, la sua integrazione sociale, la propensione a rispettare le regole di civile convivenza e le norme giuridiche. Nel merito, la sentenza appare condivisibile perché, in modo conforme a precedenti sentenze del giudice amministrativo, riafferma l'obbligo di espletare istruttorie accurate e di scrivere motivazioni logiche e coerenti, rifuggendo da "automatismi di diniego" discendenti da precedenti penali e di polizia, in particolare se si tratta di fatti scarso rilievo sociale e risalenti nel tempo.

L'accesso ai servizi e alle prestazioni sociali

DA ROMA A LUSSEMBURGO E RITORNO.
L'ACCESSO DEGLI STRANIERI ALLE PRESTAZIONI FAMILIARI

Francesca Biondi Dal Monte*

SOMMARIO: 1. La vicenda processuale e i parametri invocati. – 2. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e la sentenza 2 settembre 2021. – 3. La sentenza della Corte costituzionale n. 54/2022. – 4. La continuità con la giurisprudenza costituzionale pregressa. – 5. La riforma dell'art. 41 T.U. Imm. e l'assegno unico universale.

1. *La vicenda processuale e i parametri invocati*

La vicenda processuale muove da una serie di ordinanze della Corte di Cassazione aventi ad oggetto la disciplina in tema di assegno di natalità¹ e assegno di maternità² nella parte in cui, per i soli cittadini di Paesi terzi, subordinavano il riconoscimento delle predette prestazioni al possesso del permesso UE per soggiornanti di lungo periodo. Si ricorda a tal proposito che il permesso UE per soggiornanti di lungo periodo è rilasciato a chi soggiorna in Italia per almeno cinque anni, possiede un determinato livello di reddito e un alloggio idoneo e supera un test di conoscenza della lingua italiana³.

* Professoressa Associata in diritto costituzionale, Scuola Superiore Sant'Anna.

¹ Si veda l'art. 1, comma 125, della legge n. 190 del 2014, ai sensi del quale l'assegno «è corrisposto fino al compimento del terzo anno di età ovvero del terzo anno di ingresso nel nucleo familiare a seguito dell'adozione» e persegue la finalità «di incentivare la natalità e contribuire alle spese per il suo sostegno». L'assegno è corrisposto dall'INPS se il genitore richiedente non supera un determinato livello di ISEE e, se straniero, è titolare del permesso UE per soggiornanti di lungo periodo. La prestazione ha poi visto successive proroghe (art. 1, comma 248, della legge 27 dicembre 2017, n. 205; art. 23-quater, comma 1, del decreto-legge 23 ottobre 2018, n. 119; art. 1, comma 340, della legge 27 dicembre 2019, n. 160), sempre richiedendo per i cittadini stranieri la titolarità del predetto permesso di soggiorno.

² Si veda l'art. 74 del d.lgs. n. 151 del 2001, ai sensi del quale l'assegno spetta alle madri per ogni figlio o minore in affidamento preadottivo o in adozione che non beneficiano della indennità di maternità connessa a rapporti di lavoro subordinato o autonomo o allo svolgimento di una libera professione e se il nucleo familiare di appartenenza della madre non supera un determinato livello di reddito. Se la madre è straniera è altresì richiesta la titolarità del predetto permesso di soggiorno.

³ Sui requisiti di rilascio del permesso UE per soggiornanti di lungo periodo cfr. art. 9 d.lgs. n. 286/1998 (T.U. Imm.).

Pur tenendo conto delle peculiarità dell'assegno di natalità e dell'assegno di maternità, nonché del diverso regime applicabile a ciascuna prestazione, l'omogeneità delle censure rendeva opportuna per la Corte costituzionale la trattazione unitaria. In entrambi i casi, la legislazione veniva, infatti, ritenuta in contrasto con gli artt. 3, 31 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione agli artt. 20, 21, 24, 33 e 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE).

In particolare, con riferimento all'art. 3 Cost., veniva evidenziato come la disciplina censurata penalizzasse proprio chi, sprovvisto dei requisiti per conseguire il permesso per soggiornanti di lungo periodo, versasse in "condizioni di più grave bisogno", difettando inoltre quella «ragionevole correlazione» tra i presupposti per il riconoscimento del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo e «i requisiti di bisogno e di disagio della persona», che rappresentano la ragion d'essere delle prestazioni in questione. Veniva inoltre evidenziata anche la violazione dell'art. 31 Cost., per il pregiudizio recato alla tutela che spetta alla maternità proprio nelle situazioni di più grave disagio, e dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione ai diritti sanciti nella CDFUE, con specifico riferimento, tra i vari, al diritto alle prestazioni di sicurezza sociale.

Dall'altro lato, l'INPS e la Presidenza del Consiglio sostenevano come entrambe le prestazioni non fossero dirette a soddisfare i «bisogni primari e vitali della persona» e le «condizioni minime di vita e di salute», ma ad incentivare la natalità. Ampia sarebbe, secondo questa posizione, la discrezionalità del legislatore in materia, che potrebbe anche valorizzare, come nel caso della richiesta del permesso UE per soggiornanti di lungo periodo, «un sufficiente radicamento» sul territorio nazionale, anche nella prospettiva di «un attento contemperamento dei diritti individuali/familiari con le imprescindibili esigenze di compatibilità finanziaria». La richiesta di tale permesso intendeva infatti limitare la platea dei beneficiari di dette prestazioni, privilegiando i lungo residenti e riducendo l'impatto sul sistema di welfare.

Si tratta di questioni che rientrano, dunque, nell'ampio filone giurisprudenziale relativo all'accesso degli stranieri alle prestazioni di natura sociale con alcune novità in relazione al rinvio pregiudiziale promosso dalla Corte costituzionale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, nonché per gli spunti offerti ai fini della tutela dell'infanzia e della maternità.

2. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e la sentenza 2 settembre 2021

Un profilo di grande rilievo nell'ambito del giudizio in questione ha ri-

guardato il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia promosso dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 182/2020.

Il rinvio pregiudiziale si colloca, secondo quanto chiarito dalla Consulta, «in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia [...], affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico (art. 53 della CDFUE)»⁴. L'intervento chiarificatore richiesto alla Corte di giustizia è inoltre funzionale alla garanzia dell'uniforme interpretazione dei diritti e degli obblighi che discendono dal diritto dell'Unione, considerando la "connessione inscindibile" tra i principi e i diritti costituzionali evocati nelle ordinanze di rimessione e quelli riconosciuti dalla CDFUE, arricchiti dal diritto secondario.

Tra le disposizioni rilevanti del diritto dell'Unione europea viene anzitutto richiamato l'art. 34 della CDFUE, in tema di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale, che riconosce il diritto di «[o]gni persona che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione [...] alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali», in conformità alle previsioni del diritto dell'Unione e alle legislazioni e alle prassi nazionali⁵. Con riferimento alle prestazioni di sicurezza sociale spettanti ai cittadini dei paesi terzi, è poi la direttiva 2003/109/CE, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi soggiornanti di lungo periodo, a prevedere che essi godano dello stesso trattamento dei cittadini nazionali per quel che riguarda, in particolare, le «prestazioni sociali, l'assistenza sociale e la protezione sociale ai sensi della legislazione nazionale» (art. 11, paragrafo 1, lettera d). Oltre a tali cittadini stranieri, è la direttiva 2011/98/UE, relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico, a prevedere il diritto alla parità di trattamento nell'ambito della sicurezza sociale ai cittadini di paesi terzi ammessi nel terri-

⁴ Sul punto chiaramente Corte cost. sent. n. 269 del 2017. Per un approfondimento, cfr. A. RUGGERI, *Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da pacere tra le Corti?*, in *www.giurcost.org*, n. 1/2018; R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentramento" e "momenti di diffusione"*, in *www.gruppodipisa.it*, n. 2/2020, p. 7; D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di «ri-accentramento» della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020; B. RANDAZZO, *Il 'riaccentramento' del giudizio costituzionale nella prospettiva di un sistema integrato di giustizia costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 3/2021, pp. 144 ss.

⁵ Per un approfondimento del richiamo all'art. 34 CDFUE, cfr. S. GIUBBONI, *L'accesso all'assistenza sociale degli stranieri alla luce (fioca) dell'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (a margine di un recente rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4/2020, pp. 1982 ss.

torio degli Stati membri fini lavorativi o ai quali è comunque consentito lavorare (art. 3, paragrafo 1, lett. *b* e *c*). In particolare si prevede che essi beneficino dello stesso trattamento riservato ai cittadini dello Stato membro in cui soggiornano in materia di sicurezza sociale (art. 12, paragrafo 1, lett. *e*, richiamando il regolamento n. 883/2004).

È alla luce di tale quadro normativo che la Corte costituzionale ritiene necessario chiedere alla Corte di giustizia «se l'art. 34 della Carta debba essere interpretato nel senso che nel suo ambito di applicazione rientrino l'assegno di natalità e l'assegno di maternità, in base all'art. 3, paragrafo 1, lettere *b* e *j*), del regolamento (CE) n. 883/2004, richiamato dall'art. 12, paragrafo 1, lettera *e*), della direttiva 2011/98/UE, e se, pertanto, il diritto dell'Unione debba essere interpretato nel senso di non consentire una normativa nazionale che non estende agli stranieri titolari del permesso unico di cui alla medesima direttiva le provvidenze sopra citate, già concesse agli stranieri titolari di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo».

È significativo, poi, che, secondo la Corte costituzionale, in «un campo segnato dall'incidenza crescente del diritto dell'Unione», non si possa non privilegiare il dialogo con la Corte di giustizia, «in quanto depositaria del rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati», considerando altresì che «[i]l divieto di discriminazioni arbitrarie e la tutela della maternità e dell'infanzia, salvaguardati dalla Costituzione italiana (artt. 3, primo comma, e 31 Cost.), devono, difatti, essere interpretati anche alla luce delle indicazioni vincolanti offerte dal diritto dell'Unione europea (artt. 11 e 117, primo comma, Cost.)».⁶

Con la sentenza 2 settembre 2021, causa C-350/20, *O.D. e altri c. INPS*, la Corte di Giustizia ha chiarito che sia l'assegno di natalità sia l'assegno di maternità rientrano nei settori della sicurezza sociale per i quali i cittadini di paesi terzi di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettere *b* e *c*), della direttiva 2011/98 beneficiano del diritto alla parità di trattamento di cui all'articolo 12, paragrafo 1, lettera *e*), di tale direttiva. A parere della Corte, entrambe le prestazioni rientrano, infatti, nell'ambito di applicazione del regolamento n. 883/2004, in quanto attribuite prescindendo da ogni valutazione individuale e discrezionale delle loro esigenze personali, in base ad una situazione definita ex lege. E la Repubblica italiana non si è avvalsa in alcun modo della facol-

⁶ La materia peraltro è oggetto di particolare incertezza, tanto che la Corte costituzionale chiede che il rinvio sia deciso con procedimento accelerato: un orientamento diffuso nella giurisprudenza di merito attribuisce infatti efficacia diretta al citato art. 12 della direttiva 2011/98/UE, non seguito tuttavia dall'amministrazione competente.

tà di limitare la parità di trattamento nei termini consentiti dalla direttiva stessa.

Sul punto è significativo anche il precedente *Martinez Silva*, che aveva permesso alla Corte di chiarire come rientrassero nell'ambito delle prestazioni di sicurezza sociale quelle «attribuite automaticamente alle famiglie che rispondono a determinati criteri obiettivi, riguardanti segnatamente le loro dimensioni, il loro reddito e le loro risorse di capitale, prescindendo da ogni valutazione individuale e discrezionale delle esigenze personali, e destinate a compensare i carichi familiari»⁷.

Le questioni sono dunque tornate all'esame della Corte costituzionale italiana, ai fini della decisione sulla legittimità costituzionale delle previsioni anche nel quadro delle conclusioni raggiunte dalla Corte di Giustizia.

3. *La sentenza della Corte costituzionale n. 54/2022*

Con la sentenza n. 54/2022, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della disciplina in tema di assegno di natalità e assegno di maternità nella parte in cui esclude, tra i beneficiari, i cittadini di Paesi terzi ammessi nello Stato a fini lavorativi e coloro ai quali è consentito lavorare, seppur ammessi per motivi diversi dall'attività lavorativa.

Nella ricostruzione del quadro normativo, riveste un ruolo centrale il diritto dell'Unione europea. La Corte costituzionale richiama in particolare l'art. 34 CDFUE – rimasto maggiormente in ombra nella decisione della Corte di Giustizia – che nel fare espresso richiamo alle legislazioni e prassi nazionali, «non può non tenere anche conto delle garanzie sancite dalle Costituzioni». A parere della Corte, infatti, «al “costante evolvere dei precetti costituzionali” che si ricavano dagli artt. 3 e 31 Cost., il diritto dell'Unione europea offre un apporto che non può essere trascurato [...], allo scopo di inverare – in contesti mutevoli e spesso inediti – il principio di eguaglianza e la più ampia tutela della maternità e dell'infanzia». Il diritto dell'Unione europea sembra dunque richiamato dalla Corte per rafforzare le tutele già pre-

⁷ Si veda Corte di Giustizia, *Martinez Silva*, 21 giugno 2017, C-449/16, § 22, relativo all'assegno a favore dei nuclei familiari con almeno tre figli minori. A conclusioni differenti la Corte di Giustizia giunge con la sentenza 28 ottobre 2021, causa C-462/20, in ragione della natura delle prestazioni in esame (si trattava di una carta famiglia per l'ottenimento di sconti o di riduzioni tariffarie concessi da tali fornitori, che ne sopportano il costo e la cui partecipazione a tale azione in favore delle famiglie è volontaria).

viste agli artt. 3 e 31 Cost., di cui – espressamente – ne «avvalora e illumina il contenuto assiologico, allo scopo di promuovere una più ampia ed efficace integrazione dei cittadini dei Paesi terzi».

Le disposizioni impugnate vengono dunque dichiarate illegittime in riferimento agli artt. 3, 31 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 34 CDFUE e alla luce di quanto chiarito dalla Corte di Giustizia in relazione alla direttiva 2011/98.

4. *La continuità con la giurisprudenza costituzionale pregressa*

Nonostante la centralità del diritto UE nella vicenda in questione, non si può non rilevare come le conclusioni a cui giunge la Corte costituiscano altresì il naturale sviluppo di principi già espressi nella pregressa giurisprudenza in materia. Chiarita infatti la funzione delle due prestazioni, che «sovvenono a una peculiare situazione di bisogno, che si riconnette alla nascita di un bambino o al suo ingresso in una famiglia adottiva», viene meno quella “ragionevole correlazione” tra la ratio delle prestazioni e la condizione di accesso alle stesse (rappresentata dal possesso del permesso per soggiornanti di lungo periodo), già messa in luce in numerosi precedenti⁸.

Peraltro la Corte ha cura di precisare in dettaglio come le due prestazioni rappresentino «attuazione dell'art. 31 Cost., che impegna la Repubblica ad agevolare con misure economiche ed altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose, e a proteggere la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo», oltre a rispondere al principio di uguaglianza sostanziale. Significativo, al riguardo, anche l'espresso richiamo alla tutela del minore «che si affianca alla tutela della madre, in armonia con il disegno costituzionale che colloca in un orizzonte comune di speciale adeguata protezione, sia la madre, sia il bambino». È dunque evidente come i presupposti in base ai quali è possibile ottenere il permesso UE per soggiornanti

⁸ Si vedano in particolare Corte cost., sentenze del: 2 dicembre 2005, n. 432; 30 luglio 2008, n. 306; 25 gennaio 2019, n. 11; 28 maggio 2010, n. 187; 16 dicembre 2011, n. 329; 15 marzo 2013, n. 40; 27 febbraio 2015, n. 22; 11 novembre 2015, n. 230. Sul punto si veda C. CORSI, *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 3/2014, pp. 2 ss.; A. GUARISO, *Stranieri e accesso alle prestazioni sociali e ai servizi*, in *www.asgi.it*, 2021, e sia consentito rinviare anche a F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI, *Diritto e immigrazioni. Percorsi di diritto costituzionale*, Bologna, 2022, pp. 198 ss.

nanti di lungo periodo (residenza prolungata, reddito, ecc.) nulla abbiano a che vedere con lo stato di bisogno che le prestazioni in questione si prefiggono di fronteggiare.

Significativa inoltre la distanza rimarcata dalla Corte tra le prestazioni in esame e l'assegno sociale: le prime «presuppongono l'insorgere di una situazione di bisogno, in una stagione della vita – quella della nascita di un bambino o della sua accoglienza nella famiglia adottiva – che prescinde dal contributo fornito al progresso della comunità»; il secondo si colloca «all'epilogo della carriera lavorativa e rappresenta il corrispettivo per il contributo offerto al progresso della comunità» (Corte cost. sent. n. 50/2019).

5. *La riforma dell'art. 41 T.U. Imm. e l'assegno unico universale*

Un'ultima notazione riguarda la nuova disciplina in tema di assistenza sociale e le criticità rilevabili nell'individuazione dei beneficiari delle prestazioni. Infatti, sotto il profilo processuale era stato dato atto dell'intervenuta modifica dell'art. 41 T.U. Imm. e della revisione delle prestazioni familiari con l'introduzione dell'assegno unico universale. La Corte costituzionale ha ritenuto tuttavia che tali novità non fossero in grado di incidere nell'ambito dei giudizi *a quibus*, quale *ius superveniens*.

Significativa è, tuttavia, la circostanza che il legislatore, nel riformare il citato art. 41, sia andato nella direzione attesa dalla sentenza. Già a fine 2021, con la legge europea 2019-2020⁹, è stata introdotta una disciplina modulata dell'accesso agli stranieri all'assistenza sociale in ragione del permesso di soggiorno posseduto, prevedendo espressamente talune deroghe proprio per gli stranieri lavoratori o ai quali è comunque consentito lavorare, ai sensi della direttiva 2011/98/UE.

In particolare, in via generale, agli stranieri titolari di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo o di permesso di soggiorno di durata non inferiore all'anno, nonché ai minori stranieri titolari di uno dei permessi di soggiorno di cui all'articolo 31 è affermata la parità di trattamento ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale. Per le prestazioni di sicurezza sociale di cui al regolamento n. 883/2004, tale equiparazione è limitata agli stranieri titolari di permesso unico di lavoro, ai titolari di permesso di soggiorno per motivi di studio (che svolgono un'attività lavorativa o che l'hanno svolta per un pe-

⁹ Cfr. art. 3 legge 23 dicembre 2021, n. 238.

riodo non inferiore a sei mesi e hanno dichiarato la loro immediata disponibilità allo svolgimento della stessa), nonché agli stranieri titolari di permesso di soggiorno per motivi di ricerca. Tuttavia, per le prestazioni familiari, tale equiparazione è ulteriormente circoscritta ai titolari di permesso unico di lavoro autorizzati a svolgere un'attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi, nonché agli stranieri titolari di permesso di soggiorno per motivi di ricerca autorizzati a soggiornare in Italia per un periodo superiore a sei mesi.

La disciplina conferma dunque quella frammentazione della condizione giuridica dello straniero per il quale esistono differenti categorie di stranieri ai quali sono associati anche differenti diritti, nella ricerca di un complesso equilibrio tra le ragioni della solidarietà sociale e i motivi di bilancio.

In questa direzione si pongono anche i requisiti di accesso all'assegno unico universale¹⁰ riconosciuto agli stranieri a condizione che siano in possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo o del permesso unico di lavoro o ancora del permesso di soggiorno per motivi di ricerca. A tali condizioni si aggiunge anche la residenza almeno biennale sul territorio nazionale ovvero la titolarità di un contratto di lavoro a tempo indeterminato o a tempo determinato di durata almeno semestrale.

Si ricorda a tal proposito che l'assegno unico e universale è stato istituito al fine di «favorire la natalità, di sostenere la genitorialità e di promuovere l'occupazione, in particolare femminile», nell'ottica di riordinare, semplificare e potenziare, anche in via progressiva, le misure a sostegno dei figli a carico attraverso una unica prestazione, quale è appunto l'assegno.

Trattandosi tuttavia di finalità attinenti a diritti fondamentali della persona anche connessi a situazioni di svantaggio sociale, viene da chiedersi se questa limitazione delle prestazioni familiari e dell'assegno universale per i titolari di alcune tipologie di permessi di soggiorno, sebbene in linea con alcuni degli obblighi discendenti dal diritto UE, non presenti comunque profili di illegittimità nella parte in cui non è estesa a tutti gli stranieri regolarmente presenti sul territorio, a prescindere dal titolo di soggiorno posseduto.

¹⁰ Cfr. art. 3 d.lgs. 21 dicembre 2021, n. 230.

L'ACCESSIBILITÀ COME SOLUZIONE:
SUI NODI DI EFFETTIVITÀ
NELLA RISPOSTA AI BISOGNI DI SALUTE DEGLI STRANIERI

Lucia Busatta*

SOMMARIO: 1. Introduzione: la salute, misura dei diritti. – 2. Il diritto alla salute degli stranieri: un quadro “stabile”? – 3. I tanti nodi di ineffettività di una disciplina in apparenza limpida. – 4. Quali prospettive di effettività per l'accesso alla salute dei migranti?

1. *Introduzione: la salute, misura dei diritti*

Quanto vale la salute di ciascun individuo? L'esperienza maturata nel corso della pandemia da Sars-CoV-2 ha acceso l'attenzione sull'importanza dell'assistenza sanitaria e sulla necessità di assicurare servizi realmente accessibili a tutti. L'esigenza di considerare la salute anche nella sua dimensione di interesse della collettività, poi, ha evidenziato quanto garantire un accesso effettivo alle cure per i migranti possa anche avere significative ricadute sull'equilibrio complessivo del sistema sanitario e sulla salute di tutta la popolazione¹.

Non è certamente un tema nuovo. Da tempo, infatti, si discute sull'importanza di una piena ed effettiva copertura sanitaria per i migranti, sia per una più completa protezione dei diritti di queste persone, sia nell'ottica di intercettare e prevenire rischi sanitari che potrebbero avere un impatto anche sulla collettività. Come per altre tematiche, la pandemia ha amplificato alcune problematiche, sollecitando l'urgenza di una loro adeguata presa in carico.

* Ricercatrice t.d. di tipo b) di diritto costituzionale, Università di Trento.

¹ Per alcuni contributi in argomento v. C. CORSI, *Migranti e immigrati di fronte all'emergenza coronavirus: tra vecchie e nuove fragilità*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2020, pp. 901 ss.; G. IORIO, *Non è un vaccino per tutti: l'esercito (spuntato) degli «invisibili» ai tempi del Covid-19*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 3/2021, pp. 718 ss.; G. VOSA, *Cure essenziali. Sul diritto alla salute dello straniero irregolare: dall'auto determinazione della persona al policensentrismo decisionale*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2016, pp. 721 ss.

Già nel 2008, con la risoluzione “Salute dei Migranti”² approvata durante la sessantunesima Assemblea mondiale della Sanità di Ginevra (2008), l’Organizzazione mondiale della sanità (OMS) aveva lanciato un appello agli Stati affinché promuovessero politiche sanitarie attente ai bisogni dei migranti, per garantire un accesso equo alla promozione della salute e affinché la prevenzione e la cura delle malattie avvenissero in modo non discriminatorio.

Nel 2019, l’OMS, con un documento sulla salute dei rifugiati e dei migranti nella Regione Europea³, aveva sottolineato il divario nello stato di salute tra gli stranieri e il resto della popolazione, evidenziando la maggior esposizione dei primi a specifici rischi sanitari. Oltre al dato epidemiologico, questo report indicava anche le profonde diversità che caratterizzano la regolamentazione nazionale dei sistemi sanitari e, in particolar modo, la disciplina dell’accesso alla sanità per gli stranieri, che spesso varia in base al titolo di soggiorno. I risultati dell’analisi, richiamando peraltro le conclusioni dell’Assemblea mondiale della sanità del 2008, sottolineavano l’importanza di agire per promuovere un sistema di assistenza sanitaria *migrant-friendly*, mirato ad assicurare l’accesso alle cure primarie e alla prevenzione per i migranti e per i richiedenti asilo. Si tratta, infatti, di ambiti di assistenza sanitaria che, sebbene non sempre accessibili agli stranieri, in base alle norme nazionali, consentono di intercettare specifici bisogni di salute e di anticipare o evitare la richiesta di prestazioni sanitarie spesso molto più impegnative dal punto di vista organizzativo ed economico. In altre parole, promozione e prevenzione rappresentano irrinunciabili occasioni per favorire l’innalzamento del livello di salute della popolazione (locale e migrante) e per contenere i costi sanitari.

Quanto sperimentato durante la pandemia ha confermato questo dato. Guardando, ad esempio, al nostro ordinamento, è agevole osservare come l’emergenza sanitaria abbia allargato la forbice delle diseguaglianze sociali, mettendo maggiormente in difficoltà coloro che partono da uno svantaggio economico o sociale. Soccorrono, a questo riguardo, i dati elaborati dall’Istituto Superiore di Sanità⁴ dai quali si evince, in estrema sintesi, una

² Organizzazione Mondiale della Sanità, 61ma assemblea mondiale, risoluzione *Health of migrants*, 24 maggio 2008.

³ Organizzazione Mondiale della Sanità, Regional Office for Europe, *Report on the health of refugees and migrants in the WHO European Region: No public health without refugee and migrant health*. World Health Organization. Regional Office for Europe, 2018.

⁴ Istituto Superiore di Sanità, *Le differenze di impatto della pandemia da COVID-19 sui cittadini italiani e stranieri*, 11 marzo 2021.

maggior probabilità di ospedalizzazione per gli stranieri in caso di contagio da CoViD-19 e, una volta ospedalizzati, un più elevato rischio di essere ricoverati in terapia intensiva. Tale dato viene spiegato in base a un sostanziale ritardo diagnostico: per i migranti la malattia è stata rilevata ad uno stadio più avanzato, con sintomi più visibili e gravi. A ulteriore conferma di ciò concorre il dato sulla mortalità, che mostra un rischio più elevato per gli stranieri, tranne nei casi che hanno richiesto il ricovero. Si pone, infine, in evidenza un gradiente inverso tra il rischio di conseguenze peggiori per il CoViD-19 (ospedalizzazioni, ricovero in terapia intensiva e morte) che aumenta a fronte della diminuzione dello Human Development Index del Paese di origine della persona.

Le medesime considerazioni possono trovare applicazione anche con riguardo alle strategie vaccinali anti-Covid (e, ampliando la prospettiva, a tutte le politiche vaccinali): l'accessibilità a servizi garantiti e da garantire va assicurata tramite piani mirati e specificamente indirizzati anche ai gruppi vulnerabili, per far sì che alla marginalità socio-economica non si sommi anche la fragilità sanitaria⁵.

Le questioni qui brevemente accennate mostrano quanto il tema dell'accessibilità dei servizi sanitari per i migranti non possa mai considerarsi esaurito per la riflessione giuridica. In particolare, la più recente emergenza sanitaria ha evidenziato vuoti di effettività nella tutela del diritto alla salute degli stranieri tali da mettere in discussione la tenuta di diritti costituzionalmente garantiti. Un'organizzazione dei servizi concretamente orientata alla tutela dei diritti, nel segno della Costituzione, appare la via privilegiata per colmare questi divari.

Appaiono in tal senso promettenti alcune delle riforme veicolate dal PNRR, fra cui spiccano le nuove "Case della Comunità", cuore battente della riforma della sanità territoriale di recente approvazione. Almeno sulla carta, esse potrebbero rappresentare occasioni da non perdere per colmare alcune delle lacune che la pandemia ha messo in luce.

2. *Il diritto alla salute degli stranieri: un quadro "stabile"?*

Il diritto delle migrazioni è uno dei terreni giuridici maggiormente esposti ad una incessante evoluzione, per una molteplicità di ragioni che spaziano

⁵ Della questione si è occupato anche il Comitato Nazionale per la Bioetica, *Vaccinazioni anticovid-19 e migranti*, parere del 19 aprile 2022.

dalla progressiva espansione del ruolo dell'Unione europea, alle contrapposizioni che il tema migratorio sollecita a livello politico. Ciononostante, nel nostro ordinamento, la garanzia dell'accesso alla sanità per gli stranieri sembra – almeno in apparenza e fortunatamente – piuttosto stabile. Anche le più rilevanti (e contestate) riforme che hanno toccato le questioni migratorie, infatti, non hanno inciso direttamente sul diritto alla salute degli stranieri, che, formalmente, rimane inalterato da ormai un ventennio.

Le norme di riferimento per la disciplina dell'accesso alla sanità per gli stranieri, come è noto, sono disegnate dal perimetro degli articoli 34 e 35 del Testo unico dell'immigrazione (TUI) e dagli artt. 62 e 63 del d.P.C.M. 17 gennaio 2017, che definisce i nuovi LEA. Un Accordo sottoscritto nel 2012 in sede di conferenza Stato-Regioni ha, inoltre, stabilito le “Indicazioni per la corretta applicazione della normativa per l'assistenza sanitaria alla popolazione straniera da parte delle Regioni e Province autonome”⁶.

In breve, le disposizioni citate prevedono l'obbligo di iscrizione al Servizio Sanitario Nazionale (SSN) per gli stranieri regolarmente soggiornanti (art. 34 TUI), specificando le categorie di permessi di soggiorno che comportano tale diritto-dovere. Gli stranieri regolarmente soggiornanti, ma il cui titolo di soggiorno non rientra tra quelli indicati, hanno l'obbligo di assicurazione o possono procedere all'iscrizione volontaria al SSN, pagando il corrispettivo annuale. Agli stranieri non in regola con le norme sul soggiorno spettano, invece, “le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative” (art. 35 TUI e art. 63, d.P.C.M. 17/01/2017).

Tale quadro normativo a prima vista chiaro aveva, in realtà, portato a un certo divario applicativo, tanto che la diversità di approccio riscontrata a livello regionale aveva condotto alla sottoscrizione dell'accordo adottato in sede di conferenza Stato-Regioni nel 2012, che ha definito indirizzi operativi per gli enti territoriali, per promuovere un approccio omogeneo. Il documento si premura, ad esempio, di specificare che in base alla normativa vigente (art. 34 TUI), lo svolgimento di un'attività lavorativa o l'iscrizione alle liste di collocamento sono titoli “autonomi” per l'iscrizione al SSN, a prescindere dalla tipologia di permesso di soggiorno del richiedente. L'assistenza sanitaria, che ha durata pari a quella del permesso di soggiorno,

⁶ Conferenza Stato-Regioni, Accordo tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano sul documento recante “Indicazioni per la corretta applicazione della normativa per l'assistenza sanitaria alla popolazione straniera da parte delle Regioni e Province autonome”, Repertorio Atti n.: 255/CSR del 20/12/2012.

si estende ai familiari a carico regolarmente soggiornanti e, nelle more del rinnovo del titolo di soggiorno, viene prorogata, ai fini della garanzia della continuità assistenziale⁷.

A distanza di un decennio, i contenuti dell'Accordo si dimostrano ancora attuali, sebbene quanto nel frattempo avvenuto abbia messo a dura prova l'effettività del diritto all'assistenza sanitaria per i migranti. Nonostante un quadro apparentemente cristallino, non sono mancati negli anni i tentativi di "sabotaggio", attraverso un sostanziale svuotamento dell'applicazione dei contenuti dell'Accordo. A riguardo – e prima di individuare alcune sacche di ineffettività nel diritto alla salute degli stranieri di Italia – vale la pena di sottolineare come la giurisdizione abbia valorizzato la portata del documento, accertando la sussistenza del diritto-dovere di iscrizione al SSN per taluni stranieri ai quali le amministrazioni sanitarie territoriali avevano negato tale possibilità. Recentemente, ad esempio, la Corte d'Appello di Venezia, in ben due occasioni⁸ ha confermato la natura vincolante dell'Accordo, per gli enti territoriali che lo avevano sottoscritto e che non possono, per questo, sottrarsi a quanto pattuito.

3. *I tanti nodi di ineffettività di una disciplina in apparenza limpida*

Come si è già anticipato, sono stati numerosi gli episodi in cui, in questo decennio, è stato necessario ricorrere all'intervento del giudice in relazione alla mancata iscrizione degli stranieri al SSN. Sebbene, come si è visto, il tentativo operato dall'Accordo del 2012 abbia tentato di favorire un'omogenea applicazione della disciplina a livello nazionale, anche al fine di evitare dubbi interpretativi o contenziosi, si sono comunque presentati punti di attrito che, al di là dell'intervento giurisdizionale, hanno rallentato o temporaneamente precluso una piena effettività del diritto alla salute a chi ne avesse diritto.

Fra gli esempi più efficaci, si distingue, anzi tutto, la confusione generata dal Decreto Sicurezza del 2018⁹ e dal – notorio e problematico – divieto di

⁷ Per ulteriori riferimenti A. PITINO, *Quarant'anni (e più) di tutela della salute degli stranieri in Italia*, in *Corti Supreme e Salute*, n. 3/2018, pp. 631 ss.

⁸ Corte d'appello di Venezia, sentenza 27 aprile 2020, n. 15; Corte d'appello di Venezia, sentenza 15 aprile 2022, n. 138.

⁹ Decreto-Legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni dalla L. 1° dicembre 2018, n. 132, recante Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e

iscrizione anagrafica per i richiedenti asilo. Sebbene l'applicazione del citato Accordo non potesse lasciare dubbi circa le modalità per iscrizione la persona al servizio sanitario, sono state numerose le difficoltà in cui sono incorsi i richiedenti asilo nell'ottenere l'iscrizione al SSN. Pur in assenza di qualsivoglia modifica dell'art. 34 TUI, infatti, alcune aziende sanitarie avevano dubitato della possibilità di iscrivere lo straniero, in mancanza della residenza. Sul punto è intervenuto, ad esempio, il Tribunale di Napoli¹⁰ che, nel luglio 2019, ha accertato il carattere discriminatorio del diniego d'iscrizione al SSN opposto dalla locale azienda sanitaria ad uno straniero richiedente protezione internazionale.

Nonostante le modifiche introdotte dal Decreto Sicurezza non avessero intaccato le norme sull'accesso ai servizi pubblici essenziali (sanità inclusa), è assodato che ne ha, comunque, rallentato la fruibilità per gli stranieri, tanto che tale elemento è stato preso in considerazione dalla Corte costituzionale, in occasione della declaratoria di incostituzionalità del divieto di iscrizione anagrafica. Nella sentenza n. 186 del 2020¹¹, infatti, si è rilevato come il limite introdotto dal d.l. n. 113/2018, poi convertito, presenti "effetti pregiudizievoli" quanto all'accesso ai servizi pubblici. Giova, a tal riguardo, rilevare come la Corte abbia ritenuto non necessario entrare nel merito dell'effettiva possibilità di ottenere l'erogazione dei servizi da parte delle pubbliche amministrazioni competenti, ma si sia limitata a osservare una situazione "di fatto" che, rendendo "ingiustificatamente più difficile" l'accesso ai servizi, provocava una lesione del principio di eguaglianza sostanziale, incidendo sulla "pari dignità sociale" delle persone.

Fra altri nodi problematici, figura l'apposizione di un termine di validità all'iscrizione al SSN inferiore a quello della scadenza del permesso di soggiorno. Ancora una volta, la letterale applicazione di quanto sancito nell'Accordo non avrebbe dato adito a dubbi, ma una erronea prassi dell'amministrazione sanitaria campana ha richiesto, nel marzo 2022, l'intervento del Tribunale di Benevento¹², che ha sancito l'illegittimità del comportamento della ASL.

Vanno, infine, menzionate due recenti pronunce, rispettivamente del

l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata.

¹⁰ Trib. Napoli, sez. lav., provvedimento 10 luglio 2019, n. 40687.

¹¹ Corte Cost., sentenza del 31 luglio 2020, n. 186.

¹² Trib. Benevento, sez. lav., ordinanza 15 marzo 2020.

Tribunale di Padova¹³ e della già citata Corte d'Appello di Venezia (sentenza n. 138/2022), che hanno accertato la natura discriminatoria di alcune previsioni della delibera della Giunta regionale Veneto n. 753 del 4.06.19, che stabilisce le “Linee guida in materia di assistenza sanitaria ai cittadini appartenenti all’Unione Europea e ai cittadini extracomunitari”. Le disposizioni contestate precludevano, nel primo caso, l’estensione dell’assistenza sanitaria ai familiari, cittadini di Paese terzo, a carico del figlio, cittadino dell’Unione europea in possesso di carta di soggiorno e, nel secondo caso, di familiari, cittadini di Paese terzo, a carico di cittadini italiani. In entrambi i casi, la delibera regionale prevedeva l’iscrizione volontaria al SSN, a pagamento. I giudici ne hanno rilevato la natura discriminatoria, confermando, tra l’altro, la natura vincolante dell’Accordo e specificando che non solo la Regione convenuta è chiamata ad adeguare la propria normativa alle disposizioni europee richiamate nelle sentenze citate, ma che le amministrazioni sanitarie sono tenute altresì a disapplicare la norma in contrasto con il diritto europeo, al fine di evitare il perpetuarsi della discriminazione.

Secondo la Corte d'Appello, infatti, vi è una violazione della direttiva europea 2004/38/CEE (art. 24) e, trattandosi di una norma *self-executive*, questa può essere direttamente invocata dagli interessati nei confronti della pubblica amministrazione, che, dunque, deve – e avrebbe già dovuto – disapplicare la norma in contrasto.

4. *Quali prospettive di effettività per l'accesso alla salute dei migranti?*

Le questioni qui brevemente tratteggiate e i dati epidemiologici cui si è fatto cenno suggeriscono la necessità di non abbassare il livello di attenzione rispetto alla garanzia di un effettivo accesso all’assistenza sanitaria per i migranti, indipendentemente dal titolo di soggiorno. Anche se regolarmente presenti sul territorio nazionale, infatti, non tutti gli stranieri si vedono riconosciuto lo stesso livello di protezione del diritto alla salute, con tutto ciò che ne deriva.

Le molteplici esigenze della pandemia, inoltre, hanno evidenziato la rilevanza della dimensione relazionale del diritto fondamentale alla salute e hanno sottolineato l’intrinseco legame sussistente tra le scelte sanitarie che si fanno per un individuo e la capacità del sistema sanitario complessivamente inteso di far fronte ai bisogni di tutti. Basti porre la mente alle complesse scelte allocative che si sono rese necessarie a fronte della drammatica scarsità

¹³ Trib Padova, sez. lav., sentenza 12 aprile 2022, n. 1830.

di risorse con cui il SSN si è misurato soprattutto nella prima fase dell'emergenza pandemica e che hanno, inevitabilmente, impresso il segno sulla normazione dell'emergenza sanitaria.

Da ultimo, il conflitto in Ucraina e il flusso di profughi che questo ha provocato hanno nuovamente posto sotto i riflettori l'importanza fondamentale dell'accesso alla sanità per i migranti, a prescindere dal titolo di soggiorno o dal tempo di permanenza su un dato territorio, non solo in un'ottica umanitaria, ma anche a tutela della popolazione e dell'equilibrio interno del sistema sanitario.

Sulla scia delle riforme che la ripresa post-pandemica sta veicolando, non possono essere tralasciate le esigenze di piena accessibilità ai servizi sanitari per i migranti. Se il quadro normativo tratteggiato appare sufficientemente chiaro e non sembra abbisognare di revisioni significative, molti sono i fronti su cui lavorare costantemente per assicurare la piena effettività del diritto alla salute anche agli stranieri.

Proprio a partire dai dati epidemiologici di cui si è dato conto in apertura, ad esempio, centrale appare il ruolo che rivestiranno le nuove Case della Comunità, disegnate per diventare il prossimo baricentro operativo della sanità territoriale riconfigurata grazie al PNRR. Con la pubblicazione del Decreto del Ministero della salute del 23 maggio 2022, n. 77¹⁴, esse potranno auspicabilmente divenire il primo punto di riferimento per i bisogni sanitari e sociosanitari della popolazione locale. Ideate per essere diffuse su tutto il territorio nazionale, saranno sempre aperte e offriranno una pluralità di servizi sanitari di base, in ottica multiprofessionale. All'interno di queste strutture saranno presenti medici di medicina generale, pediatri di libera scelta, infermieri e altri professionisti sanitari che potranno assicurare l'assistenza e la diagnostica di base, nonché servizi ambulatoriali specialistici per patologie ad elevata prevalenza o per le cronicità. Avranno lo scopo di assicurare continuità assistenziale e integrazione socio-sanitaria.

Alla luce di quanto evidenziato, è irrinunciabile che esse siano concepite per essere pienamente accessibili anche per gli stranieri, al fine di contribuire al superamento dei vuoti di effettività rilevati. Sebbene il Decreto ministeriale citato non preveda norme specifiche per assicurare l'accessibilità di tali presidi anche agli stranieri, resta inteso che ad esse si applicheranno le misure già previste per la medicina generale. Rimane poi nella competenza delle Regioni prevedere l'eventuale presenza di mediatori culturali anche in tali strutture, in conformità le disponibilità economiche e con la sensibilità a questa tipologia di problematiche da parte delle amministrazioni regionali.

¹⁴ G.U. Serie Generale, n. 144 del 22 giugno 2022.

IL DIRITTO ALL'ISCRIZIONE AL SSN
PER I FAMILIARI EXTRACOMUNITARI
DI UN CITTADINO ITALIANO

Francesco Gargallo di Castel Lentini*

SOMMARIO: 1. Un cenno introduttivo. – 2. La vicenda processuale. – 3. Sulla (duplicata) natura discriminatoria della delibera della Regione Veneto.

1. *Un cenno introduttivo*

Con la sentenza 15 aprile 2022, n. 492, la Corte d'Appello di Venezia, in riforma della pronuncia di primo grado, ha ritenuto discriminatoria una delibera della Regione Veneto nella parte in cui negava il diritto all'iscrizione obbligatoria al SSN dei familiari cittadini extracomunitari a carico di un cittadino italiano. La medesima Corte ha inoltre accertato il comportamento antigiusdicario dell'Azienda socio-sanitaria competente ritenendola responsabile, in concreto, di non aver consentito l'iscrizione ordinaria al SSN ai genitori extracomunitari del figlio cittadino italiano.

2. *La vicenda processuale*

La sentenza sopra menzionata è stata emessa all'esito di un giudizio d'appello presentato, oltre che dall'ASGI¹, anche dai genitori albanesi di uno straniero divenuto cittadino italiano, avverso una sentenza del Tribunale di Padova che dichiarava legittimo il diniego opposto dall'Azienda Ulss n. 6 Euganea alla loro richiesta di iscrizione obbligatoria al servizio sanitario.

In particolare, i ricorrenti lamentavano che nonostante il figlio provvedesse a versare, ex art. 63 l. n. 833/78, la contribuzione al servizio sanitario anche per i familiari a carico, l'azienda sanitaria locale aveva negato loro l'iscrizione sulla scorta di una delibera della giunta regionale veneta (n.

* Dottorando di ricerca in diritto pubblico, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

¹ Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione – ASGI associazione di promozione sociale.

753/19) che stabilisce che i familiari entrati in Italia dopo il 5 novembre 2008 non potessero essere iscritti al SSN in forma ordinaria (ovvero automaticamente), ma dovessero richiedere l'adesione volontaria al servizio sanitario, corrispondendo, quindi, gli importi previsti per detta forma di iscrizione. I medesimi, inoltre, avevano provveduto a versare gli importi dovuti e pertanto agivano anche affinché fossero loro restituiti i relativi importi, lamentando, sul punto, la violazione dell'art. 24 della direttiva 2004/38/CE e degli artt. 19 e 23 della l. n. 30/07.

Il giudice di prime cure, tuttavia, nel valorizzare la competenza concorrente della Regione Veneto in materia, rigettava le richieste di parte attrice, evidenziando l'irrilevanza della citata direttiva e della l. n. 30/07 in quanto, secondo il medesimo giudice, le stesse risultavano inerenti alla materia della circolazione e alla permanenza nello Stato, e non anche alla tutela della salute. Veniva altresì esclusa la circostanza in base alla quale l'azienda sanitaria, attraverso il citato provvedimento denegatorio, avesse attuato «una condotta soggettivamente e oggettivamente discriminatoria». In questi termini, pertanto, veniva rigettata anche la richiesta risarcitoria avanzata dalle medesime parti attrici.

La Corte d'Appello di Venezia, ad ogni modo, decideva di accogliere l'appello e, in riforma del decreto impugnato, accertava il diritto dei ricorrenti all'iscrizione ordinaria al servizio sanitario nazionale e alla restituzione degli importi dagli stessi versati, condannando, inoltre, la Regione Veneto a rimuovere – in quanto discriminatoria – la parte della richiamata delibera che negava il diritto all'iscrizione obbligatoria al SSN dei cittadini extracomunitari familiari a carico di un cittadino italiano.

Nel merito, la Corte d'Appello motivava la propria decisione innanzitutto rilevando come i coniugi si trovassero in Italia regolarmente dal 9 aprile 2018 e che gli stessi fossero «muniti di carta di soggiorno familiare di durata quinquennale rilasciata in data 18.04.2019 e scadente al 9.04.24 (titolo rilasciato ai sensi dell'art. 10 legge n. 30/07)».

Inoltre, i giudici d'appello rilevavano la natura discriminatoria dell'allegato A, n. 8.2 della delibera 735/2019 nella parte in cui stabilisce che «i cittadini extracomunitari residenti, familiari di cittadino appartenente all'UE/italiano lavoratore in possesso di Carta di soggiorno di un cittadino dell'UE valida cinque anni sono iscritti a titolo obbligatorio al SSN ad eccezione dei genitori ultrasessantacinquenni che fanno ingresso dopo il 5 novembre 2008. Questi ultimi sono tenuti alla stipula di una polizza assicurativa o all'iscrizione a titolo volontario al SSN previo pagamento di un contributo».

Ancora, la Corte ha motivato la propria decisione anche rilevando l'intenzione discriminatoria dei pubblici dipendenti, in quanto la Ulss n. 6 Euganea avrebbe dovuto disapplicare la citata delibera regionale poiché in aperto contrasto con i principi comunitari espressi dalla direttiva 2004/38/CEE. In particolare, la delibera della Regione Veneto e la sua applicazione da parte dell'azienda sanitaria – in violazione dell'art. 63 l. 833/78, che consente l'iscrizione al SSN a tutti i familiari a carico – creava «una disparità di trattamento anche al figlio cittadino italiano che a differenza di altri italiani, pur corrispondendo regolare contribuzione di malattia per i propri genitori non aventi reddito, non (avrebbe potuto) garantire loro la fruizione gratuita del servizio sanitario nazionale».

3. *L'accertamento del diritto all'iscrizione al SSN*

Nella citata sentenza 15 aprile 2022, n. 492, la Corte d'Appello di Venezia, ampliando ulteriormente la portata del suo precedente orientamento, ha inteso puntualizzare i requisiti specifici per l'iscrizione obbligatoria al SSN da parte dei familiari extracomunitari di un cittadino italiano, definendo discriminatoria una delibera regionale poiché in aperto contrasto con i principi posti alla base della disciplina normativa nazionale ed eurocomunitaria².

In particolare, i giudici dell'appello hanno riscontrato nella delibera della Regione Veneto una disposizione discriminatoria che, senza alcuna giustificazione normativa, non consentiva ai familiari ultrasessantacinquenni di un cittadino italiano, entrati nel territorio dopo il 5.11.2008, di iscriversi a titolo obbligatorio al servizio sanitario nazionale; secondo i giudici, infatti, si tratterebbe di una «disposizione secondaria contraria alla fonte primaria emessa dallo Stato italiano in adempimento della disciplina eurocomunitaria; regolamentazione che avendo valore generale nel territorio del Veneto, crea una discriminazione per età e nazionalità».

A livello normativo, l'articolo 19, secondo comma, l. n. 30/07, rende evidente che ogni cittadino comunitario che risiede nel territorio nazionale «gode di pari trattamento rispetto ai cittadini italiani nel campo di applicazione del Trattato»; specifica, inoltre, che «il beneficio di tale diritto si estende ai familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente». In

² Per una ricostruzione normativa, sul punto, S. GERACI, I. EL HAMAD, *Migranti e accessibilità ai servizi sanitari: luci e ombre*, in *Italian Journal of Public Health*, Vol. 8, 2011.

particolare, occorre osservare che tale disposizione normativa è stata introdotta dal legislatore nazionale in adempimento a quanto previsto dal citato art. 24 della direttiva comunitaria 2004/38/CEE, secondo cui «ogni cittadino dell'Unione che risiede in base alla presente direttiva nel territorio dello Stato membro ospitante, gode di pari trattamento rispetto ai cittadini di tale Stato nel campo di applicazione del trattato. Il beneficio di tale diritto si estende ai familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che siano titolari del diritto di soggiorno».

Appare chiaro, sulla scorta dei riferimenti normativi appena citati, l'assunto in base al quale gli appellanti – quali ascendenti di cittadino italiano – avrebbero dovuto vedersi riconoscere il diritto all'iscrizione ordinaria al servizio sanitario nazionale in quanto genitori di un cittadino italiano. Inoltre, l'applicabilità del beneficio previsto dall'art. 19, secondo comma, l. n. 30/07, risulterebbe, a ben vedere, rafforzata anche dal seguente art. 23, il quale puntualizza che «le disposizioni del presente decreto legislativo, se più favorevoli, si applicano ai familiari di cittadini italiani non aventi la cittadinanza italiana».

Ad evidenziare, inoltre, l'erronea interpretazione della disciplina normativa in materia da parte del giudice di prime cure, vi sarebbe stata la mancanza di valutazione dell'art. 2, commi 2 e 3, del decreto legislativo 286/98, secondo cui, nello specifico, lo straniero che soggiorni regolarmente nel territorio dello Stato «gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano», e che «la Repubblica italiana, in attuazione della convenzione dell'OIL n. 143 del 24 giugno 1975... garantisce a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel suo territorio e alle loro famiglie parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani». In effetti, la citata Convenzione OIL³ è lapidaria nel garantire la parità di opportunità e di trattamento in materia di sicurezza sociale e assistenziale.

Occorre, inoltre, osservare come il precedente orientamento della medesima Corte aveva riconosciuto natura vincolante per la Regione Veneto all'«Accordo Stato Regioni del 2012» ove, in particolare, veniva previsto il diritto all'iscrizione obbligatoria al SSN per i genitori conviventi a carico (nel caso in esame, in effetti, la parte ricorrente aveva documentato «sia la convivenza che la vivenza a carico, intesa come familiari fisicamente carico; requisiti peraltro non contestati dalla parte convenuta»). Così, anche sulla scorta

³ Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro n. 143 del 24 giugno 1975, sulle migrazioni in condizioni abusive e sulla promozione della parità di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti. Ratificata con L. 10 aprile 1981, n. 158.

di questo precedente giurisprudenziale, i giudici dell'appello, in riforma della pronuncia del giudice di prime cure, hanno accertato il diritto dei ricorrenti all'iscrizione al servizio sanitario nazionale.

4. *Sulla (duplice) natura discriminatoria della delibera della Regione Veneto*

Come accennato, la Corte d'Appello di Venezia ha altresì accertato la natura discriminatoria della delibera della giunta regionale del Veneto n. 753/19 nella parte in cui nega il diritto all'iscrizione al SSN dei cittadini extracomunitari familiari a carico di un cittadino italiano.

In particolare, la delibera ha determinato, per un verso, una discriminazione «per età», non consentendo l'iscrizione ordinaria al servizio sanitario nazionale a genitori ultrasessantacinquenni, di cittadini italiani, e, per altro, una discriminazione «per etnia», dal momento che è stata disposta una disparità di trattamento a danno dei familiari titolari di diritto di soggiorno conviventi con un cittadino italiano «che abbia acquisito la cittadinanza italiana o comunitaria rispetto ai familiari a carico di chi sia cittadino italiano dalla nascita»⁴, oltre che nei confronti dei cittadini comunitari che si recano in uno Stato membro diverso da quello in cui hanno la cittadinanza i familiari che li raggiungono.

Il paragrafo 9.1.2. della delibera, infatti, nel riferirsi a fonti normative «in nessun modo idonee» a giustificarne il contenuto discriminatorio⁵, prevedeva, nello specifico, che sulla base di quanto «stabilito dalla Commissione europea con Comunicazione 313/2009» il cittadino (che abbia acquisito la cit-

⁴ Sentenza in commento, pag. 13. Disponibile su: <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2022/04/Corte-dAppello-di-Venezia-sentenza-del-15-aprile-2022-est.-Multari-xxx-ASGI-avv.-Paggi-c.-Regione-Veneto-avv.ti-Botteon-e-Mio-e-USSL-6-Euganea-avv.ti-Trivellin-e-Parnigotto.pdf>.

⁵ Il paragrafo 9.1.2. della delibera del 2019, intitolato «Permesso di soggiorno per motivi familiari rilasciato a genitori ultrasessantacinquenni», riporta, quali fonti normative di riferimento gli artt. 5, comma 4, 19, 29, 29-bis del D. Lgs. n. 286/1998, modificato dal D. Lgs. n. 160/2008; la Comunicazione della Commissione delle Comunità Europee al Parlamento Europeo e al Consiglio 313 del 2 luglio 2009; l'art. 19 Circolare del Ministero dell'Interno 17 febbraio 2009; la Nota del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali prot. n. DGRUERI/VI/I.3.b.a/4537 del 24 febbraio 2009 e prot. n. DGRUERI/VI/I.3.b.a./9682 del 4 maggio 2009; le Note della Regione del Veneto prot. n. 593050 del 27 ottobre 2009, n. 10107 del 10 gennaio 2014 en. 27642 del 21 gennaio 2015.

tadinanza italiana o comunitaria), nel richiedere «il ricongiungimento del genitore ultrasessantacinquenne, dopo il 5 novembre 2008, deve dimostrare la disponibilità di un'assicurazione sanitaria o di altro titolo idoneo a garantire la copertura di tutti i rischi nel territorio nazionale ovvero l'iscrizione a titolo volontario al SSN».

Dal tenore della disposizione di cui al paragrafo 9.1.2. della delibera in parola, così come redatta, potrebbe desumersi che la volontà di impedire l'iscrizione ordinaria al servizio sanitario nazionale ai genitori ultrasessantacinquenni di cittadini italiani discenda, per l'appunto, da una valutazione della Commissione europea.

La natura fuorviante della disposizione regionale, a ben vedere, è confermata proprio dalla citata Comunicazione della Commissione, la quale si impegna a fornire orientamenti per un migliore recepimento e una migliore applicazione della direttiva 2004/38/CE, senza invero fornire alcun indirizzo interpretativo relativo alla questione in esame. Nello specifico, infatti, la Comunicazione pone l'accento sulla necessità di regolamentare gli aspetti relativi ai requisiti di ingresso per soggiorni di breve e lunga durata e ai matrimoni fittizi, limitandosi, in materia sanitaria, a stabilire che «in linea di principio è ammissibile qualunque assicurazione, privata o pubblica, stipulata nello Stato membro ospitante o altrove» purché copra tutti i rischi e non crei un onere per le finanze pubbliche dello Stato membro ospitante. Inoltre, «nel tutelare le finanze pubbliche valutando l'estensione della copertura dell'assicurazione malattia» gli Stati membri sono tenuti a rispettare i limiti imposti dalla legislazione comunitaria.

Nel panorama appena tratteggiato, infine, può rilevarsi anche la responsabilità dell'azienda sanitaria locale. Secondo la Corte d'Appello di Venezia, infatti, la Ulss n. 6 Euganea, quale pubblica amministrazione competente in merito all'iscrizione al servizio sanitario nazionale, avrebbe dovuto «disapplicare la Delibera Regionale che confliggeva con la direttiva comunitaria 2004/38/CEE». In effetti, l'applicazione della delibera da parte dell'azienda sanitaria – avvenuta in violazione dell'art. 63 legge n. 833/78 che garantisce l'iscrizione al SSN «in favore di tutti i familiari a carico, conviventi con cittadini italiani e/o a carico degli stessi» – risulta idonea a creare un'oggettiva disparità di trattamento anche per il figlio – cittadino italiano – che a differenza di altri connazionali, pur corrispondendo una regolare contribuzione sanitaria per i propri genitori privi di reddito, non risulterebbe legittimato a garantire agli stessi la fruizione gratuita del servizio sanitario nazionale.

STRANIERI E REDDITO DI CITTADINANZA:
PER LA CONSULTA È RAGIONEVOLE
IL REQUISITO DEL PERMESSO DI SOGGIORNO UE
PER SOGGIORNANTI DI LUNGO PERIODO

Francesco Di Noia*

SOMMARIO: 1. Fatti di causa e decisione. – 2. La natura “ibrida” del Reddito di Cittadinanza. – 3. La (ir)ragionevolezza del requisito del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo? – 4. Una chiosa finale.

1. *Fatti di causa e decisione*

La sentenza in commento trae origine dal giudizio promosso da una cittadina nigeriana che ha impugnato il diniego della concessione del Reddito di Cittadinanza per l’assenza del requisito di cui all’art. 2, co. 1, lett. a, n. 1, d.l. 28 gennaio 2019, n. 4 (convertito in l. n. 26/2019), ovvero il «possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo».

La ricorrente, titolare di un permesso di soggiorno per “attesa occupazione”, aveva presentato domanda di Reddito di Cittadinanza in forma cartacea, poiché il sistema informatico dell’INPS non consentiva di procedere agli stranieri che non dichiarassero la titolarità del permesso di lungo periodo o della protezione internazionale e, per questo, l’Istituto aveva ritenuto inammissibile la domanda.

La cittadina straniera, con ricorso presentato *ex art. 702-bis* c.p.c., ha chiesto al Tribunale ordinario di Bergamo l’accertamento del carattere discriminatorio del comportamento dell’INPS, tramite diretta applicazione dell’art. 12 della direttiva UE 2011/98 oppure previa rimessione della questione di legittimità costituzionale sull’art. 2, co. 1, lett. a, n. 1, d.l. n. 4/2019, affinché fossero ordinate la cessazione della discriminazione e la rimozione degli effetti da essa derivanti, e l’INPS fosse condannato al pagamento del beneficio e al risarcimento del danno.

Il Tribunale di Bergamo, ritenendo non manifestamente infondata la richiesta dalla ricorrente, ha rimesso la questione alla Corte costituzionale per due profili.

* Ricercatore di Diritto del lavoro, Università di Foggia.

Innanzitutto, a suo avviso, la norma censurata, nella parte in cui esclude dalla prestazione i titolari di permesso unico di lavoro o di permessi di soggiorno di almeno un anno¹, violerebbe gli artt. 2 e 3 Cost., nonché l'art. 117, co. 1, in relazione all'art. 14 della CEDU e agli artt. 20 e 21 della Carta di Nizza, in quanto, costituendo il sussidio in esame una prestazione essenziale diretta a soddisfare bisogni primari della persona umana, qualsiasi discriminazione nella sua concessione tra cittadini e stranieri regolarmente soggiornanti sarebbe costituzionalmente illegittima.

In secondo luogo, vi sarebbe violazione dell'art. 3, co. 1, Cost., poiché, anche qualora il Reddito di Cittadinanza fosse ritenuto «prestazione estranea al nucleo dei diritti essenziali» della persona, non esisterebbe una ragionevole correlazione tra il requisito e le situazioni di bisogno per le quali la prestazione è stata prevista.

La Consulta, sulla base di quanto sostenuto in altre pronunce², ha avallato la scelta del legislatore, dichiarando infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate rispetto al criterio censurato.

Nel caso di specie, il ragionamento adottato è il seguente: il Reddito di Cittadinanza non è una semplice misura di contrasto alla povertà ma soprattutto una misura di politica attiva del lavoro e di integrazione sociale dei beneficiari³.

A questa prevalente connotazione si collegano la temporaneità della prestazione e il carattere condizionale, cioè la necessità che si accompagni a precisi impegni dei destinatari.

La Corte ha ricordato che resta compito della Repubblica, in attuazione dei principi costituzionali stabiliti negli artt. 2, 3 e 38, co. 1, Cost., garantire, apprestando le necessarie misure, il diritto di ogni individuo alla sopravvivenza dignitosa e al minimo vitale. Essa, tuttavia, non può “convertire” verso questo obiettivo una misura a cui il legislatore assegna finalità diverse, rispetto alle quali il contestato requisito del permesso di lungo periodo non risulta irragionevole.

Proprio il risultato perseguito (l'inclusione sociale e lavorativa) e la durata del beneficio (18 mesi, con possibilità di rinnovo), giustificerebbero la

¹ Di cui, rispettivamente, agli artt. 5, co. 8.1 e 41, d.lgs. n. 286/1998.

² In modo particolare in Corte cost., sentenza del 15 marzo 2019, n. 50 sull'assegno sociale, ma anche in Corte cost., sentenza del 22 gennaio 2022, n. 7 in materia di misure regionali di contrasto alla povertà.

³ Lo stesso principio è stato poi ribadito con riferimento al reddito di inclusione successivamente anche in Corte cost., sentenza del 17 febbraio 2022, n. 34.

scelta del legislatore che, nell'esercizio della sua discrezionalità, ha destinato la misura ai soli stranieri soggiornanti in Italia con permesso a tempo indeterminato.

2. *La natura "ibrida" del Reddito di Cittadinanza*

Il risultato a cui è pervenuta la Corte costituzionale fa perno sulla natura della misura (oltre che sulla sua durata) e da qui bisogna partire nell'analisi critica della pronuncia.

Il legislatore del 2019 ha attribuito numerosi obiettivi al Reddito di Cittadinanza, trattandosi di una «misura fondamentale di politica attiva del lavoro a garanzia del diritto al lavoro, di contrasto alla povertà, alla disuguaglianza e all'esclusione sociale, nonché diretta a favorire il diritto all'informazione, all'istruzione, alla formazione e alla cultura attraverso politiche volte al sostegno economico e all'inserimento sociale dei soggetti a rischio di emarginazione nella società e nel mondo del lavoro», che, peraltro, costituisce «livello essenziale delle prestazioni», seppur nei limiti delle risorse a disposizione⁴.

Pertanto, la prestazione presenta una natura ibrida: assistenziale, perché volta a perseguire un'azione di contrasto della povertà, e lavoristica (meglio, di politica attiva), in quanto diretta all'inserimento (o al reinserimento) dei beneficiari nel mercato del lavoro.

La «filosofia» alla base della prestazione si traduce nel serrato meccanismo di condizionalità ad essa sotteso. Vi è l'obbligo, infatti, per i beneficiari di sottoscrivere presso il Centro per l'Impiego un «Patto per il lavoro»⁵ e di accettare almeno una di due offerte di lavoro «congrue», pena la perdita del beneficio⁶ oppure, qualora non vi siano beneficiari convocabili dal Centro per l'Impiego e il bisogno della famiglia sia più complesso, l'obbligo, dopo una valutazione rimessa ai servizi comunali per il contrasto alla povertà, di sottoscrivere un «Patto per l'inclusione sociale»⁷.

Al di là degli ambiziosi obiettivi del Reddito di Cittadinanza, non si può tacere, tuttavia, che, se, da un lato, ha rappresentato un concreto strumento di liberazione dal bisogno di tantissime persone in difficoltà economiche, da

⁴ Art. 1, co. 1, d.l. n. 4/2019.

⁵ Art. 4, co. 7, d.l. n. 4/2019.

⁶ Artt. 4, co. 8, lett. b, numero 5 e 7, co. 5, lett. e, d.l. n. 4/2019.

⁷ Art. 4, co. 12, d.l. n. 4/2019.

un altro, non poche sono le criticità sul fronte dell'inserimento lavorativo, anche a causa della strutturale debolezza del sistema dei servizi per l'impiego, come, del resto, emerge dai periodici monitoraggi sull'intervento⁸.

Con questo, certo, non si vuole criticare la scelta compiuta dal legislatore nella disposizione di cui all'art. 1, co. 1, d.l. n. 4/2019, in quanto, nei confronti dei soggetti "occupabili", la disciplina può essere senz'altro ricondotta al sistema delle politiche attive di lavoro.

Il tema vero – come emerge anche dalla decisione in commento – è che l'onnicomprensiva definizione di cui all'art. 1 rischia di spostare l'attenzione solo sull'obiettivo di politica attiva dell'istituto; esso, però, riguarda anche persone che, per svariati motivi (anagrafici, di salute, di cura, etc.), non possono essere coinvolte in percorsi di inserimento lavorativo o di inclusione sociale e, quindi, sono esonerate dalla rigida condizionalità che il legislatore impone ai beneficiari in grado di svolgere un lavoro⁹.

Inoltre, sarebbe davvero una forzatura negare che il Reddito di Cittadinanza, anche quando riguarda soggetti tenuti all'attivazione, sia stato concepito per aggredire le situazioni di disagio economico e far fronte ai bisogni essenziali della persona.

3. *La (ir)ragionevolezza del requisito del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo?*

In questo scenario, uno dei requisiti più "discussi" per l'accesso al Reddito di Cittadinanza è stato proprio quello del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo¹⁰, che, unitamente a quello della residenza minima decennale nel territorio italiano, di cui gli ultimi due consecutivi (richiesto anche per i cittadini italiani), finisce, di fatto, per escludere dal beneficio una larga fetta della popolazione ad alto rischio di marginalità sociale.

Il permesso per c.d. "lungosoggiornanti" si può ottenere dopo un soggiorno legale e ininterrotto di cinque anni nel territorio nazionale, previa dimostrazione da parte del richiedente della disponibilità di risorse stabili e regolari in misura sufficiente da non gravare sul sistema nazionale di assistenza sociale e, qualora la richiesta riguardi anche i familiari, di un reddito suffi-

⁸ Consultabili al seguente *link* <https://www.inps.it/dati-ricerche-e-bilanci/osservatori-statistici-e-altre-statistiche/dati-cartacei-rdc>.

⁹ Artt. 1, co. 2 e 4, co. 2, 3 e 6, d.l. n. 4/2019.

¹⁰ Artt. 9 e 9-bis, d.lgs. n. 286/1998.

ciente e di un alloggio idoneo. Il permesso è a tempo indeterminato, consente di usufruire delle prestazioni sociali e può essere revocato solo in casi specifici, tra cui non è contemplata la mancata capacità reddituale.

Già all'indomani dell'introduzione del Reddito di Cittadinanza, però, si è fatto notare come tale requisito apparisse discriminatorio nei confronti di un gran numero di cittadini stranieri regolarmente residenti a vario titolo in Italia che, in base a diverse fonti sovranazionali¹¹, hanno, invece, diritto alla parità di trattamento con i cittadini italiani nell'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale. È questo un principio di carattere generale sancito anche nel T.U. Immigrazione: «gli stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno [...] sono equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale»¹².

È evidente, quindi, che la previsione del requisito del permesso per “lungosoggiornanti” configuri una discriminazione nei confronti, ad esempio, dei titolari del permesso unico soggiorno-lavoro, disciplinato dalla direttiva 2011/98/UE, attuata in Italia dal d.lgs n. 40/2014. L'art. 12, par. 1, lett. e, di tale direttiva – su cui si è soffermata più di recente la stessa Corte costituzionale in una pronuncia in materia di assegni per il nucleo familiare¹³ – dispone la parità di trattamento tra cittadini di Paesi terzi ammessi in uno Stato membro per motivi di lavoro subordinato (o per altri motivi che consentono anche di svolgere tale lavoro) e i cittadini dello Stato ospitante con riferimento ai «settori della sicurezza sociale» di cui al regolamento (CE) n. 883/2004, salvo alcune limitazioni.

Ed è proprio invocando tale disposizione, unitamente ad altre internazionali quali parametri interposti ai sensi dell'art. 117, co. 1, Cost., che il Tribunale di Bergamo ha sollevato dubbi di legittimità sul requisito del permesso UE per soggiornanti di lungo periodo nei termini sopra descritti.

Il Giudice delle leggi, però, richiamando la propria giurisprudenza sulla legittimità del requisito del possesso della carta di soggiorno per beneficiare di determinate provvidenze, ai sensi dell'art. 80, co. 19, l. n. 388/2000, ha ricordato che ciò che assume valore dirimente ai fini dell'integrazione di un comportamento discriminatorio è accertare se, alla luce della configurazione normativa e della funzione sociale che è chiamato a svolgere nel sistema, l'istituto di volta in volta esaminato integri o meno un rimedio destinato a

¹¹ Art. 14, CEDU, artt. 20 e 21 della Carta di Nizza, etc.

¹² Art. 41, d.lgs. n. 286/1998.

¹³ Corte cost., sentenza dell'11 marzo 2022, n. 67.

consentire il concreto soddisfacimento dei “bisogni primari” inerenti alla stessa sfera di tutela della persona umana, che è compito della Repubblica promuovere e salvaguardare.

Di conseguenza, qualora ci si trovi dinnanzi a una «provvidenza destinata a far fronte al “sostentamento” della persona, qualsiasi discriminazione tra cittadini e stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato, fondato sui requisiti diversi dalle condizioni soggettive, finirebbe per risultare in contrasto con il principio sancito dall’art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo»¹⁴.

Ma per la Corte non è questo il caso del Reddito di Cittadinanza, la cui connotazione “lavoristica” consente di escluderlo dalle misure dirette a far fronte ai bisogni primari della persona e legittima le scelte compiute dal legislatore rispetto alla previsione di determinati requisiti in capo ai cittadini stranieri.

Su questo punto, però, non si può tacere l’evidente forzatura argomentativa dei giudici costituzionali. Il fatto che il Reddito di Cittadinanza sia stato concepito anche come misura di politica attiva del lavoro non può offuscare il suo obiettivo di misura di contrasto alla povertà. La misura, come già ricordato, si concretizza in ogni caso in un’integrazione reddituale diretta a soddisfare i «bisogni primari e vitali» degli individui che, quando siano “occupabili”, sono altresì tenuti ad attivarsi in vista del loro inserimento lavorativo. La parte lavoristica della misura, quindi, a discapito dell’enfasi di cui è stata oggetto, e al di là delle criticità di cui si è sopra accennato, è un *quid pluris* rispetto alla funzione primaria dell’assicurazione del minimo vitale a chi versi in condizioni di disagio economico.

La Corte, infine, ha ritenuto legittimo il requisito del permesso per “lungosoggiornanti” anche in riferimento all’art. 3, co. 1, Cost. Gli obiettivi dell’intervento, infatti, implicano una complessa operazione di inclusione sociale e lavorativa che per la Corte il legislatore, nell’esercizio della sua discrezionalità, ha destinato in maniera ragionevole agli stranieri soggiornanti in Italia a tempo indeterminato.

4. *Una chiosa finale*

Le argomentazioni utilizzate dalla Corte Costituzionale a sostegno della sua decisione, unitamente all’analisi attenta della sua stessa giurisprudenza,

¹⁴ La citazione è tratta da Corte cost., sentenza del 28 maggio 2010, n. 187 ma lo stesso principio è affermato anche in Corte cost., sentenza dell’8 novembre 2011, n. 329 e Corte cost., sentenza del 15 marzo 2019, n. 50.

sollecitano riflessioni che, nell'economia del presente commento, si possono sintetizzare con la seguente "provocazione": il Giudice delle leggi sarebbe pervenuto alle medesime conclusioni se la questione di costituzionalità del criterio censurato fosse stata posta con riferimento a quelle particolari situazioni in cui il legislatore del 2019 esonera i beneficiari dagli obblighi di attivazione, come per la Pensione di Cittadinanza? In questo caso si tratta di una prestazione erogata a tutti i componenti del nucleo familiare che abbiano età pari o superiore a 67 anni (oppure se nel nucleo familiare siano presenti anche persone di età inferiore a 67 anni) in condizione di disabilità grave o non autosufficienza¹⁵.

I beneficiari della Pensione di Cittadinanza sono esonerati dagli obblighi di attivazione¹⁶ e, per questo, la misura ben può essere ricondotta tra quelle dirette in via esclusiva all'assicurazione del minimo vitale. Ebbene, con riferimento a questa prestazione, le argomentazioni impiegate dai giudici costituzionali per "salvare" il requisito del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo sarebbero inutilizzabili.

Una conferma a tale conclusione perviene dallo stesso Giudice delle leggi che, sempre in tema di Reddito di Cittadinanza¹⁷, ha ritenuto ragionevole la sospensione del beneficio nei casi in cui il percettore sia colpito da una misura cautelare¹⁸, proprio perché quest'ultima limiterebbe o ostacolerebbe l'obiettivo dell'inserimento lavorativo sotteso all'istituto. La sospensione, però, non interviene allorché il beneficiario percepisca la Pensione di Cittadinanza: in questo caso, infatti, la Corte ritiene si tratti di «una misura di mero contrasto alla povertà delle persone anziane», come tale diretta a far fronte a un particolare stato di bisogno derivante dall'indigenza e scollegata da qualsiasi onere di attivazione.

Tale precisazione induce a pensare che, qualora la questione di legittimità fosse riproposta da soggetti esonerati dal coinvolgimento nei percorsi di inserimento lavorativo – ultrasessantacinquenni/ultrasessantasettenni, disabili, persone con obblighi di cura verso figli minori di 3 anni o non autosufficienti, etc. – la Corte, sulla scorta delle sue precedenti pronunce, "dovrebbe" (il condizionale è d'obbligo!) dichiarare l'illegittimità del requisito censurato.

¹⁵ Art. 1, co. 2, d.l. n. 4/2019.

¹⁶ Art. 4, co. 2, d.l. n. 4/2019.

¹⁷ Corte cost., sentenza del 21 giugno 2021, n. 126.

¹⁸ Art. 7-ter, d.l. n. 4/2019.

LEGITTIMO AFFIDAMENTO E DIVIETO DI DISCRIMINAZIONI: SUI CRITERI DI ACCESSO AL FONDO LIGURE PER LE DISABILITÀ

Lucia Busatta*

SOMMARIO: 1. La sentenza del Tribunale di Milano e il fondo ligure per le non autosufficienze. – 2. I molteplici livelli di lettura della pronuncia. – 3. Stranieri e accesso alle prestazioni sociali: tra nucleo irriducibile del diritto e canone di ragionevolezza. – 4. Sull'esito della pronuncia e la natura della discriminazione accertata.

1. *La sentenza del Tribunale di Milano e il fondo ligure per le non autosufficienze*

Nell'ambito di un'azione civile contro la discriminazione¹, il Tribunale di Milano ha accolto in parte il ricorso presentato da APN – Avvocati per niente Onlus e da A.S.G.I. contro la Regione Liguria, in riferimento all'accesso ad una misura economica regionale finanziata attraverso le Risorse del Fondo Nazionale per le non autosufficienze. In particolare, con la Delibera regionale n. 1106/2006, la Liguria aveva istituito una misura economica accrescitiva dell'indennità di accompagnamento di euro 350,00 mensili, con lo scopo di facilitare il mantenimento a domicilio delle persone non autosufficienti.

Le associazioni ricorrenti lamentavano la condotta della Regione, da loro ritenuta discriminatoria, consistente nell'aver previsto tra i requisiti per l'accesso a tale sussidio la titolarità del permesso UE per soggiornanti di lungo periodo o, comunque, di aver dato indicazione di tale requisito, agli enti pubblici deputati a raccogliere le domande.

Con ordinanza del 1° dicembre 2021, il Tribunale di Milano ha accertato, anzitutto, il fatto che nelle more del tentativo di conciliazione, la Regione si sia attivata per rimuovere la richiesta del requisito del permesso per lungo soggiornanti dai moduli e dai siti di alcuni Comuni, impegnandosi altresì a riesaminare le domande respinte per assenza di tale titolo di soggiorno. Sotto

* Ricercatrice t.d. di tipo b) di diritto costituzionale, Università di Trento.

¹ Si tratta dell'azione prevista dall'art. 28 D.lgs 150/2011 e dall'art. 44 TU Immigrazione. Per un approfondimento cfr. M. BARBERA, *Principio di eguaglianza e divieto di discriminazioni*, in M. BARBERA-A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Torino, 2019, pp. 48 ss.

questo profilo viene, pertanto, dichiarata la cessazione della materia del contendere.

D'altro canto, la giudice milanese non può far a meno di rilevare come la Regione abbia comunque adottato una condotta discriminatoria, non avendo successivamente provveduto alla riapertura dei termini, per consentire la presentazione della domanda a chi, sprovvisto del permesso di lungo soggiorno, non avesse fatto richiesta in passato. Tale profilo costituisce, nello specifico, una condotta discriminatoria, a danno di quelle persone che, confidando nella correttezza dell'azione della pubblica amministrazione, hanno rinunciato all'istanza, in confronto a coloro che – pur in posizione analoga – hanno presentato la richiesta, ricevendo poi un diniego.

Viene quindi ordinato alla Regione resistente di riaprire i termini per un periodo di almeno tre mesi e di assicurare l'effettiva conoscibilità di tale possibilità attraverso la pubblicazione dell'ordinanza del Tribunale e dei successivi adempimenti sul sito istituzionale della Regione e sui siti dei Comuni e delle aziende sanitarie locali.

2. I molteplici livelli di lettura della pronuncia

La sentenza in commento presenta alcuni elementi di interesse non soltanto perché mette finalmente termine ad un comportamento evidentemente discriminatorio, perpetuato per parecchi anni², ma anche per l'esito della pronuncia, che pone in luce una dimensione ulteriore, tutt'altro secondaria, del principio di non discriminazione. Questa consiste nel riconoscere l'estensione del divieto di comportamenti pregiudizievoli oltretutto nella necessaria tutela delle situazioni di fragilità, anche in quella del legittimo affidamento che la persona ripone nella correttezza del comportamento della pubblica amministrazione. A ben vedere, in effetti, la caratteristica peculiare dell'ordinanza del Tribunale di Milano qui in commento è da individuarsi in una serie duplici profili di interesse che, ad una lettura attenta della pronuncia, si presentano come le due facce di una stessa medaglia.

La discriminazione lamentata nel ricorso, infatti, colpisce una categoria di persone vulnerabili sotto almeno due profili, quello della disabilità, che

² Si vedano i comunicati stampa ASGI, *Regione Liguria condannata dal Tribunale di Milano: per 10 anni diritti negati agli stranieri con disabilità*, del 20.12.2021; *Fondo non autosufficiente: la Regione Liguria riapre i termini per la presentazione delle domande dopo la condanna in Tribunale*, del 26.01.2022, tutti disponibili sul portale Asgi.

costituisce la ragione fondativa del beneficio economico *de quo*, e quello della mancanza della tipologia del titolo di soggiorno richiesto dalla norma: in altre parole, l'essere stranieri non "sufficientemente" qualificati.

Un secondo elemento riguarda l'esito del ricorso: dichiarata cessata la materia del contendere rispetto alla domanda principale, il Tribunale condanna comunque la Regione Liguria per una discriminazione "secondaria". È proprio in questa ulteriore discriminazione individuata dalla giudice milanese che si cela il terzo elemento dicotomico di questa sentenza: la condotta discriminatoria non sta (più) in una arbitraria distinzione tra stranieri lungo soggiornanti e stranieri con altro titolo di soggiorno, ma si innesta nella necessaria (e generale) tutela del principio del legittimo affidamento, nei confronti di coloro che, consapevoli di non avere i requisiti per richiedere la prestazione regionale, avevano rinunciato a presentare la relativa istanza.

3. *Stranieri e accesso alle prestazioni sociali: tra nucleo irriducibile del diritto e canone di ragionevolezza*

Circa il primo profilo, ossia quello della duplice vulnerabilità dei destinatari della discriminazione, ben poco ci sarebbe da dire. Da tempo, infatti, la giurisprudenza della Corte costituzionale è granitica non solo nel ritenere manifestamente irragionevole l'esclusione degli stranieri da prestazioni sociali che contribuiscono a soddisfare bisogni primari della persona, ma ha anche censurato la distinzione tra categorie di stranieri in base al titolo di soggiorno, se ciò va a detrimento di coloro che ne hanno più bisogno³. Come si ricorderà, infatti, già a partire dalla sentenza n. 432 del 2005, la Corte ha ricollegato al principio di ragionevolezza – con riferimento all'esclusione degli stranieri da una provvidenza regionale – l'illegittimità di «elementi di distinzione del tutto arbitrari», che fanno venir meno la «correlabilità tra quella condizione positiva di ammissibilità al beneficio» e gli altri requisiti che «ne definiscono la *ratio* e la funzione»⁴.

³ Per i principali riferimenti cfr. F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, Torino, 2013; W. CHIAROMONTE-A. GUARISO, *Discriminazione e Welfare*, in M. BARBERA-A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Torino, 2019, p. 363; A. BARACCHI-A. GUARISO, *Cittadini extra UE e accesso alle prestazioni di assistenza e sicurezza sociale*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione asilo e cittadinanza*, Rimini, 2019, p. 463.

⁴ Corte Cost., sentenza del 28 novembre 2005, n. 432, punto 5.1. In commento alla sen-

Successivamente, proprio con specifico riferimento all'esclusione degli stranieri privi del titolo di soggiorno di lungo periodo, la Corte costituzionale ha avuto modo di precisare ulteriormente la propria posizione, sottolineando come sia certamente consentito al legislatore dettare norme che subordinino l'accesso alle prestazioni sociali «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»; ciò è però possibile a condizione che la prestazione in questione non sia volta a porre rimedio a gravi situazioni di urgenza e purché non si discrimini tra categorie di stranieri, stabilendo «particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali»⁵. Proprio questa pronuncia, inerente ai criteri per l'attribuzione dell'indennità di accompagnamento, rappresenta la base su cui è andata definendosi tutta la giurisprudenza costituzionale successiva, richiamata anche nell'ordinanza qui in commento.

Pur non potendo ripercorrere tutte le più significative tappe dell'evoluzione del sindacato di legittimità riguardante la definizione dei criteri per l'accesso alle prestazioni sociali⁶, basti qui rammentare come la Corte sia andata negli anni costruendo un metodo di giudizio “a più livelli”, in base al quale non sono tollerate differenziazioni nell'accesso alle prestazioni che rientrino nel «nucleo irriducibile» o «essenziale» di un diritto fondamentale⁷.

tenza cfr. M. CUNIBERTI, *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2006, pp. 510 ss.; M. GNES, *Il diritto degli stranieri extracomunitari alla non irragionevole discriminazione in materia di agevolazioni sociali*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 6/2005, pp. 4681 ss.; F. RIMOLI, *Cittadinanza, eguaglianza e diritti sociali: qui passa lo straniero*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 6/2005, pp. 4657 ss.

⁵ Corte Cost., sentenza del 29 luglio 2008, n. 306, punto 10 del considerato in diritto. In commento alla sentenza v. A.M. BATTISTI, *Rilevanza del reddito e adeguatezza della prestazione assistenziale per i cittadini e gli stranieri extracomunitari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4, 2008, p. 3338.

⁶ Sui quali, però la letteratura è assai ricca. Vedasi, *inter multis*, E. ROSSI-F. BIONDI DAL MONTE, *Diritto e migrazioni*, Bologna, 2022; C. PANZERA, *Immigrazione e diritti nello Stato regionale. Spunti di riflessione*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2018, p. 141; P. MASALA, *L'inclusione sociale degli immigrati e i limiti alle politiche di esclusione: indicazioni dalla giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2022, p. 12.

⁷ Cfr. per tutte, sul diritto alla salute, che la Corte Cost., sent. 5 luglio 2001, n. 252, ha confermato essere esteso, almeno nel suo nucleo irriducibile, anche agli stranieri irregolarmente presenti sul territorio dello Stato. Su questi profili R. CHERCHI, *La condizione giuridica dello straniero irregolarmente soggiornante tra legge e diritti della persona*, in *Costituzionalismo.it*, n.

Di conseguenza, le prestazioni che rientrano in tale nucleo devono essere riconosciute a tutti e, per quanto concerne gli stranieri, indipendentemente dalla regolarità della loro permanenza sul territorio dello Stato.

Al di là del nucleo irriducibile, vi sono casi nei quali la Corte riconduce una prestazione alla soddisfazione di un bisogno primario della persona e – come si è visto – in questo caso tende a ritenere arbitrarie le distinzioni tra stranieri basate sulla tipologia del titolo di soggiorno, che prescindano dalla ragionevole necessità di dimostrare il carattere non episodico della permanenza nello Stato. Infine, la Corte si dimostra più flessibile nel riconoscere la legittimità di alcune misure che fanno dipendere l'accesso ad una prestazione sociale anche dal soddisfacimento di un requisito di permanenza prolungata, se esse non integrano un bisogno primario⁸. Non sempre, però, queste misure superano il vaglio di ragionevolezza operato dal giudice delle leggi. In alcune occasioni, per esempio, il giudice costituzionale ha censurato il requisito della c.d. «residenza qualificata», poiché – in estrema sintesi – non è possibile dare per presupposto che un periodo di residenza più o meno prolungato su un dato territorio rilevi in alcun modo sullo stato di bisogno che la provvidenza in questione mira a soddisfare⁹.

Tali approdi della giurisprudenza costituzionale si rafforzano ulteriormente alla luce della posizione della Corte in tema di diritti per le disabilità. In quest'ambito, il giudice delle leggi si è spinto sino a sostenere la prevalenza sui vincoli di bilancio della necessità di garantire l'accesso a prestazioni sociali che costituiscono una componente essenziale della garanzia di effettività del nucleo indefettibile di un diritto fondamentale¹⁰.

2/2013; G. VOSA, «Cure essenziali». *Sul diritto alla salute dello straniero irregolare: dall'auto-determinazione della persona al policentrismo decisionale*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2016, p. 721.

⁸ V. da ultimo Corte Cost., sent. n. 19/2022 sul reddito di cittadinanza, in commento alla quale M. ROMA, *La Corte costituzionale su reddito di cittadinanza e reddito di inclusione. Bisogni primari degli individui e limite delle risorse disponibili*, in *Consulta Online*, n. 2/2022, p. 731.

⁹ Sulla residenza qualificata per l'accesso ai benefici sociali la giurisprudenza costituzionale è ormai assai fitta. Si vedano, in particolare, Corte cost., sentenza del 7 febbraio 2011, n. 40, sentenza del 16 luglio 2013, n. 222, sentenza del 20 giugno 2018, n. 166, e da ultimo, sentenza del 28 gennaio 2020, n. 44. Sui profili relativi alla residenza qualificata quale vincolo per l'accesso alle prestazioni sanitarie cfr. F. CORVAJA, *Cittadinanza e residenza qualificata nell'accesso al welfare regionale*, in *Le Regioni*, n. 6/2011, p. 1257; F. CORVAJA, *Finale di partita. L'incostituzionalità dei requisiti di lungo-residenza previsti dalle leggi regionali quali condizioni di accesso alle prestazioni sociali*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 6/2020, p. 431.

¹⁰ Ad es., Corte Cost., sentenza del 16 dicembre 2016. n. 275, relativa al trasporto scola-

Da sole, queste pronunce, che rappresentano posizioni ormai consolidate della giurisprudenza costituzionale, indicano l'illegittimità della condotta dell'amministrazione ligure, che, in maniera assolutamente arbitraria, escludeva dalla misura economica regionale integrativa dell'assegno di accompagnamento alcune categorie di persone straniere le quali, nella maggior parte dei casi, proprio a motivo della loro invalidità, non potrebbero nemmeno maturare i requisiti per il permesso di lungo periodo¹¹.

4. *Sull'esito della pronuncia e la natura della discriminazione accertata*

Il secondo elemento di interesse della pronuncia in commento riguarda il suo esito: la cessazione della materia del contendere quanto all'accertamento della condotta discriminatoria principale lamentata dai ricorrenti, che trova ragione nel fatto che non vi sarebbe stata nessuna esplicita o deliberata esclusione degli stranieri privi del permesso per lungo soggiornanti dalla quota integrativa dell'indennità di accompagnamento¹². In base alla tesi difensiva della Regione, insomma, il tutto sarebbe frutto di un grosso equivoco. Effettivamente, da quanto si evince dal testo stesso dell'ordinanza, perfino i ricorrenti ammettono che non vi è modo di risalire alla fonte da cui le singole amministrazioni liguri (ASL e Comuni) «abbiano tratto il convincimento che la prestazione in esame sia riservata ai soli lungo soggiornanti»¹³.

Da questo punto di vista, dunque, una volta appurato l'errore e accertato l'intervento della Regione per rimuovere la discriminazione dai moduli per la

stico per gli alunni con disabilità. In commento alla sentenza v. F. BLANDO, *Soggetti disabili e istruzione: la lotta per il diritto*, in *Federalismi.it*, n. 10/2017.

¹¹ Come già rilevato a partire dalla citata sentenza della Corte Cost., sent. n. 306/2008.

¹² La giurisprudenza relativa alle disposizioni regionali concernenti l'accesso alle prestazioni sociali per gli stranieri ha offerto negli anni ricco materiale per la riflessione giuridica, tanto dal punto di vista del diritto antidiscriminatorio e della legittimità dei criteri individuati per l'accesso alle prestazioni, quanto sotto il profilo dell'complesso articolarsi dei rapporti tra Stato e Regioni. Per alcuni spunti a riguardo cfr. L. RONCHETTI, *I diritti di cittadinanza degli immigrati e il ruolo delle Regioni*, in C. CORSI, *Diritti sociali e immigrazione nel contraddittorio tra Stato, Regioni e Corte costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2012, p. 43; L. RONCHETTI (a cura di), *I diritti di cittadinanza degli immigrati. Il ruolo delle Regioni*, Milano, 2012, p. 29; L. BUSCEMA, *La dimensione regionale della gestione dei fenomeni migratori*, in *Diritti Regionali*, n. 3/2019; M. ROSINI, M. TOMASI, *La legge regionale tra integrazione dei cittadini stranieri e "frantumazione" dei diritti sociali*, in *Diritti Regionali*, n. 1/2020, p. 419.

¹³ Si veda quanto riportato a pagina 3 della pronuncia in commento.

richiesta della misura economica, al Tribunale di Milano non resta che dichiarare la cessazione della materia del contendere.

Viene però individuato un ulteriore *punctum dolens* nella posizione regionale, segnatamente nella mancata riapertura dei termini per consentire a tutti i potenziali interessati di presentare la domanda, che non servirebbe a rimediare all'ormai rimossa discriminazione. La Regione ritiene infatti sufficiente impegnarsi a rivalutare le domande di coloro che avevano ricevuto un diniego, mentre sarebbe da considerarsi come un'acquiescenza la mancata presentazione della domanda nei termini originari. Il Tribunale dissente e rileva, in modo assolutamente condivisibile, il carattere discriminatorio di questa seconda condotta, ordinando alla Regione di riaprire i termini per consentire la presentazione delle domande a chi in precedenza fosse rimasto escluso.

5. *Divieto di discriminazione e legittimo affidamento*

Questo ci porta a ragionare sul terzo profilo di interesse di questa pronuncia, ossia la qualificazione della condotta discriminatoria, individuata non più (o non soltanto) nella discriminazione a danno degli stranieri che, pur soddisfacendo i requisiti di invalidità previsti dalla normativa regionale, non avevano un titolo di soggiorno idoneo a ricevere il contributo. Il motivo della condanna della Regione deriva, ovviamente, da questo primario motivo di discriminazione, ma si innesta in un principio generale che guida i rapporti tra cittadino (*rectius*, persona) e pubblica amministrazione, ossia il principio del legittimo affidamento. Nelle parole del Tribunale di Milano: «non può quindi essere interpretato acquiescente l'atteggiamento del cittadino il quale – confidando nella correttezza dell'azione della PA – non presenti la domanda poiché sprovvisto di un requisito che la stessa PA (illegittimamente) gli richiede» (p. 5).

È proprio questo, a parere di chi scrive, il punto di maggiore originalità dell'ordinanza in commento. La condanna della Regione alla riapertura dei termini non costituisce la conseguenza dell'accertata condotta discriminatoria tenuta dalla Regione. Del resto, non avrebbe nemmeno potuto esserlo, stante la declaratoria della cessazione della materia del contendere, in virtù della quale – come è ovvio – non può esserci condanna alcuna.

Al fine di ristabilire una piena ed effettiva eguaglianza tra le posizioni soggettive toccate dalla pregressa, e poi rimossa, condotta discriminatoria regionale, il Tribunale di Milano opta per qualificare come discriminatoria la

scelta stessa di non riaprire i termini. Il comportamento pregiudizievole individuato dalla giudice milanese consiste, come si è anticipato in introduzione, in una duplice discriminazione, rivolta a coloro che, pur avendo i requisiti, erano rimasti esclusi dalla provvidenza regionale e si erano “fidati” della legittimità dei requisiti posti dalla P.A.

In quest’occasione, la protezione che il Tribunale riconosce riguarda la posizione di coloro che, rinunciando a una dialettica oppositiva nei confronti dell’amministrazione erano rimasti esclusi dalla prestazione alla quale sono successivamente risultati titolati. Ciò ha l’effetto di ottenere il risultato utile cui le associazioni ricorrenti miravano, ossia consentire la piena rimozione degli effetti pregiudizievoli dell’iniziale condotta discriminatoria¹⁴.

¹⁴ Le esigenze di sintesi del presente scritto non consentono di approfondire ulteriormente i punti di contatto e le divergenze tra giurisdizione del giudice ordinario e del giudice amministrativo in relazione alla tutela effettiva dei diritti sociali, argomento al quale si rimanda, per ulteriori approfondimenti, a C. ACOCELLA, *Riflessioni in tema di accesso alla tutela giurisdizionale dei diritti sociali*, in B. GILIBERTI, *Il diritto di azione nel processo amministrativo*, Napoli, 2020, p. 195; G. SERRA, *Legittimo affidamento del privato nei confronti della p.a. e riparto di giurisdizione: “la storia infinita”*, in *Federalismi.it*, n. 17/2021, p. 192.

L'accesso al lavoro

IL D.L. 73/2022 SUL RILASCIO DEL NULLA OSTA AL LAVORO: UN'OPPORTUNITÀ NON PRIVA DI RISCHI

Claudio de Martino*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'ambito soggettivo di applicazione. – 3. La nuova procedura semplificata. – 4. La regolarizzazione *di fatto* dei lavoratori già presenti in Italia al 1° maggio 2022. – 5. Alcune criticità: il rischio di *boomerang* per gli stranieri. – 6. La semplificazione nella verifica dell'osservanza del contratto collettivo e della congruità delle richieste.

1. *Introduzione*

L'inizio della stagione estiva è coinciso con l'entrata in vigore del d.l. 21 giugno 2022, n. 73¹, recante, agli artt. 42, 43, 44 e 45, misure per la semplificazione delle procedure di rilascio del nulla osta al lavoro e delle verifiche di cui all'art. 30 bis dpr 394/1999 (decreto attuativo del Testo unico sull'immigrazione, d'ora in poi TUI).

La coincidenza tra l'inizio dell'estate e l'introduzione di misure di semplificazione delle procedure di accesso al lavoro dei cittadini stranieri non appare casuale, visto che appena un mese prima dell'entrata in vigore del decreto, il Ministro del Turismo Garavaglia aveva ventilato a mezzo stampa² l'ipotesi di un nuovo decreto flussi in considerazione della denunciata difficoltà di reperire manodopera nel settore turistico.

In attesa dell'annunciato decreto flussi 2022³, l'opzione prescelta è stata

* Assegnista di ricerca, Università di Firenze.

¹ Il decreto è stato convertito in l. 4 agosto 2022, n. 122, senza modificazioni con riferimento agli articoli in commento.

² Cfr. R. AMATO, *Garavaglia: "Per salvare l'estate del turismo aumentiamo i flussi di lavoratori stranieri"*, in https://www.repubblica.it/cronaca/2022/05/11/news/turismo_lavoratori_stranieri-349001725.

³ Il d.l. 73/2022 preannuncia un nuovo decreto flussi, chiarendo, all'art. 42, comma 7, ed all'art. 44, comma 1, che le modalità di rilascio del nulla osta semplificato e le asseverazioni a cura dei professionisti sono applicabili anche per il decreto flussi 2022. Tale decreto è stato effettivamente emanato solo a fine anno (DPCM 29 dicembre 2022) pur essendo rubricato "Programmazione transitoria dei flussi d'ingresso dei lavoratori non comunitari nel territorio dello Stato per l'anno 2022".

quella di predisporre un armamentario giuridico nuovo che consenta ai datori di lavoro di assumere rapidamente i cittadini extra-comunitari, senza attendere l'esito delle ordinarie verifiche circa l'insussistenza di motivi ostativi, richieste dal TUI per il rilascio del permesso di soggiorno.

Il presente contributo intende esaminare gli aspetti del d.l. 73/2022 che incidono in misura più significativa sul vigente assetto regolativo in materia giuslavoristica⁴.

2. *L'ambito soggettivo di applicazione*

Preliminarmente, va chiarito l'ambito soggettivo di applicazione.

I destinatari delle nuove procedure sono individuati, *ex art.* 42 comma 1, negli stranieri per i quali sono state presentate le domande nell'ambito del "decreto flussi" 2021 (di cui al DPCM del 21 dicembre 2021) e che rientrino nei limiti quantitativi previsti.

Sono esclusi quanti siano destinatari di un provvedimento di espulsione, siano segnalati ai fini della non ammissione nel territorio dello Stato, siano condannati o abbiano patteggiato una pena per taluni gravi reati o, infine, siano considerati una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato.

L'esclusione dalla procedura semplificata degli stranieri raggiunti da un provvedimento di espulsione suscita qualche perplessità, soprattutto perché il comma 7 dell'art. 42 – come si vedrà meglio in seguito – consente di ottenere il nulla osta anche a stranieri irregolarmente presenti sul territorio. Sebbene tale previsione sia in linea con quanto già previsto dall'art. 4, comma 6, TUI (che nega la possibilità di rientrare in Italia agli stranieri espulsi, salvo che non siano muniti di una speciale autorizzazione), una tale esclusione appare poco ragionevole: spesso è solo la casualità a distinguere lo straniero irregolare sottoposto a un provvedimento di espulsione da colui che, pur essendo egualmente irregolare, non sia mai stato intercettato dai controlli delle pubbliche autorità.

⁴ Per una panoramica sulla regolamentazione dell'ingresso in Italia per motivi di lavoro, cfr. M. MC BRITTON, *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. Una prospettiva giuslavoristica*, Bari, 2017; F. MARTELLONI, *I migranti nel mercato del lavoro tra clandestinizzazione e sfruttamento*, in F. CURI, F. MARTELLONI, A. SBRACCIA, E. VALENTINI, *I migranti sui sentieri del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistici*, Torino, 2020, pp. 70-86; A. DI MURO, L. DI MURO, *Il diritto dell'immigrazione*, Torino, 2021, pp. 45-54.

3. *La nuova procedura semplificata*

Passando alla procedura, va anzitutto osservato che le tempistiche previste dal d.l. 73/2022 sono sensibilmente ridotte rispetto a quelle ordinarie: entro 30 giorni dall'entrata in vigore del decreto medesimo – e quindi non oltre il 22 luglio 2022 – i datori di lavoro hanno diritto a ricevere il nulla osta; il visto d'ingresso in Italia, invece, dovrà essere concesso dalle rappresentanze diplomatiche o consolari nei Paesi di origine entro i 20 giorni dalla domanda del cittadino straniero⁵.

Il nulla osta viene quindi rilasciato ancor prima di acquisire le informazioni relative agli elementi ostativi, tra cui la preventiva verifica della indisponibilità di un lavoratore presente sul territorio nazionale per lo svolgimento delle attività da affidare al dipendente straniero e l'idonea sistemazione alloggiativa da garantire al lavoratore extracomunitario.

Lo straniero, quindi, potrà subito iniziare a lavorare; qualora poi venissero accertati i predetti elementi ostativi, il nulla osta sarà revocato.

Per i lavoratori stagionali, invece, il rilascio del nulla osta segue le consuete regole di cui all'art. 24, co. 6, TUI: qualora lo Sportello unico per l'immigrazione (d'ora in poi S.U.I.), decorsi 20 giorni dalla ricezione della domanda del datore di lavoro, non comunichi il diniego, la richiesta si intende accolta, a condizione che: a) la richiesta riguardi uno straniero già autorizzato almeno una volta nei cinque anni precedenti a prestare lavoro stagionale presso lo stesso datore di lavoro richiedente; b) il lavoratore sia stato regolarmente assunto dal datore di lavoro e abbia rispettato le condizioni indicate nel precedente permesso di soggiorno.

La riduzione dei termini è certamente compatibile con l'immediato avviamento al lavoro per chi è già presente sul nostro territorio, ma lo stesso non può dirsi per chi invece risiede all'estero, a dimostrazione che la semplificazione procedurale sia stata pensata proprio per chi già risiede in Italia.

Va da sé che l'accelerazione delle procedure di rilascio del nulla osta comporterà necessariamente un aggravio per gli uffici del S.U.I. Ed è per questo che l'art. 45 prevede un rafforzamento del personale addetto al disbrigo di queste pratiche ed autorizza il Ministero dell'Interno ad avvalersi,

⁵ L'art. 22, comma 5. TUI prevede che il S.U.I. rilasci il nulla osta nel termine massimo di 60 giorni dalla presentazione della richiesta. Il comma 8 dell'art. 25 del D.P.R. n. 334/2004 precisa, invece, che la rappresentanza diplomatica o consolare comunichi allo straniero la proposta di contratto di soggiorno per lavoro e rilasci il visto d'ingresso, comprensivo del codice fiscale, entro 30 giorni dalla data di richiesta del visto da parte dell'interessato.

all'uopo, anche di lavoratori assunti con contratti di somministrazione a tempo determinato⁶.

4. *La regolarizzazione di fatto dei lavoratori già presenti in Italia al 1° maggio 2022*

Il comma 7 dell'art. 42 consente l'immediato avvio al lavoro agli stranieri che possano provare la loro presenza in Italia entro il 1° maggio 2022 o per essere stati sottoposti a rilievi fotodattiloscopici, o in forza della dichiarazione di presenza resa ai sensi della legge 28 maggio 2007, n. 68, o di attestazioni costituite da documentazione di data certa proveniente da organismi pubblici.

Ebbene, la soluzione rinvenuta dal legislatore per consentire agli stranieri di attestare la presenza sul territorio italiano entro quella data è la medesima prevista dalla procedura di "sanatoria" di cui all'art. 103 d.l. 34/2020⁷, e non è un caso che la circolare applicativa del 24 giugno 2022⁸ del Ministero dell'Interno rinvii, per quanto concerne la documentazione idonea alla prova della presenza, proprio alle indicazioni a suo tempo diramate con circolare n. 1395 del 30 maggio 2020⁹.

Occorre però fare dei distinguo, dopo aver anche precisato che la predetta disposizione di cui all'art. 42, comma 7, a differenza della procedura acceleratoria del rilascio del nulla osta, non sarà applicabile al decreto flussi per il 2022.

La disciplina in esame, nonostante si ponga l'obiettivo – tipico delle "sanatorie" – di consentire la regolarizzazione di migranti già presenti nel nostro

⁶ Per consentire una più rapida definizione di queste procedure (oltre che delle procedure regolarizzazione di cui all'art. 103 d.l. 34/2020 ancora pendenti), l'art. 1, comma 683, l. 197/2022 ha, poi, previsto un'ulteriore deroga ai limiti di utilizzo della somministrazione a tempo determinato ed un aggiuntivo stanziamento di spesa.

⁷ Su cui si rinvia a W. CHIAROMONTE, M. D'ONGHIA, *Cronaca di una sanatoria in tempo di emergenza sanitaria: genesi, finalità e limiti*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2020, pp. 1-32.

⁸ Reperibile in: http://www.prefettura.it/FILES/AllegatiPag/1171/circularenuovenormerilascionullaosta_signed.pdf.

⁹ Reperibile in: https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/06/2020_Interno_circolare_30mag_libe_1395_emersione.pdf.

territorio *sine titulo*, realizza, però, una regolarizzazione solo *di fatto*¹⁰. Infatti, i lavoratori che potranno ottenere il nulla osta sono solo coloro per i quali sia stata presentata domanda nell'ambito del decreto flussi e che rientrino nei limiti quantitativi delle quote; chi è fuori dalle graduatorie non potrà, invece, validamente stipulare alcun contratto di lavoro. A ciò si aggiunga l'assenza di un ulteriore effetto tipico dei provvedimenti di regolarizzazione¹¹, cioè l'emersione dei rapporti di lavoro irregolari condizionata al versamento di un contributo a carico del datore di lavoro.

Dunque, la norma in esame determina un'accelerazione della procedura per la conclusione dei contratti di lavoro con soggetti che, comunque, sarebbero entrati regolarmente in Italia per motivi di lavoro, consentendo loro – ed è questa la vera novità - di evitare la *fictio* del rientro in patria e del successivo ritorno in Italia a seguito dell'ottenimento del visto.

Il decreto disvela, così, una delle più marchiane ipocrisie del TUI, che, come rilevato da più parti, induce i datori di lavoro a richiedere l'ingresso, per il tramite del sistema dei flussi, di lavoratori che, in realtà, sono già presenti sul territorio nazionale e prestano attività lavorativa senza alcuna regolarizzazione.

Da questo punto di vista, dunque, la novella sin qui commentata non può che essere salutata con favore.

5. *Alcune criticità: il rischio di boomerang per gli stranieri*

Una lettura attenta del testo normativo mostra, tuttavia, alcune criticità, che potrebbero rivelarsi un *boomerang* per i lavoratori che “emergono” da una situazione di irregolarità ai sensi del comma 7 dell'art. 42.

Il testo normativo, infatti, omette di precisare cosa potrebbe accadere

¹⁰ Il termine “regolarizzazione di fatto” è stato utilizzato da S. BRIGUGLIO, *Una regolarizzazione in tempo di pandemia: la lezione del passato*, in <https://www.asgi.it/notizie/una-regolarizzazione-in-tempo-di-pandemia-la-lezione-del-passato/> per definire il meccanismo della richiesta di autorizzazione nominativa nell'ambito dei limiti numerici fissati dal decreto di programmazione dei flussi.

¹¹ Come evidenziato da S. BRIGUGLIO, *Op. cit.*, l'imposizione del pagamento, a carico del datore di lavoro, di quanto evaso a titolo di contribuzioni previdenziali e premi assicurativi e/o di un contributo forfettario in relazione ai rapporti di lavoro irregolari o in atto è stata una caratteristica di tutti i provvedimenti di regolarizzazione fin qui emanati, con l'eccezione di quelli del 1998 (ex l. 416/1989) e del 1998 (ex DPCM 16 ottobre 1998).

qualora, nelle more della stipula del contratto di soggiorno, il contratto di lavoro cessasse anticipatamente, o il datore di lavoro, per qualsivoglia ragione, non si presentasse al S.U.I. per la stipula.

Il legame inscindibile tra la richiesta nell'ambito delle quote, il nulla osta al lavoro, il contratto di lavoro e, infine, il contratto di soggiorno, inducono a ritenere che quest'ultimo (il contratto di soggiorno) potrà essere sottoscritto solo con quel datore di lavoro che abbia presentato la domanda nell'ambito del decreto flussi, ricevuto il nulla osta al lavoro ed infine sottoscritto il contratto di lavoro.

Ne discende che qualora l'iter procedimentale non si concluda con la sottoscrizione del contratto di soggiorno e il conseguente rilascio del permesso di soggiorno, lo straniero che abbia beneficiato della possibilità di stipula anticipata del contratto di lavoro, potrebbe essere espulso. Il rischio è verosimile poiché l'art. 43, comma 6, ricollega l'estinzione dei reati e degli illeciti amministrativi concernenti l'ingresso irregolare nel territorio nazionale – evitando così l'espulsione – al rilascio del permesso di soggiorno, e quindi alla stipula del contratto di soggiorno, e non già al mero rilascio del nulla osta al lavoro.

D'altra parte, neanche il generico rinvio al TUI contenuto nel comma 5 dell'art. 42 sembrerebbe essere risolutivo. Se è vero, infatti, che l'art. 22, comma 11, TUI consente al lavoratore che perde il posto di lavoro di essere iscritto alle liste di collocamento per il periodo di residua validità del permesso di soggiorno (senza che ciò possa costituire motivo di revoca del permesso di soggiorno), è altrettanto vero che l'ipotesi delineata nel d.l. 73/2022 non parrebbe sovrapponibile a quella già disciplinata dal TUI. Il lavoratore che perdesse l'occupazione nelle more della stipula del contratto di soggiorno, infatti, non sarebbe in possesso di un permesso di soggiorno per lavoro, ma semplicemente di un nulla osta al lavoro, sicché, a legislazione vigente, non sembra vi siano spazi per la concessione di un permesso di soggiorno per attesa occupazione.

Un ulteriore aspetto critico della nuova disciplina riguarda le condizioni di lavoro a cui potranno essere assoggettati gli stranieri avviati al lavoro sulla base del solo nulla osta.

Come noto, infatti, il TUI, all'art. 22 comma 5, impone al S.U.I. di verificare il rispetto delle «prescrizioni del contratto collettivo di lavoro applicabile alla fattispecie».

Tale previsione non è richiamata nel d.l. 73/2022; di conseguenza, qualora nessuna delle parti contrattuali aderisca ad una delle organizzazioni stipulanti un CCNL, gli unici strumenti di tutela che il lavoratore potrà rivendicare

re saranno quelli della sufficienza e della proporzionalità della retribuzione (*ex art. 36 Cost.*), ma è evidente che il dato normativo potrebbe lasciare ampio margine per l'applicazione non solo di contratti collettivi sottoscritti da organizzazioni scarsamente rappresentative, ma addirittura di nessun contratto collettivo.

La circostanza appare di particolare gravità proprio in relazione al fatto che il lavoratore, se decidesse di dimettersi in ragione della gravosità delle condizioni contrattuali offerte, rischierebbe non solo di perdere la possibilità del permesso di soggiorno, ma si esporrebbe anche al rischio di espulsione.

Solo il permesso di soggiorno, infatti, come già anticipato, consente di estinguere i reati e gli illeciti amministrativi connessi all'ingresso irregolare in Italia; prima di allora, tali procedimenti sono solo sospesi *ex art. 43*, comma 3, e la sospensione cessa in ogni caso qualora il nulla osta o il visto vengano negati o revocati, ovvero qualora nei novanta giorni dall'entrata in vigore del decreto non venga rilasciato il nulla osta.

6. *La semplificazione nella verifica dell'osservanza del contratto collettivo e della congruità delle richieste*

Vi è poi un ulteriore aspetto di semplificazione, contenuto nell'art. 44, il quale, con riferimento agli ingressi di cui ai decreti flussi 2021, 2022 e 2023¹², e con esclusione delle domande relative al 2021 per le quali l'Ispettorato abbia già compiuto le relative verifiche, affida ai consulenti del lavoro ed alle organizzazioni datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ai quali il datore di lavoro aderisce o conferisce mandato, l'asseverazione dei requisiti concernenti l'osservanza delle prescrizioni del contratto collettivo di lavoro e la congruità del numero delle richieste presentate.

Tali verifiche venivano sinora effettuate dall'Ispettorato Territoriale del Lavoro, al quale invece oggi viene affidata unicamente la possibilità di compiere dei controlli a campione sull'operato dei consulenti. L'effetto di tale semplificazione sarà sicuramente quello di uno snellimento delle procedure, ma non è possibile escludere un aumento di frodi.

Di questo ne è consapevole il legislatore che si è anche preoccupato di dettare, al comma 2 dell'arti. 44, i criteri da seguire per le verifiche di con-

¹² L'estensione agli ingressi previsti dal decreto flussi per il 2023 è stata disposta dall'art. 9, comma 2, L. 29 dicembre 2022, n. 197 (c.d. Milleproroghe), non ancora convertito in legge.

gruità, poi meglio specificati nella Circolare n. 3/2022 dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro¹³ (che ha anche rilasciato un modello di asseverazione¹⁴ da utilizzare).

In caso di esito positivo delle verifiche, l'asseverazione – da conservare per almeno 5 anni – verrà poi prodotta dal datore di lavoro all'atto della richiesta di assunzione del lavoratore straniero (per il decreto flussi 2022) o della sottoscrizione del contratto di soggiorno (per le domande già presentate per il 2021).

C'è però un caso in cui si può prescindere dall'asseverazione, ovvero nel caso delle istanze presentate dalle organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale che abbiano sottoscritto con il Ministero del lavoro un apposito protocollo d'intesa con il quale si impegnano a garantire il rispetto, da parte dei propri associati, dei requisiti concernenti l'osservanza del contratto collettivo e la congruità delle richieste presentate.

Il coinvolgimento delle organizzazioni datoriali nella gestione delle domande di ingresso non è certamente una novità, anche se in altri testi normativi tali soggetti erano individuati in forme diverse. Basti pensare al TUI, che all'art. 24, consente alle «associazioni di categoria», per le attività stagionali, di presentare le richieste di autorizzazione al lavoro per conto dei loro associati. O ancora al decreto flussi approvato con DPCM del 21 dicembre 2021¹⁵, che, con l'esplicito scopo di «contrastare il fenomeno dell'impiego irregolare di lavoratori stagionali nel settore agricolo», ha riservato, per il settore agricolo, una quota di 14.000 unità ai lavoratori non comunitari, le cui istanze di nulla osta all'ingresso in Italia per lavoro stagionale anche pluriennale siano presentate dalle «organizzazioni professionali dei datori di lavoro». In questo caso, a tali organizzazioni è stato richiesto di assumere l'impegno a sovraintendere alla conclusione del procedimento di assunzione dei lavoratori fino all'effettiva sottoscrizione dei rispettivi contratti di lavoro, ivi compresi gli adempimenti di comunicazione previsti dalla normativa vigente.

Nella disciplina in commento (comma 5 dell'art. 44), invece, le competenze affidate alle organizzazioni datoriali sono ben più ampie: non si tratta

¹³ Reperibile in: <https://www.ispettorato.gov.it/it-it/orientamentiispettivi/Documents/INL-circ-3-2022-semplificazioni-ingresso-personale-extracomunitario.pdf>.

¹⁴ Reperibile in <https://www.ispettorato.gov.it/it-it/orientamentiispettivi/Documents/modello-asseverazione.pdf>.

¹⁵ Una previsione di identico tenore è contenuta nel DPCM del 29 dicembre 2022 che autorizza l'ingresso di 22.000 lavoratori stranieri nel settore agricolo.

più solo di compiti meramente procedurali, ma anche funzioni di verifica della correttezza dell'operato delle imprese aderenti (con riferimento all'applicazione del contratto collettivo oltre che alla congruità delle domande), il che spiega probabilmente l'attribuzione di un potere così rilevante solo alle organizzazioni comparativamente più rappresentative.

In sede conclusiva, non resta che osservare come solo il monitoraggio dell'esito di tali novità procedurali (nelle diverse declinazioni) consentirà di verificare se l'obiettivo di semplificazione sarà realizzato, pur sempre nel rispetto di dignitose condizioni di lavoro.

IL CONSIGLIO DI STATO
E IL RICONOSCIMENTO DEI TITOLI DI STUDIO
NELL'UNIONE EUROPEA:
IL CASO DELL'ABILITAZIONE ALL'INSEGNAMENTO

Vittoria Marchese*

SOMMARIO: 1. Introduzione al caso. – 1.1. Il riconoscimento dei titoli di studio e delle qualifiche professionali nell'Unione europea: un breve inquadramento. – 2. Applicazione di norme e principi al caso. – 2.1. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione al caso*

La sentenza in esame¹ verte sul riconoscimento da parte del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca italiano (MIUR) del titolo di abilitazione all'insegnamento rilasciato da un'università romena a una propria cittadina, già laureatasi in ingegneria in Italia con titolo riconosciuto dalle autorità romene, successivamente al superamento degli esami previsti da un programma post-universitario finalizzato alla formazione di professori di sostegno. In seguito alla proficua conclusione di quest'ultimo, il Ministero dell'Educazione romeno aveva rilasciato alla ricorrente un certificato di abilitazione all'insegnamento pre-universitario in Romania per le discipline di ingegneria civile e installazioni. Solo successivamente, il Ministero romeno aveva diffuso una nota secondo la quale il titolo conseguito dalla ricorrente in Romania risultava essere necessario ma non sufficiente ai fini dell'ottenimento dell'abilitazione all'insegnamento, ritenendo quest'ultima subordinata al conseguimento in Romania anche dei titoli di studio di istruzione superiore, post-secondaria e universitaria.

Rinviando alle motivazioni di cui alla nota ministeriale romena, il MIUR aveva negato il riconoscimento del titolo di abilitazione all'insegnamento della ricorrente. Il successivo ricorso davanti al TAR Lazio era stato accolto con conseguente annullamento del provvedimento ministeriale. A sostegno della propria decisione, il giudice configurava una situazione di possibile discriminazione da parte delle autorità italiane a danno dei propri cittadini. Nel det-

* Borsista di ricerca a progetto, Università degli Studi di Torino.

¹ Cons. St., sez. VI, sentenza del 19 gennaio 2022, n. 342.

taglio, non avrebbe avuto il diritto di insegnare in Italia il cittadino che in tale Stato avesse frequentato l'università, a cui fosse stato riconosciuto il titolo di studio in un altro Paese e che in quest'ultimo Paese avesse conseguito un titolo di specializzazione. Avrebbe invece avuto titolo a svolgere la professione di insegnante in Italia il cittadino che avesse conseguito sia il titolo di studio universitario che la specializzazione in un altro Paese. Il Ministero italiano, insistendo sulle ragioni precedentemente indicate, aveva chiesto la riforma della decisione del giudice di primo grado.

Nel caso in esame, il Consiglio di Stato ha confermato la pronuncia di primo grado chiarendo in particolare quale sia la corretta applicazione delle norme europee in materia di riconoscimento e, più in particolare, quale il rilievo nell'ordinamento italiano della nota emanata dal Ministero romeno.

1.1. *Il riconoscimento dei titoli di studio e delle qualifiche professionali nell'Unione Europea: un breve inquadramento*

Il caso ora in esame pone attenzione a una particolare ipotesi di applicazione del principio del mutuo riconoscimento dei titoli di studio e delle qualifiche professionali, che, come noto, è proclamazione della libertà di circolazione delle persone nell'UE e funzionale alla valorizzazione delle conoscenze e delle esperienze che si siano maturate in uno Stato membro al fine di accedere al sistema educativo, di formazione e lavorativo di uno Stato membro differente, poiché «è un diritto dei cittadini di uno Stato membro inerente all'esercizio, in un mercato unico, delle libertà fondamentali garantite dal Trattato CE»².

In particolare, il caso ha ad oggetto il riconoscimento di un titolo di studio, ove il principio ora in esame opera secondo una distinzione formale, che vede lo sviluppo di un sistema normativo differente in ragione della tipologia del titolo in questione e della finalità per la quale si chiede il riconoscimento. Differenti sono infatti le discipline, che risultano molto articolate nell'ambito in questione. È qui possibile solo accennare in merito al fatto che nel contesto del mutuo riconoscimento, si opera innanzitutto una distinzione tra il riconoscimento dei diplomi e dei titoli di studio, da un lato, e il riconoscimento delle qualifiche professionali, dall'altro. Per quanto riguarda i primi, non esiste ad oggi un sistema di riconoscimento automatico a livello europeo, anche se il legislatore ha introdotto in questo settore il principio della reciproca

² CGCE, sentenza del 23 ottobre 2008, *Commissione c. Spagna*, C-286/06, EU:C:2008:586; CGUE (Grande Sezione), sentenza del 17 luglio 2014, *Torresi c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata*, C-58/13 e C-59/13, EU:C:2014:2088.

fiducia in materia di equivalenza tra gli studi³, non limitandosi al riconoscimento dei titoli, bensì utilizzando una logica di convergenza più generale, volta alla realizzazione di uno spazio comune di libera mobilità che dia la possibilità di rendere spendibili le proprie conoscenze anche negli Stati membri in cui queste ultime non siano state direttamente acquisite⁴.

Nella sentenza *de qua*, inerente al riconoscimento di un titolo di studio abilitante a una professione, l'assenza di previsione di un sistema automatico riconduce dunque alla competenza delle autorità nazionali competenti le valutazioni che consentono o negano – attraverso un'istruttoria da svolgersi caso per caso – il singolo riconoscimento. Per quanto riguarda il caso delle qualifiche professionali, invece, il principio si è evoluto dapprima per categoria in ragione di professioni individuate. In tal senso, si pone la disciplina, prima comunitaria e poi europea, sviluppatasi attorno alle esigenze dei differenti settori professionali, che ha contribuito alla creazione di un sistema di riconoscimento delle qualifiche lavorative, la cui recente evoluzione è rappresentata dalla direttiva 2005/36/CE⁵ – che ha assimilato in un unico testo la normativa in materia di qualifiche fino a quel momento in vigore⁶ – e dalla direttiva 2013/55/UE⁷ che la modifica. Va precisato che tali direttive, che trovano applicazione nel caso in questione, favoriscono la libera circolazione dei servizi in particolare per coloro che svolgono una professione regolamentata per il cui esercizio è necessaria una particolare qualifica professionale, non solo in caso di stabilimento in uno Stato diverso da quello di rilascio del titolo, ma anche nel caso di una prestazione occasionale e temporanea di servizi professionali in forza del titolo ottenuto nello Stato di provenienza⁸.

³ CGCE, *Commissione c. Spagna*, cit. Conclusioni dell'Avvocato Generale, Mag. Lic. Robert Koller, del 2 giugno 2010, C-118/09, EU:C:2010:306.

⁴ M. CONSITO, *L'immigrazione intellettuale. Verso un mercato unico dei servizi professionali*, Napoli, 2012.

⁵ Direttiva (CE) 2005/36 del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 settembre 2005 relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali.

⁶ E. CHIARETTO, *Il riconoscimento delle qualifiche professionali nell'Unione europea*, in *Riv. dir. intern. priv. process.*, 2006, p. 695.

⁷ Direttiva (UE) 2013/55 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 novembre 2013 recante modifica della direttiva 2005/36/CE relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali e del regolamento (UE) n. 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno («regolamento IMI»).

⁸ L. DI GIAMBATTISTA, *La direttiva 2013/55/UE: novità legislative in materia di riconoscimento delle qualifiche professionali e casi pratici*, in *Secondo ciclo di seminari specialistici sulle politiche europee*, 24 ottobre 2014, p. 148.

Nel caso in analisi, la ricorrente aveva richiesto in Italia il riconoscimento del titolo e della conseguente abilitazione alla professione di insegnante ottenuti in Romania. Tale professione rientra nella definizione contenuta nell'art. 3, n. 2, lett. a) della direttiva 2005/36/CE, la quale specifica che sono "professioni regolamentate" quelle il cui accesso o esercizio sono condizionati al possesso di una specifica qualifica professionale, che può essere un attestato di competenza, un titolo formativo oppure una determinata esperienza professionale. Di conseguenza, sono invece definite "professioni non regolamentate" quelle che non presuppongono il superamento di un esame abilitativo o l'ottenimento di una qualifica al fine del loro esercizio. La medesima direttiva individua diversi meccanismi di riconoscimento delle qualifiche professionali. Esiste un sistema di riconoscimento automatico che opera per determinate professioni le cui condizioni minime di formazione sono in una certa misura armonizzate a livello europeo (si tratta in particolare delle professioni di medico, dentista, infermiere, veterinario, farmacista, ostetrica e architetto). Esiste poi un regime generale di riconoscimento non automatico, applicabile al caso di specie, che opera per le professioni che non sono oggetto di norme di riconoscimento specifiche e che si basa sul raffronto tra i percorsi di studio e professionali previsti nei due Stati membri di interesse, e sulla possibilità – nel caso si riscontrino sostanziali differenze tra i due – di sottoporre l'interessato al completamento di misure compensative, che possono consistere in un tirocinio di adattamento di durata non superiore ai tre anni, oppure in una prova attitudinale e che rappresentano uno dei vantaggi indiscussi dell'odierno approccio al mutuo riconoscimento⁹. Un'ultima ipotesi di applicazione del mutuo riconoscimento è quella basata sull'esperienza professionale che viene completata nello Stato membro di origine, e interessa professioni di tipo industriale, commerciale o artigianale. Come sancito dal Considerando 18 della direttiva 2005/36/CE, quest'ultimo regime presuppone il riconoscimento automatico nei casi in cui le attività di cui sopra siano state esercitate in uno Stato membro differente «durante un periodo di tempo ragionevole e sufficientemente ravvicinato nel tempo».

2. *Applicazione di norme e principi al caso*

La sentenza in esame permette di osservare alcune peculiarità e criticità connesse al riconoscimento dei titoli di studio tra gli Stati membri dell'UE.

⁹ D. FISICHELLA, *Il principio di mutuo riconoscimento e la libera circolazione delle professioni nell'Unione Europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, p. 2.

La prima questione da considerare è l'avvenuto riconoscimento, da parte delle Autorità romene, del titolo di studio ottenuto dalla ricorrente in Italia. I principi, la normativa e la giurisprudenza europea in materia di riconoscimento, impongono che vengano riconosciuti i titoli di formazione rilasciati in uno Stato membro diverso da quello di origine al termine di formazioni in parte concomitanti, purché «la durata complessiva, il livello e la qualità delle formazioni a tempo parziale non siano inferiori a quelli delle formazioni continue a tempo pieno»¹⁰. La ricorrente aveva conseguito il titolo di laurea in ingegneria in Italia e ne aveva richiesto il riconoscimento nel suo Paese d'origine, al fine di accedere lì ad un ulteriore percorso di studi finalizzato all'insegnamento. Si solleva quindi la questione riguardante il fatto che mentre un titolo di studio conseguito in Italia è riconosciuto in Romania, un titolo ugualmente idoneo – poiché rispetta la definizione di cui sopra – non è parimenti accettato in Italia. D'altronde, stando all'art. 13 della direttiva 2005/36/CE lo Stato membro ospitante dovrebbe accettare il livello attestato dal certificato emesso dallo Stato membro in cui il titolo e l'abilitazione sono stati conseguiti.

La seconda questione di interesse è il valore abilitante da attribuire al titolo ottenuto in Romania. Una tipologia di formazione come quella conseguita dalla ricorrente nel proprio Paese d'origine è da considerarsi abilitante poiché diretta a offrire conoscenze e abilità volte al raggiungimento di standard culturali elevati richiesti per l'esercizio di determinate attività¹¹. È in relazione a quest'ultimo aspetto che il ragionamento del giudice di primo grado non risulta del tutto convincente: pur avendo raggiunto la medesima conclusione del Consiglio di Stato, infatti, non emerge chiaramente nella prima sentenza che il titolo della ricorrente debba essere considerato abilitante in Romania, elemento che risulta invece essenziale nella decisione del Consiglio di Stato. Invero, quest'ultimo aveva accertato l'esistenza di tutti i presupposti per l'ottenimento dell'abilitazione all'insegnamento in Romania: la verifica di un percorso di studi idoneo accompagnato da un certificato – che soddisfa pienamente i criteri di cui all'art. 13, n. 1, lett. a) e b) della direttiva 2013/55/UE – rilasciato dalle Autorità competenti dello Stato in questione. Attesa la confusa interpretazione della nota ministeriale romena, la quale pareva subordinare il diritto all'abilitazione all'insegnamento alla condizione imperativa dello svolgimento degli studi superiori, post-secondari e universitari in Romania, il Consiglio di

¹⁰ CGUE, sentenza del 6 dicembre 2018, *Ministero della Salute c. Hannes Preindl*, C-675/17, EU:C:2018:990.

¹¹ M. CONSITO, *Op. cit.*

Stato aderisce all'orientamento che vuole valorizzato il solo titolo di abilitazione all'insegnamento ottenuto dalla ricorrente – titolo perciò non solo necessario ma anche sufficiente – senza che su questo possa avere un peso condizionante il luogo di svolgimento degli studi pregressi¹².

Una terza questione riguarda la tendenza all'esclusione aprioristica – e dunque contraria alle norme europee in materia – della possibilità di riconoscimento del titolo della ricorrente da parte del Ministero italiano. Poiché con riguardo alle professioni regolamentate il riconoscimento avviene in seguito alla valutazione da parte delle Autorità nazionali competenti circa la congruità o meno della formazione conseguita all'estero rispetto a quella necessaria a livello nazionale per esercitare una determinata professione, ne derivano tre possibili scenari: il riconoscimento del titolo, il non riconoscimento del titolo, il riconoscimento condizionato al superamento di alcune misure compensative proporzionate e utili a offrire sufficienti garanzie sul livello di qualifica ottenuto, come chiarito dal Considerando 15 della direttiva 2005/36/CE¹³. Il Ministero italiano, muovendo dal presupposto per cui il titolo post-universitario non era considerato come abilitante in Romania, aveva erroneamente reputato non solo di non essere tenuto ad alcun riconoscimento automatico, ma di non dover neppure compiere un raffronto tra i percorsi di studio italiano e romeno, come invece è necessario al fine di verificare se, anche in mancanza di altri requisiti, l'eventuale prescrizione di misure compensative – ad esempio un tirocinio o il conseguimento di crediti integrativi – avrebbe potuto permettere il riconoscimento del titolo in Italia.

2.1. *Considerazioni conclusive*

Il Consiglio di Stato, respingendo l'appello del Ministero italiano e confermando la decisione del TAR Lazio, ha ritenuto illegittimo il diniego ministeriale poiché fondato sull'erroneo presupposto della mancanza di valore abilitante del titolo all'insegnamento in Romania. Il ragionamento del giudice di primo grado lascia trasparire ancora una volta un aspetto non del tutto convincente: nell'ambito del reciproco riconoscimento delle decisioni delle Autorità competenti dei due Stati membri questi aveva affermato che «l'amministrazione interna non può che essere vincolata all'accertamento compiuto dall'amministrazione di provenienza del titolo». È vero che in gene-

¹² Cons. St., sez. VI, sentenza dell'8 ottobre 2020, n. 6117; Cons. St., sez. VI, sentenza dell'8 ottobre 2020, n. 6084.

¹³ Cons. St., sez. VI, sentenza del 17 febbraio 2020, n. 1198.

rale, sia in ossequio al principio di leale collaborazione che in base alla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo¹⁴, il fatto che l'Autorità di uno Stato membro metta in discussione la fondatezza della decisione dell'Autorità di un altro Stato membro riguardo l'ottenimento di una determinata qualifica professionale a seguito del conseguimento di un titolo di studio, ha l'effetto di compromettere non solo il sistema generale di riconoscimento automatico dei titoli di formazione, ma anche la diffusione e il radicamento dei valori insiti nel progetto europeo¹⁵. Il Consiglio di Stato sottolinea che in questo caso, però, qualunque fosse stato il valore attribuito al corso di studi da parte delle Autorità romene, la corretta applicazione e interpretazione delle norme di diritto europeo da parte delle Autorità italiane avrebbe dovuto comunque prevalere sulla valorizzazione delle decisioni delle Autorità romene. Al fine di corroborare tale affermazione, si fa riferimento alla giurisprudenza CGUE, nella quale si sottolinea che «spetta all'autorità competente verificare [...] se, e in quale misura, si debba ritenere che le conoscenze attestate dal diploma rilasciato in un altro Stato membro e le qualifiche o l'esperienza professionale ottenute in quest'ultimo, nonché l'esperienza ottenuta nello Stato membro in cui il candidato chiede di essere iscritto, soddisfino, anche parzialmente, le condizioni richieste per accedere all'attività di cui trattasi»¹⁶. Il Consiglio di Stato ritiene che le Autorità italiane competenti avrebbero dunque dovuto verificare che la formazione fosse anche parzialmente concomitante a quella acquisibile in Italia e che la durata complessiva, il livello e la qualità dell'insegnamento non fossero inferiori a quelle necessarie per esercitare in Italia la professione di insegnante.

La pronuncia in esame si pone in sostanziale continuità con tali letture, in linea con la giurisprudenza del Consiglio di Stato¹⁷ e con quella della Corte di giustizia dell'Unione europea, che ha affermato che il riconoscimento «si basa sulla reciproca fiducia degli Stati membri quanto al carattere sufficiente dei titoli di formazione rilasciati dagli altri Stati membri, e tale fiducia si basa su un sistema di formazione il cui livello è stato fissato di comune accordo»¹⁸.

¹⁴ CGCE, sentenza del 19 giugno 2003, *Tennab-Durez c. Conseil national de l'ordre des médecins*, C-110/01, EU:C:2003:357; CGUE, *Ministero della Salute c. Hannes Preindl*, cit.

¹⁵ Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2018 sulla promozione del riconoscimento reciproco automatico dei diplomi (2018/2838(RSP)), punto A.

¹⁶ CGCE, sentenza del 13 novembre 2003, *Christine Morgenbesser c. Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Genova*, C-313/01, EU:C:2003:612.

¹⁷ Cons. St., sez. VI, sentenza del 17 febbraio 2020, n. 1198.

¹⁸ CGCE, *Tennab-Durez c. Conseil national de l'ordre des médecins*, cit.; CGUE, *Ministero della Salute c. Hannes Preindl*, cit.

IL PROCEDIMENTO DI CONVERSIONE
DEL PERMESSO DI SOGGIORNO
PER MINORE ETÀ IN ALTRO TITOLO DI SOGGIORNO
(NOTA A T.A.R. PIEMONTE, TORINO, SEZ. I, 5 MAGGIO 2022, N. 424)

Laura Pergolizzi*

SOMMARIO: 1. Svolgimento del processo. – 2. Sul «paradigma regolato dall’art. 32 del d.lgs. 286/1998». – 2.1. Sulla sussistenza di “vizi di indole formale-procedurali”. – 3. Il cittadino straniero neomaggiorenne, già minore straniero non accompagnato, e lo “status di soggiorno”. Tra conversione del titolo di soggiorno per minore età in permesso di soggiorno per attesa occupazione e ottenimento del permesso di soggiorno per motivi di lavoro. – 4. Aspetti procedurali. – 5. Conclusioni.

1. *Svolgimento del processo*

Un cittadino bengalese, identificato per la prima volta in Italia, in data 12 ottobre 2020, come minore non accompagnato e privo di persone adulte di riferimento, veniva affidato, da parte della Questura territorialmente competente, ad un centro di accoglienza.

Successivamente, il giovane veniva affidato, da parte del Tribunale dei minorenni, al Servizio sociale comunale, affinché gli fosse assicurata una idonea sistemazione, fosse sottoposto ad un’indagine psicosociale sulla situazione personale, familiare e ambientale e fosse inserito in un progetto educativo-formativo; contestualmente, formulava la richiesta di permesso di soggiorno per minore età.

Una volta conseguita la maggiore età, lo stesso presentava l’istanza di conversione del titolo di soggiorno in permesso per attesa occupazione.

La Questura rigettava la domanda, ritenendo che l’istante non fosse titolare di alcun titolo di soggiorno da convertire, in quanto quest’ultimo si sarebbe disinteressato dell’iter burocratico relativo alla domanda di permesso di soggiorno per minore età, comportandone l’archiviazione. La Questura riteneva, inoltre, come non vi fosse prova che l’istante avesse seguito alcun percorso di integrazione sociale, scolastico e civile prima del conseguimento

* Ricercatrice in Diritto amministrativo, Università degli Studi di Messina.

della maggiore età e che, peraltro, difettesse anche il parere del Ministero del lavoro e delle politiche sociali ex art. 32, comma 1-*bis* d.lgs. n. 286/1998.

Il richiedente impugnava il provvedimento del Questore innanzi al T.A.R. articolando i seguenti motivi di ricorso: a) l'illegittimità del provvedimento per violazione dell'art. 10-*bis* della l. 241/1990; b) l'illegittimità dell'archiviazione della domanda di permesso di soggiorno per minore età, nonché del rigetto della domanda di conversione sull'erroneo presupposto della mancanza del titolo da convertire, affermando, invece, che egli avrebbe goduto dello stesso sino al 15 marzo 2021, validità poi prorogata *ex lege* al 31 luglio 2021 in virtù della normativa emergenziale; c) l'illegittimità del provvedimento per erroneo rilievo del difetto del parere del Ministero del lavoro e delle politiche sociali ex art. 32, comma 1-*bis* del d.lgs. 286/1998, in realtà regolarmente rilasciato e inviato alla Questura.

Il Ministero dell'interno si costituiva chiedendo il rigetto del ricorso.

2. Sul «paradigma regolato dall'art. 32 del d.lgs. 286/1998»

Con la decisione in commento¹, il Collegio accoglieva il ricorso, condannando il Ministero dell'Interno alle spese del giudizio.

Preliminarmente, il T.A.R. riconduce la fattispecie in esame nel «paradigma regolato dall'art. 32 del d.lgs. 286/1998», affermando che lo stesso prevede “in via inequivoca” che l'accesso alla conversione del titolo di soggiorno dalla causale per minore età a quella per accesso al lavoro sia circondato da precipue cautele, volte ad assicurare che i richiedenti minorenni stranieri versino in situazioni qualificate da una previa valutazione da parte delle competenti autorità italiane e riconducibili a tassative condizioni: l'affidamento ai sensi dell'art. 2 della l. n. 184/1983 o la sottoposizione a tutela – previo parere del Comitato per i minori stranieri, ormai reso dalla Direzione Generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali – e l'ammissione in un progetto di integrazione sociale e civile non inferiore a due anni. Nel caso di specie, viene rilevato che l'affidamento disposto dal Tribunale per i minorenni abbia configurato la situazione legittimante tratteggiata dalla disciplina primaria consistente nell'affidamento ai sensi della l. n. 184/1983, in special modo ai sensi degli artt. 2 e 4. Il disposto normativo, prosegue il Collegio, «stabilisce nitidamente» che, in tale situazione, il minore, al compimento della maggiore

¹ T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, sentenza del 5 maggio 2022, n. 424.

età, possa ottenere un permesso di soggiorno per motivi di lavoro, previo parere del Comitato per i minori stranieri. Dunque «il Ministero resistente non coglie nel segno laddove obietta che osterebbe alla ricevibilità dell'istanza la circostanza che il minore non abbia perfezionato l'iter per il conseguimento del permesso per minore età». Invero, «prendendo le mosse dal diritto positivo, il minore, al compimento della maggiore età, può accedere al rilascio *tout court* di un titolo di soggiorno a prescindere dal previo conseguimento del permesso per minori nel rispetto delle condizioni dettate dall'art. 32 cit.».

2.1. Sulla sussistenza di “vizi di indole formale – procedurali”

Nel caso in esame, viene, altresì, rilevata la sussistenza di «due vizi di indole formale-procedurali».

In primo luogo, il Collegio afferma l'illegittimità del provvedimento oggetto del gravame per il mancato assolvimento dell'obbligo di comunicazione di cui all'art. 10-*bis* l. n. 241/1990 «non sanabile neanche in virtù del meccanismo del vizio non invalidante tratteggiato dall'art. 21-*octies*» alla luce della recente espressa previsione novellistica del 2020. Ciò comporta, dunque, l'omissione nell'attivazione di quella fase di “contraddittorio procedimentale pre-decisorio”, dal quale l'amministrazione «non avrebbe potuto esimersi» e in forza del quale, invece, il ricorrente «avrebbe potuto fornire elementi sulla pendenza del primo procedimento relativo alla richiesta del permesso di soggiorno per minore età e sul proprio percorso di integrazione socio-lavorativo».

Inoltre, il Collegio smentisce la tesi dell'Amministrazione secondo cui graverebbe sull'istante l'allegazione, previa richiesta, del parere della Direzione Generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, ritenendo come tale opzione esegetica non trovi conforto nel dato testuale, che nulla specifica sul punto: ciò postula, per converso, «l'applicazione del generalissimo principio inquisitorio che permea l'*agere* amministrativo (cfr. art. 6, co. 1, lett. b)», il quale viene «ulteriormente corroborato dalla disposizione generale dettata in materia di attività consultiva della pubblica amministrazione – art. 16 l. n. 241/1990».

A sostegno di tale ricostruzione viene citato quanto affermato dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali con le Linee guida del 24 febbraio 2017, per cui «è preferibile che le richieste di parere siano inviate da parte dei Servizi sociali dell'ente locale che ha in carico il minore», oltre che alcune pronunce del giudice amministrativo, soffermandosi, tra le altre, su quelle favorevoli alla configurazione del pronunciamento del Comitato per i minori

stranieri quale «fase endoprocedimentale facente capo all'amministrazione procedente e non anche formalità posta a carico dell'istante, sicché non spetta a quest'ultimo richiedere il relativo parere»².

3. *Il cittadino straniero neomaggiorenne, già minore straniero non accompagnato, e lo "status di soggiorno". Tra conversione del titolo di soggiorno per minore età in permesso di soggiorno per attesa occupazione e ottenimento del permesso di soggiorno per motivi di lavoro*

Prima di formulare alcune osservazioni sulla decisione in commento, occorre brevemente ripercorrere le "tappe" compiute dall'ordinamento italiano nella chiave della tutela e della protezione dei minori stranieri non accompagnati, assicurate da molteplici disposizioni, tra le quali, principalmente: il Testo unico in materia di immigrazione (d.lgs. n. 286/1998) e il relativo regolamento di attuazione (D.P.R. n. 394/1999); il regolamento 535/1999, concernente i compiti del Comitato per i minori stranieri, le cui competenze dal 2012 sono state trasferite alla Direzione Generale dell'Immigrazione e delle politiche di integrazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali; il d.lgs. n. 142/2015, riguardante le norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale. L'Italia, inoltre, con l'approvazione della l. n. 47/2017, si è dotata di una normativa specificamente rivolta ai minori stranieri non accompagnati, introducendo significative modifiche al complesso della normativa vigente con l'obiettivo di rafforzare gli strumenti di tutela riconosciuti in loro favore³.

In estrema sintesi, secondo la prospettiva avvalorata dall'ordinamento italiano, il minore straniero non accompagnato gode di un regime di protezione secondo il quale lo stesso non può essere respinto alla frontiera né, salvo casi eccezionali, espulso (l. n. 47/2017, art. 3). Il minore accede, inoltre, a un ampio compendio di garanzie, ivi comprese quelle relative al permesso di soggiorno per minore età (l. n. 47/2017, art. 10), la cui *ratio* comune poggia su una prospettiva di valorizzazione del relativo percorso di inserimento⁴.

² Tar Emilia-Romagna, Bologna, 3 febbraio 2016, n. 147; T.R.G.A., Sezione Autonoma di Bolzano, sentenza 2 luglio 2015, n. 212.

³ P. DEMURTAS, M. VITIELLO, *Le nuove sfide del fenomeno dei minori stranieri non accompagnati presenti in Italia*, in *Dossier Statistico Immigrazione*, Centro Studi e Ricerche Idos, in collaborazione con Centro Studi Confronti, Istituto di Studi Politici "S. Pio V", Roma, 2022, p. 151.

⁴ S. CASTELLAZZI, *Permesso di soggiorno*, in V. GASPARINI CASARI, G. CORDINI (a cura

Questa articolata costruzione riflette una sempre maggiore considerazione da parte del legislatore nei confronti del fenomeno migratorio, il quale, in occasioni come quella esaminata, dimostra di “andare oltre” la disciplina degli aspetti attinenti al presidio delle frontiere, e di considerare anche quelli concernenti l'erogazione dei servizi di accoglienza⁵ e il progressivo e naturale radicamento dello straniero⁶, come emerge anche da alcuni orientamenti a livello eurounitario, ad esempio quelli espressi dalla Corte dei conti europea nel documento di riflessione riguardante “*L'integrazione dei migranti che provengono da paesi non appartenenti all'UE*” (2018). Attenzione che, nell'ottica della tutela del preminente interesse del fanciullo di cui all'art. 24, par. 2, CDFUE, e all'art. 3 Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti del Fanciullo è ancor più rimarcata nell'ipotesi in cui ad essere coinvolto sia un minore.

Nella sentenza in commento, seppur non esplicitamente, viene rimarcata la necessità di accertare, con la massima diligenza, la domanda formulata dal neomaggiorenne cittadino di Paese terzo.

La cautela applicata dal Collegio in punto di verifica delle condizioni per ricondurre la fattispecie concreta entro l'alveo di una delle ipotesi previste dall'art. 32 T.U.I., che consentono, *ex se*, di accedere al titolo di soggiorno, sembra derivare da una lettura in chiave sostanzialista delle norme applicabili al caso di specie, allo scopo di valorizzare una prospettiva di tipo garantista dell'interesse dell'istante e della continuità del suo percorso di integrazione⁷.

In particolare, il Collegio, con la ricostruzione offerta, sembra sottendere il tentativo di scongiurare la formazione di un “vuoto” tra plessi procedimentali diversi (quello che attiene al regime dei minori stranieri non accompagnati e quello che attiene alla pluralità delle tipologie di permesso di soggiorno), che in concreto impedirebbe al cittadino di Paese terzo neomaggiorenne di accedere allo *status* di soggiorno per il solo fatto di non esser stato,

di), *Il diritto dell'immigrazione. Profili di Diritto Italiano, Comunitario e Internazionale*, V Quaderno del “Il diritto dell'Economia”, Modena, 2010, pp. 359-360.

⁵ M. CONSITO, *L'accoglienza dei migranti involontari e il servizio sociale: una proposta di inquadramento*, in F. ASTONE, A. LUPO, V. PRUDENTE, A. ROMEO (a cura di), *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, Napoli, 2019, p. 219.

⁶ T. GHISALBERTI, *Interventi e prestazioni a favore degli stranieri*, in F. MANGANARO, V. MOLASCHI, R. MORZENTI PELLEGRINI, D. SICLARI (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2020, pp. 533 ss.

⁷ M. CALABRÒ, *Legal immigration and local resilience in Italy: the case of the integration Councils*, in *Italian Journal of Public Law*, 2019, p. 93.

per varie possibili ragioni, destinatario di un permesso di soggiorno per minore età.

In altri termini, presupposto fondamentale dal quale sembrerebbe prendere le mosse il ragionamento del Collegio è non soltanto che il percorso di integrazione dedicato al minore sia stato effettivamente garantito e sottoposto a adeguato controllo, ma anche che tale percorso meriti di proseguire proficuamente dopo il raggiungimento della maggiore età.

Siffatta prospettiva, che si ritiene di poter ricavare dall'approfondimento degli spunti offerti dalla pronuncia in commento, potrebbe aprire alla possibilità di gettare le basi per una lettura della tutela del minore straniero non accompagnato che non sia temporalmente limitata alla fase corrispondente alla minore età della persona, ma sia invece proiettata nell'ottica dello sviluppo durante il successivo arco della sua vita.

D'altra parte, però, la sentenza presenta alcuni passaggi che si rivelano particolarmente "veloci" sotto il profilo terminologico, in particolare laddove sposta repentinamente l'attenzione dalla "logica" della conversione a quella, distinta, dell'ottenimento *tout court* del titolo di soggiorno da parte dell'istante neomaggiorenne. Si corre così il rischio di inficiare la lettura organica dei fatti presi in considerazione, della base giuridica e dell'assai interessante *iter* logico posto alla base della decisione.

Quanto al tema dell'archiviazione del titolo di soggiorno per motivi di età, si ritiene utile mettere in evidenza almeno un profilo che avrebbe, forse, meritato, di ricevere una maggiore attenzione da parte del Collegio. Al contrario di quanto assunto dalla pubblica amministrazione destinataria della "prima" domanda di permesso di soggiorno (per "minore età"), che ha archiviato la stessa per presunto "disinteresse" del minore istante, dalla lettura della norma di riferimento – contenuta nell'art. 10, comma 1, lett. a della citata l. n. 47/2017 – non si riscontra la presenza di alcuna previsione secondo la quale il completamento del procedimento per ottenere tale permesso sia subordinato ad una specifica sollecitazione da parte del minore in assenza della quale la pubblica amministrazione possa disporre l'archiviazione del procedimento. D'altra parte, è chiaro che, nel caso di specie, il provvedimento di archiviazione della procedura di permesso di soggiorno per minore età è stato, al di là dei suoi eventuali profili di illegittimità, effettivamente disposto dalla Questura, e, pertanto, fino a suo annullamento (o revoca) produce i propri effetti impedendo la possibilità di una conversione di un titolo di soggiorno che non si è formato.

Sembra, dunque, potersi evincere che la strada percorsa dal Collegio nell'affermare che il cittadino straniero di Paese terzo, al compimento della

maggiore età, possa accedere al rilascio *tout court* di un titolo di soggiorno a prescindere dal previo conseguimento del permesso per minori nel rispetto delle condizioni dettate dall'art. 32 T.U.I., rappresenti il frutto di uno sforzo di individuazione della soluzione percorribile per non negare espressamente la conversione, superare la questione relativa alla controversa esistenza del titolo di soggiorno per minore età, e, al contempo, riconoscere la sussistenza del presupposto per il riconoscimento (non la conversione) *ex se* dello *status* di permesso.

4. *Aspetti procedurali*

In relazione alla seconda parte della sentenza, meritano alcune riflessioni le conclusioni raggiunte dal Collegio con riferimento alle questioni che attengono alla procedura di “conversione” e che ruotano essenzialmente attorno a due tematiche: l'applicabilità, alla stessa, dell'art. 10-*bis* l. n. 241/1990 e, alla relativa istruttoria, del principio inquisitorio.

In relazione alla prima delle due tematiche appena enucleate, occorre formulare alcune considerazioni di carattere preliminare.

L'art. 10-*bis* della l. n. 241/1990, introdotto dalla l. n. 15/2005, e recentemente modificato dal d.l. n. 76/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 120/2020, disciplina, con riferimento ai procedimenti ad istanza di parte, l'istituto della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, da parte del responsabile del procedimento oppure dell'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo.

Senza voler entrare nel dettaglio dei singoli passaggi della norma, in questa sede è utile almeno ricordare che i soggetti destinatari della comunicazione in questione, entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della stessa, hanno «il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti».

La *ratio* della norma, come emerge anche dall'approfondimento della sentenza in esame, è quella di consentire l'attivazione di una fase di “contraddittorio procedimentale pre-decisorio” che obbedisce alla logica sottesa alla partecipazione al procedimento di coloro nei cui confronti la decisione amministrativa è destinata a produrre effetti.

Nella specie, l'istituto del c.d. preavviso di rigetto ha lo «scopo di far conoscere alle Amministrazioni, in contraddittorio rispetto alle motivazioni da esse assunte in base agli esiti dell'istruttoria espletata, quelle ragioni, fattuali e giuridiche, dell'interessato, che potrebbero contribuire a far assumere agli

organi competenti una diversa determinazione finale, derivante, appunto, dalla ponderazione di tutti gli interessi in campo e determinando una possibile riduzione del contenzioso tra le parti»⁸.

Il problema che si pone è se l'art. 10-*bis* della l. n. 241/1990 sia una norma di garanzia che si applica esclusivamente nei confronti del cittadino italiano, oppure se questa trovi applicazione anche nei confronti del cittadino straniero⁹ e, dunque, più in generale, il campo soggettivo di applicazione della legge sul procedimento amministrativo¹⁰, nella specie in riferimento alle regole sulla partecipazione¹¹.

Se la l. n. 241/1990 non prevede distinzioni tra i destinatari e ne rende «formalmente pacifica la sua applicabilità anche ai soggetti che non siano cittadini italiani, ma che entrino in contatto con la nostra amministrazione»¹², il T.U.I. dispone espressamente che «allo straniero 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.I.) e ciò compatibilmente con quanto affermato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, con particolare riferimento all'art. 41 dedicato al «*diritto ad una buona amministrazione*»¹³. Da ciò si evince che, in assenza di deroghe espresse, gli interessi procedurali devono essere coerentemente garantiti anche ai non cittadini. *Sulla base di tali coordinate ermeneutiche*, e venendo all'esame della questione posta *nella sentenza* in commento, il Collegio riconosce l'applicabilità delle garanzie di partecipazione di cui alla l. n. 241/1990 nei confronti dell'istante, nella specie affermando l'illegittimità del provvedimento oggetto del gravame per il man-

⁸ Tar Campania, Napoli, sez. VI, ordinanza del 1° giugno 2020, n. 2093.

⁹ L. GILI, *Straniero e partecipazione*, in A. CROSETTI, F. FRACCHIA (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, Milano, 2002, p. 55.

¹⁰ F. MARTINES, *La tutela procedimentale e giurisdizionale del migrante in Italia*, in C. ZANGHÌ, L. PANELLA, C. CURTI GIALDINO (diretto da), *Controllo e gestione dei flussi migratori nell'Europa del sud. Studio comparato dell'esperienza spagnola e italiana*, in OIUDU, marzo 2020.

¹¹ C. TUBERTINI, *La partecipazione*, in M. DE DONNO, G. GARDINI, M. MAGRI (a cura di), *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, Santarcangelo di Romagna, 2022, p. 293.

¹² A. BONOMO, *Stranieri, procedimento amministrativo e garanzie partecipative*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2020, p. 2.

¹³ U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione fra diritto UE e diritto nazionale e le novità dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, F. GUARIELLO, P. PUOTI (a cura di), *Diritti fondamentali e politiche dell'Unione europea dopo Lisbona*, Santarcangelo di Romagna, 2013, pp. 72 ss.

cato assolvimento, da parte dell'amministrazione, dell'obbligo di comunicazione di cui all'art. 10-*bis* della l. n. 241/1990. Omissione che ha precluso all'istante la possibilità di fornire elementi sulla pendenza del primo procedimento relativo alla richiesta del permesso di soggiorno per minore età e sul proprio percorso di integrazione socio-lavorativo.

Tale argomentazione è coerente con la logica sottesa al filone giurisprudenziale prevalente che propende per l'affermazione dell'applicazione dell'obbligo di comunicazione di cui all'art. 10-*bis* l. n. 241/1990 al procedimento di conversione del permesso di soggiorno¹⁴ e al procedimento di rinnovo del permesso di soggiorno¹⁵. A quest'ultimo proposito, è stato specificato che il diniego del rinnovo del permesso di soggiorno, non preceduto dalla comunicazione dell'art. 10-*bis*, è illegittimo «considerato che tale disposizione si applica a tutti i procedimenti ad iniziativa di parte, ad eccezione di quelli espressamente esclusi (tra i quali non rientra quello rivolto al rinnovo del permesso di soggiorno) al fine di consentire il contraddittorio tra privato e Amministrazione prima dell'adozione di un provvedimento negativo ed allo scopo, quindi, di far interloquire il privato sulle ragioni ritenute dall'Amministrazione ostative all'accoglimento dell'istanza»¹⁶.

Inoltre, nella sentenza in commento, il Collegio si sofferma sul rapporto tra gli artt. 10-*bis* e 21-*octies*, comma 2, della l. n. 241/1990.

Com'è noto, il secondo alinea del comma 2 dell'art. 21-*octies* introduce espressamente, nel proprio ambito di applicazione, l'ipotesi della mancata comunicazione di avvio del procedimento. In passato, parte della giurisprudenza amministrativa aveva attribuito un'analoga configurazione, sotto il profilo sostanziale, a tale comunicazione e al preavviso di rigetto¹⁷. Altra parte della giurisprudenza amministrativa, riteneva invece, che l'art. 21-*octies*, in quanto norma eccezionale, non fosse suscettibile di estensione analogica¹⁸.

¹⁴ Tar Lazio, Roma, sez. I-*ter*, sentenza del 2 dicembre 2021, n.12413 in tema di conversione del permesso di soggiorno da motivi umanitari a motivi di lavoro; Tar Piemonte, Torino, sez. I, sentenza del 10 aprile 2018, n. 438 in tema di conversione del permesso di soggiorno per lavoro stagionale in permesso di soggiorno per lavoro subordinato.

¹⁵ Cons. St., sez. III, sentenza del 12 marzo 2021, n. 2114.

¹⁶ Cons. St., sez. III, sentenza del 7 febbraio 2022, n. 840.

¹⁷ Cons. St., sez. III, sentenza del 7 agosto 2018, n. 4853; Cons. St., sez. III, sentenza del 26 giugno 2019, n. 4414, commentata da L. PERGOLIZZI, *Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 26 giugno 2019, n. 04414*, in *ADIMBlog*, 26 ottobre 2019.

¹⁸ Tar Liguria, Genova, sez. I, sentenza del 30 gennaio 2009, n. 138; Tar Toscana, Firenze, sez. II, sentenza del 24 gennaio 2012, n. 137.

Il già citato d.l. n. 76/2020 ha inserito un terzo periodo al secondo comma, escludendo dall'ambito di applicazione della disposizione di cui al secondo periodo dell'art. 21-*octies* il provvedimento adottato in violazione dell'art. 10-*bis*.

Il Collegio tiene espressamente conto di tale riforma, non mancando di sottolineare che l'illegittimità del provvedimento oggetto del gravame per il mancato assolvimento dell'obbligo di comunicazione di cui all'art. 10-*bis* della l. n. 241/1990 non sia sanabile neanche in virtù del meccanismo del vizio non invalidante tratteggiato dall'art. 21-*octies*, alla luce della espressa previsione novellistica del 2020.

Sotto il secondo aspetto, che si concentra su alcune questioni problematiche che attengono alla fase dell'istruttoria della procedura oggetto di analisi, se per un verso la sentenza in commento è certamente interessante laddove richiama all'attenzione l'esigenza che la pubblica amministrazione applichi, ove non diversamente specificato dall'ordinamento, il «generalissimo principio inquisitorio» che permea l'*agere* amministrativo, soffermandosi, altresì, sulle regole che attengono all'attività consultiva, d'altra parte però, offre un quadro piuttosto disorganico del modo in cui siffatta applicazione operi in concreto nell'ottica della fattispecie oggetto della controversia.

In particolare, questo profilo emerge con riferimento ai rilievi relativi alla procedura avente ad oggetto il parere del Ministero del lavoro e delle politiche sociali nell'ambito della disciplina di cui all'art. 32 T.U.I. Il Collegio ritiene che tale parere debba essere acquisito a cura dell'amministrazione procedente, non dovendo, invece, considerarsi adempimento a carico del richiedente. A tal scopo, aderisce all'orientamento della giurisprudenza amministrativa che mette in evidenza la natura endoprocedimentale della fase nel cui ambito viene rilasciato il parere in questione¹⁹; al contempo, ancora a sostegno della propria argomentazione, cita le linee guida ministeriali del 2017, che, tuttavia, si limitano a ritenere “preferibile” che le richieste di parere siano inviate da parte dei servizi sociali che hanno in carico il minore, contemplando comunque il caso in cui il diretto interessato, o altri soggetti per conto dello stesso, trasmettano la richiesta di parere, peraltro nulla specificando circa i passaggi che regolano l'allegazione al procedimento per il rilascio del permesso.

La conclusione del Collegio è evidentemente ispirata dalla *ratio* dell'istruttoria del procedimento amministrativo, intesa come istruttoria rivolta all'accertamento dei “presupposti di fatto” che, insieme alle ragioni giuridiche, «fondano la decisione sottesa al provvedimento», dominata

¹⁹ Tra le altre, oltre Tar Umbria, Perugia, sez. I, sentenza del 6 novembre 2020, n. 492, citata dal Collegio, si veda anche Tar Piemonte, Torino, sez. I, sentenza del 10 aprile 2018, n. 438.

dall'applicazione del principio inquisitorio, che consta, oltre che dell'iniziativa dell'amministrazione procedente, anche dell'acquisizione delle determinazioni di altri soggetti pubblici e dalla partecipazione procedimentale²⁰.

Tuttavia, alla luce delle considerazioni svolte, è auspicabile che il legislatore offra un chiarimento rispetto alla disciplina che regola la fattispecie controversa, considerata la delicatezza e la rilevanza degli interessi oggetto di protezione e allo scopo di evitare che possano verificarsi ulteriori ipotesi di equivoca interpretazione della norma.

Se la disciplina generale sul procedimento amministrativo già di per sé impone, in non poche occasioni, un significativo sforzo ermeneutico all'interprete, questo dovrebbe essere ancora più pregnante ed esplicativo specie laddove, come nel caso di specie, ad essere coinvolto è un cittadino di Paese terzo, già minore straniero non accompagnato, in virtù della sua possibile posizione di fragilità e debolezza.

5. Conclusioni

Nel suo complesso, la pronuncia dimostra, seppur non esplicitamente, un notevole sforzo nel ricercare una soluzione favorevole al ricorrente, attraverso il tentativo di individuazione di possibili soluzioni per districarsi nel complesso e articolato compendio di norme del settore.

A tal scopo, viene proposta una lettura al contempo di tipo funzionalistico, che si rintraccia, ad esempio, nell'implicito *favor* dimostrato per la garanzia della continuità del processo di integrazione, e di tipo sostanzialistico, allo scopo di superamento dei (complicati) rapporti tra plessi normativi, nella specie, quello dedicato al regime giuridico dei minori stranieri non accompagnati e quello contenuto nel T.U.I.²¹. Ne consegue il rafforzamento del richiamo della pubblica amministrazione all'espletamento degli obblighi procedurali ed agli obblighi istruttori alla quale è preposta²².

²⁰ F. APERIO BELLA, *L'istruttoria procedimentale*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, p. 351.

²¹ Cfr. M. SAVINO, voce *Immigrazione*, in *Enciclopedia del diritto*, I tematici III-2022, B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (diretto da), *Funzioni amministrative*, 599, laddove sottolinea che «Nel diritto contemporaneo, quella dell'immigrazione è probabilmente la disciplina nella quale la tensione tra libertà individuali e autodeterminazione collettiva è più forte».

²² M. INTERLANDI, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, 2018.

In quest'ottica, tale pronuncia si inserisce, inoltre, nell'ambito di un orientamento giurisprudenziale, formatosi nel corso degli ultimi anni, particolarmente attento alla tutela della garanzia dell'effettività dell'applicazione delle garanzie procedurali ai cittadini stranieri, volto, dunque, a saldare un sempre più stretto legame tra le regole che fondano la legge generale sul procedimento amministrativo e le procedure amministrative che riguardano il settore dell'immigrazione.

Quest'ultimo è tutt'oggi connotato, da un lato, dalla presenza di modelli procedurali speciali rispetto a quello contenuto nella l. n. 241/1990, e, dall'altro, dalla persistenza di "silenzi" variamente colmati dall'interprete, e ai quali, dunque, corrispondono crescenti diversificazioni di applicazione del regime suscettibili di produrre ipotesi di disparità di trattamento non giustificate dalla proporzionalità²³, e rispetto alle quali, nell'ottica della piena ed effettiva applicazione del principio di legalità e dell'affidamento del privato, si rende auspicabile l'espreso intervento chiarificatore da parte del legislatore.

²³ F. TIGANO, *La tutela giurisdizionale del migrante in Italia*, relazione al *Congreso Internacional sobre crisis migratorias Nuevos desafíos a los Derechos Humanos*, Università di Jaén, 20-21 ottobre 2022, in corso di pubblicazione in *OIDU*.

PARTE IV

LA DETENZIONE AMMINISTRATIVA E LO STRUMENTO PENALE

Il trattenimento dei richiedenti asilo

CONTROLLO DELLE FRONTIERE E DETENZIONE
DEI RICHIEDENTI ASILO: LA CEDU NON ESCE
DALLA SUA “COMFORT ZONE”

Eleonora Celoria*

SOMMARIO: 1. I fatti di causa e la decisione della Corte. – 2. Il consolidamento della giurisprudenza CEDU sulla detenzione dei minori stranieri. – 3. La ‘detenzione di massa’ dei richiedenti asilo in prossimità delle frontiere dell’Unione Europea.

1. *I fatti di causa e la decisione della Corte*

Il 3 marzo 2022 la Corte europea dei diritti dell’uomo si è pronunciata sul ricorso proposto da un nucleo familiare sottoposto alla misura del trattenimento nelle vicinanze della frontiera tra Polonia e Bielorussia. La decisione si aggiunge alla casistica giurisprudenziale riguardante la detenzione dei richiedenti asilo in prossimità di zone di frontiera variamente intese, misura che molto spesso viene applicata dalle autorità nel contesto di operazioni di respingimento informale.

Come già osservato in questo Blog¹, l’istituto della privazione della libertà si è andato trasformando da misura – teoricamente – eccezionale, in “prassi sistematica”, applicata non soltanto nel contesto dei procedimenti di espulsione e rimpatrio ma anche ai richiedenti asilo che tentano di fare ingresso nei Paesi europei. Ne sono un chiaro esempio le vicende riguardanti le zone di transito ungheresi², il ricorso alla detenzione su alcune isole dell’Egeo (in particolare, Kos)³, e, infine, gli eventi che hanno riguardato lo stesso confine tra Polonia e Bielorussia durante la crisi politica e umanitaria dell’autunno del 2021. Diverse associazioni internazionali ed europee (ad es.

* Dottoranda in ‘Diritti e Istituzioni’, Università degli Studi di Torino.

¹ 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 ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, ottobre 2021.

² HUNGARIAN HELSINKI COMMITTEE, *Crossing a red line. How EU Countries undermine the right to liberty by expanding the use of detention of asylum seekers upon entry*, 2019.

³ EQUAL RIGHTS BEYOND BORDERS, *Detained and Forgotten at the Gates of the EU. Detention of migrants on the island of Kos*, novembre 2021.

Amnesty International; Global Detention Project; ECRE) hanno documentato prassi di detenzione arbitraria al confine polacco condotte anche nei confronti di famiglie e di minori⁴.

La decisione in esame, benché riferita a vicende antecedenti la crisi bielorussa, appare interessante perché fornisce alcune importanti indicazioni sull'approccio che si è consolidato in seno alla giurisprudenza di Strasburgo rispetto a due temi che si affermano come cruciali nella gestione delle 'crisi' ai confini interni ed esterni dell'Unione europea: a) la legittimità dei presupposti per la detenzione (sistematica) dei richiedenti asilo; e b) i limiti (parziali) alla detenzione dei minori. Su questi aspetti ci si concentrerà in sede di commento, con l'obiettivo di analizzare in chiave critica la "comfort zone" in cui si è accomodata la giurisprudenza della Corte europea negli anni più recenti.

I ricorrenti del caso in esame sono i componenti di una famiglia armena (i genitori erano accompagnati dai tre figli minori) che, tra il 25 ottobre e il 3 novembre 2016, tentavano di fare ingresso più volte in Polonia, manifestando la propria volontà di chiedere asilo. Inizialmente, la formalizzazione della domanda veniva loro impedita dalle autorità di frontiera. Queste ultime respingevano sommariamente la famiglia, più volte, verso l'Ucraina, ricorrendo a prassi già giudicate dalla Corte EDU in contrasto con il divieto di espulsioni collettive⁵.

I ricorrenti riuscivano infine a fare ingresso sul territorio e la loro richiesta di protezione veniva accettata e formalizzata soltanto il 6 novembre 2016. Il giorno successivo, la famiglia era trasferita presso il centro di Biała Podlaska, vicino alla frontiera bielorussa: la decisione di trattenimento si fondava sulla necessità di raccogliere elementi per l'esame della domanda di asilo e sul rischio di fuga dei richiedenti. Inoltre, le autorità accusavano la famiglia di aver tentato l'ingresso in Polonia per motivi meramente economici, tesi cui aderiva anche la Corte regionale chiamata a riesaminare la legittimità del trattenimento, nonostante i richiedenti asilo avessero sempre dichiarato di

⁴ AMNESTY INTERNATIONAL, *Poland/Belarus: new evidences of abuses highlights 'hypocrisy' of unequal treatment of asylum seekers*, 11 Aprile 2022; GLOBAL DETENTION PROJECT, *Poland Country Profile. Latest News of 30 January 2022*; EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, *EU Eastern Borders: "Disastrous" Reception Conditions in Poland and Lithuania, Pushbacks Denounced, Uptick in Arrivals to Latvia Amid Fears of War in Ukraine*, 18 Febbraio 2022.

⁵ Corte Edu, sentenza dell'8 luglio 2021, *D.A. and Others v. Poland*, ric. n. 51246/17; Corte Edu, sentenza del 14 dicembre 2020, *M.K. and Others c. Poland*, ric. n. 40503/17.

essere fuggiti dal Paese di origine a causa della persecuzione per motivi politici diretta contro il primo ricorrente (il padre). Infine, nonostante la presenza di minori, le autorità sostenevano che non fosse possibile applicare alcuna misura alternativa.

Trascorsi 60 giorni, e dopo che i due ricorrenti principali erano stati ascoltati dalle autorità competenti in materia di asilo, la detenzione veniva prorogata. Nonostante un successivo ricorso presentato dagli interessati contro tali decisioni, il trattenimento era mantenuto in vigore fino al 5 maggio 2017, data in cui veniva raggiunto il termine ultimo di sei mesi. La famiglia rimaneva quindi nel centro di Biała Podlaska per il massimo dei giorni consentiti, durante i quali nasceva il quarto figlio della coppia. I richiedenti asilo, dopo aver esperito i rimedi interni disponibili per far cessare il trattenimento, ricorrevano alla Corte europea lamentando la violazione del loro diritto alla libertà personale, ritenendo la detenzione arbitraria e illegittima, anche in ragione dell'omesso esame circa l'applicabilità di misure alternative alla detenzione a fronte della presenza di minori.

La Corte EDU ha riconosciuto la violazione dell'art. 5, par. 1, lett.f) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) perché la misura detentiva difettava dei requisiti di necessità e proporzionalità, principalmente in considerazione della presenza dei figli minori. Si segnala, in primo luogo, che la Corte ha mantenuto un atteggiamento molto cauto rispetto alla qualifica del trattenimento come arbitrario, sulla base della tesi avanzata dai ricorrenti. I giudici hanno omesso qualsiasi riferimento al fatto che i richiedenti asilo fossero ormai stati ammessi sul territorio polacco, e si sono limitati a osservare che la detenzione era disciplinata dalle norme di diritto interno. Anche i requisiti previsti dalla legge nazionale a giustificazione del trattenimento – ed in particolare l'esigenza di assumere tutte le informazioni necessarie per l'esame della domanda di asilo e la sussistenza di un rischio di fuga – vengono solo timidamente e parzialmente posti in discussione.

Da un lato, si afferma, con una certa ambiguità, che la proroga della detenzione anche oltre il giorno del colloquio volto all'assunzione di informazioni in merito alla domanda di asilo «may be indicative of a lack of diligence on the part of the authorities» (§ 73). Dall'altro, i giudici reiterano il proprio orientamento secondo cui, in linea di principio, la legittimità dei criteri utilizzati dal diritto interno per fondare una presunzione di sussistenza del rischio di fuga non costituisce oggetto del loro sindacato. Nel caso in esame, il rischio di fuga era ancorato al fatto che i ricorrenti avrebbero tentato di attraversare il confine spinti da ragioni economiche e sprovvisti di documenti (§ 18, 52).

La Corte, in realtà, ammette che si debba attribuire rilevanza alla concreta situazione fattuale che caratterizza il confine polacco, dove avvengono respingimenti informali dei cittadini di Stati terzi senza che venga loro concesso di presentare domanda di asilo. In tale contesto è ben possibile che le autorità di frontiera non abbiano registrato le dichiarazioni dei ricorrenti e li abbiano inizialmente respinti etichettandoli come migranti economici. Tuttavia, nel caso specifico, non è possibile «verify the applicants' version and thus conclusively find that the applicants indeed made a straightforward claim to the border guards that they were seeking asylum» (§ 77). Ben più rilevante, per la Corte, è l'assenza di una «sufficiently thorough or individualised consideration to the applicants' situation». Tale conclusione viene raggiunta valorizzando due elementi: gli innumerevoli errori nei provvedimenti delle Corti di prima istanza, che vengono letti dai giudici di Strasburgo come indicatori di un esame superficiale e approssimativo della situazione dei ricorrenti; e, soprattutto, l'omesso esame della situazione dei minori – l'ultimo dei quali nasceva proprio durante il periodo di detenzione – e del loro superiore interesse. La presenza dei minori è l'ago della bilancia che fa propendere la Corte per il riconoscimento della violazione dell'articolo 5 (§ 87-89). Richiamandosi al principio secondo cui la detenzione dei bambini non è legittima se non preceduta dalla valutazione della proporzionalità del trattenimento, viene osservato che le autorità polacche non avevano sufficientemente dimostrato l'impossibilità di applicare misure alternative meno coercitive e, in ogni caso, avevano mantenuto in essere la misura privativa della libertà per un una durata eccessiva.

2. *Il consolidamento della giurisprudenza CEDU sulla detenzione dei minori stranieri*

La sentenza in esame pare, complessivamente, confermare le linee argomentative seguite dalla Corte EDU negli anni più recenti in materia di detenzione amministrativa, sia con riguardo alla categoria dei richiedenti asilo, sia rispetto a quella dei minori. Può essere dunque utile per riflettere sulle ragioni che costringono la Corte all'interno di una “*comfort zone*” che, in ultima analisi, alimenta i rischi di incoerenza nel sistema di tutela del diritto alla libertà personale degli stranieri.

Con riferimento alla detenzione minorile, non può tacersi che la Corte abbia, negli ultimi 15 anni ed in particolare a partire dal caso *Mubilanzila*⁶,

⁶ Corte Edu, sentenza del 12 ottobre 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Bel-*

mostrato una maggiore sensibilità per la vulnerabilità di questa categoria. Il punto di partenza del ragionamento della Corte è l'astratta compatibilità della detenzione (amministrativa) minorile con la Convenzione europea. Tuttavia, il principio del *best interest of the child* ha progressivamente influito sull'*an* e sul *quomodo* del trattenimento dei minori (Palladino, 2018, p. 276)⁷, poiché il riconoscimento dell'«estrema vulnerabilità» che caratterizza i bambini ha sistematicamente condotto la Corte a censurare l'applicazione automatica della detenzione a questi soggetti. In sostanza, mentre il parametro della necessità e proporzionalità del trattenimento non si è affermato, in via generale, quale presupposto necessario per l'applicazione della misura ai migranti adulti, questo viene recuperato quando siano coinvolti (anche) i minori.

L'orientamento della Corte è ormai costante: se non vi è prova che la situazione del minore e la disponibilità di misure alternative siano state vagliate, la detenzione si qualificherà come incompatibile con l'articolo 5 CEDU⁸.

Nel caso in esame, la Corte ha in realtà precisato che, «as a matter of principle, the confinement of young children in detention establishments should be avoided» (§ 86), chiarendo che le condizioni da rispettare per poter legittimamente trattenere un minore con la sua famiglia sono tre: l'applicazione della misura in ultima istanza, l'adeguatezza delle condizioni di detenzione, e la tempestività dell'intervento delle autorità rispetto al fine perseguito. La Corte sembra quasi suggerire che residuerebbero ben poche situazioni in cui una misura privativa della libertà possa ritenersi compatibile con l'articolo 5, tanto più che molto spesso le condizioni di detenzione si pongono in contrasto anche con l'art. 3 CEDU⁹ (ad esempio in *R.R. e altri, M.D. e A. D, M.H. e altri*). Questa interpretazione, affermata nei casi più recenti¹⁰, va nella direzione di limitare gli spazi di applicabilità della misura del trattenimento ai minori (e alle loro famiglie).

gique, ric. n. 13178/03.

⁷ R. PALLADINO, *La detenzione dei migranti. Regime europeo, competenze statali, diritti umani*, Napoli, 2018, p. 267.

⁸ Corte Edu, sentenza del 12 luglio 2016, *A.B. and Others v. France*, ric. n. 11593/12; Corte Edu, sentenza del 26 marzo 2020, *Bilalova et Autres c. Pologne*, ric. n. 23685/14; Corte Edu, sentenza del 18 novembre 2021, *M.H. and Others v. Croatia*, ric. n. 15670/18.

⁹ Corte Edu, sentenza del 2 marzo 2021, *R.R. and Others v. Hungary*, ric. n. 36037/17; Corte Edu, sentenza del 22 luglio 2021, *M.D. et A.D. c. France*, ric. n. 57035/18; Corte Edu, *M.H. and Others v. Croatia*.

¹⁰ G. HAUMONT, *M.D. and A.D. v. France: Milestone towards a principled prohibition on the immigration detention of children?*, in *Strasbourg Observer*, 11 febbraio 2022.

Al tempo stesso, la deferenza spesso mostrata dalla CEDU nei confronti delle politiche statali in materia di immigrazione potrebbe impedirle di approdare al riconoscimento di un generale divieto di trattenimento dei minori unicamente sulla base del loro *status* giuridico. Una simile conclusione non sarebbe, in realtà, dirompente, dal momento che sia le istanze provenienti dal Consiglio d'Europa, sia il posizionamento degli organismi ONU (ad esempio tramite il *Joint General Comment* del 2017¹¹) vanno nella direzione dell'abolizione della detenzione dei minori: tale orizzonte non è soltanto possibile, ma è l'unico che garantirebbe la piena affermazione di standard comuni a livello internazionale e regionale, offrendo maggiore coerenza ad un sistema organico di tutela dei diritti dei bambini¹².

3. La 'detenzione di massa' dei richiedenti asilo in prossimità delle frontiere dell'Unione Europea

Come anticipato, il caso in commento offre anche lo spunto per riflettere sullo *status* dei richiedenti asilo trattenuti immediatamente dopo il loro ingresso in un Paese membro, come avvenuto nel caso in esame. La Corte europea, da *Saadi* in avanti, ha sempre mostrato deferenza nei confronti delle prerogative sovrane di controllo dei propri confini, anche quando le politiche detentive riguardano indiscriminatamente i richiedenti asilo (da ultimo, *Z.A. e altri*, § 160-163)¹³. In effetti, mentre sulla base del diritto dell'Unione Europea il trattenimento di questa categoria è sottoposto a requisiti piuttosto stringenti, per la giurisprudenza della CEDU è possibile trattenere i richiedenti asilo sulla base di entrambi i presupposti indicati nell'art. 5, co 1, lett.f). La Corte opera, infatti, una sorta di equiparazione tra migranti irregolari e richiedenti protezione, ritenendo che il rispetto del principio di *non-*

¹¹ UN COMMITTEE ON THE PROTECTION OF THE RIGHTS OF ALL MIGRANT WORKERS AND MEMBERS OF THEIR FAMILIES (CMW), *Joint general comment No. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 23 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return*, 16 Novembre 2017, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23.

¹² C. M. SMYTH, *Towards a Complete Prohibition on the Immigration Detention of Children*, in *Human Rights Law Review*, 2019, vol. 19.

¹³ Corte Edu, sentenza del 21 novembre 2019, *Z.A. and Others v. Russia*, ric. n. 61411/15, 61420/15, 61427/15.

refoulement non equivalga ad una “autorizzazione” all’ingresso e al soggiorno¹⁴, salvo che non vi sia una specifica norma nazionale che esplicitamente autorizza la loro permanenza¹⁵.

Tale impostazione è stata ritenuta distonica non soltanto con il diritto internazionale¹⁶, ma soprattutto con il diritto dell’Unione Europea che, salvo in casi eccezionali, considera i richiedenti asilo come regolarmente soggiornanti sul territorio dello Stato (art. 9 Direttiva 2013/32/UE). In base alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea (CGUE), un «cittadino irregolare che abbia manifestato la volontà di chiedere la protezione internazionale» può essere trattenuto soltanto per i motivi enucleati nell’art. 8, co 3 Direttiva 2013/33/UE, e non per il solo fatto di aver presentato domanda di asilo¹⁷.

Il disallineamento tra l’orientamento affermatosi con *Saadi* e il diritto dell’Unione è stato affrontato dalla Corte di Strasburgo finora con una certa dose di ambiguità¹⁸. Ad esempio, nel recente caso *M.H. e altri* i ricorrenti avevano invocato l’illegittimità del trattenimento perché questo non poteva ricollegarsi a nessuno dei presupposti di cui all’art. 5 CEDU, dal momento che gli interessati erano da considerarsi regolari sul territorio sin dalla presentazione della domanda di asilo. La Corte ha ritenuto che l’esame di tale questione non fosse né necessario né rilevante, perché l’illegittimità della detenzione era, in primo luogo, ancorata alla mancata valutazione dell’applicabilità di misure alternative a fronte della presenza dei minori (§ 245-250). Nel caso in esame, invece, i giudici valutano sbrigativamente che il trattenimento della famiglia a Biała Podlaska è giustificato dalla necessità «prevenire il loro ingresso» nel Paese in pendenza dell’esame della domanda di asilo, senza prendere in considerazione che il centro era situato all’interno del territorio polacco e i richiedenti asilo erano già stati ammessi sul territorio (§ 66-67). Contestualmente, la Corte di Strasburgo si mostra riluttante

¹⁴ Corte Edu, sentenza del 29 gennaio 2008, *Saadi v. the United Kingdom*, ric. n. 13229/03, § 64-65

¹⁵ Corte Edu, sentenza 23 luglio 2013, *Suso Musa v. Malta*, ric. n. 42117/12, § 97.

¹⁶ V. MORENO-LAX, *Beyond Saadi v UK: Why The ‘Unnecessary’ Detention of Asylum Seekers Is Inadmissible Under EU law*, in *Human Rights and International Legal Discourse*, vol. 5, n. 2/2011, p. 166 e ss.

¹⁷ CGUE, sentenza del 20 giugno 2020, VL, C-36/20, ECLI:EU:C:2020:495.

¹⁸ J. RUIZ RAMOS, *The Right to Liberty of Asylum Seekers and the European Court of Human Rights in the Aftermath of the 2015 Refugee Crisis*, in *Revista Electronica de Estudios Internacionales*, n. 39/2020, p. 19.

anche di fronte all'esame della compatibilità dei presupposti fondanti il trattenimento della famiglia (necessità di acquisire informazioni sulla domanda di asilo in caso di rischio di fuga) con l'articolo 5 CEDU. Dette condizioni, contenute nella legge polacca, riflettono il contenuto dell'art. 8, co. 3, Direttiva 2013/33, sulla cui interpretazione è intervenuta in alcune occasioni la Corte di Giustizia, promuovendo una applicazione restrittiva dei criteri cui ancorare il rischio di fuga¹⁹, e della necessaria durata del trattenimento finalizzato all'assunzione di informazioni nella procedura di asilo²⁰. Il riconoscimento della violazione del diritto alla libertà personale nel caso di specie trascende però tali valutazioni ed è ancorato, così come in *M.H. e altri*, alla presenza dei minori.

Da entrambe le decisioni traspare, in contro luce, una refrattarietà della Corte ad uscire dalla propria "comfort zone" rispetto ai limiti che gli Stati incontrerebbero nella detenzione dei richiedenti asilo, soprattutto con riferimento alla rilevanza della regolarità del soggiorno. Tale atteggiamento amplifica il rischio di incoerenza tra il sistema di tutela offerto dalla Convenzione europea e dal diritto dell'Unione: benché, in questa sede, ci sia concentrati principalmente sull'aspetto attinente al rapporto tra presentazione della domanda di asilo e presupposti del trattenimento, possibili contraddizioni riguardano anche il concetto di rischio di fuga o il trattenimento fondato su ragioni di tutela dell'ordine pubblico²¹, e non risparmiano nemmeno il profilo della definizione stessa di detenzione²².

Limitandosi all'esame della questione relativa all'autorizzazione all'ingresso, si intravede un ulteriore profilo di rischio: quello che la qualificazione dei richiedenti protezione come «unauthorised entrants» (secondo

¹⁹ CGUE, sentenza del 15 marzo 2017, *Al Chodor*, C-528/15, ECLI:EU:C:2017:213.

²⁰ CGUE, sentenza del 14 settembre 2017, *K.*, C-18/16, ECLI:EU:C:2017:680.

²¹ CGUE, sentenza del 15 febbraio 2016, *J.N.*, C-601/15, ECLI:EU:C:2016:84. Per un esame delle contraddizioni in cui è incorsa la Corte, G. CORNELISSE, *Detention and transnational law in European Union: constitutional protection between complementary and inconsistency*, in M. J. FLYNN, M. B. FLYNN (a cura di), *Challenging Immigration Detention: Academics, Activists and Policy-Makers*, 2017, pp. 222 ss.

²² CGUE, sentenza del 14 maggio 2020, *FMS et al.*, C-924/19 PPU, C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367 nei commenti di S. ZIRULIA, *Per Lussemburgo è 'detenzione', per Strassburgo no: verso un duplice volto della libertà personale dello straniero nello spazio europeo?*, in *Sistema Penale*, 25 maggio 2020, e L. BERNARDINI, «Libertà va cercando...». *Una detenzione 'atipica', uno 'scontro' tra Corti: quali prospettive per i migranti detenuti in Europa?*, in *La Legislazione Penale*, 2021.

l'orientamento affermatosi con *Saadi*, § 64-65, e richiamato in *Suso Musa*, § 89-90, *Z.A. e altri* § 160, *M.H. e altri*, § 230-231) si insinuò progressivamente anche nel contesto del diritto UE. Ad esempio, nell'ambito delle procedure di *screening* e di asilo alla frontiera così come delineate nelle proposte legislative presentate in concomitanza al Patto europeo, è stato introdotto il concetto di finzione di non ingresso sul territorio²³. Tale nozione, sino al momento attuale estranea al diritto unionale, non si allontana troppo dall'idea affermata nella giurisprudenza CEDU secondo cui il richiedente asilo «è e non è presente sul territorio»²⁴. Da questo punto di vista, la possibile riforma del diritto UE in materia di asilo implicherebbe un appiattimento verso il basso delle garanzie in materia di libertà personale dei richiedenti asilo, aprendo maggiori spiragli per l'utilizzo della detenzione come misura amministrativa di gestione delle frontiere applicabile ad una platea potenzialmente indiscriminata di persone.

²³ 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, e F. RONDINE, *La finzione di non ingresso nel nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo: detenzione sistematica ai confini dell'Europa?*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, Gennaio 2022.

²⁴ H. BATTJES, *Territoriality and Asylum Law: The Use of Territorial Jurisdiction to Circumvent Legal Obligations and Human Rights Law Responses*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 47, 2017, p. 263.

“LA STORIA INFINITA”.
(ANCORA) DETENZIONI ARBITRARIE E TORTURE
AI CONFINI TRA UNGHERIA E SERBIA

Lorenzo Bernardini*

SOMMARIO: 1. Una (rassegnata) premessa: il diritto ungherese “circondato” dal garantismo europeo? – 2. La vicenda esaminata dalla Corte di Strasburgo. – 3. La sentenza. – 3.1. Violazione dell’art. 3 CEDU. – 3.2. Violazione dell’art. 5 CEDU. – 4. Incoerenze in tema di onere della prova. – 5. Una necessità “a corrente alternata”?

1. *Una (rassegnata) premessa: il diritto ungherese “circondato” dal garantismo europeo?*

Dopo *R.R. e altri*¹ e *M.B.K. e altri*², un’altra sentenza della Corte di Strasburgo (*H.M. e altri c. Ungheria*)³ solleva ulteriori dubbi sulla compatibilità con la Convenzione della normativa ungherese relativa alla detenzione dei migranti nelle zone di transito al confine terrestre con la Serbia. Si tratta della terza statuizione in poco più di un anno. Senza contare, poi, l’arresto reso dalla Grande Camera della Corte di Giustizia dell’UE nel 2020 che *inter alia* ha censurato le norme ungheresi sul trattenimento nelle *transit zones*, ritenendole incompatibili con il diritto dell’Unione, segnatamente rispetto gli artt. 6 e 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’UE⁴.

Tale ultima decisione ha inoltre statuito che la permanenza degli stranieri nelle zone di confine integra una privazione di libertà, rilevante ai sensi dell’art. 6 della Carta, contraddicendo sul punto la Corte di Strasburgo che, in precedenza, aveva invece sostenuto che la situazione dei migranti non po-

* Postdoctoral Researcher in Criminal Law, Università di Lussemburgo.

¹ Corte Edu, sentenza del 2 marzo 2021, *R.R. e altri c. Ungheria*, ric. n. 36037/17.

² Corte Edu, sentenza del 24 febbraio 2022, *M.B.K. e altri c. Ungheria*, ric. n. 73860/17.

³ Corte Edu, sentenza del 2 giugno 2022, *H.M. e altri c. Ungheria*, ric. n. 38967/17. Ove non altrimenti indicato, i paragrafi nel testo (§) si riferiscono a tale decisione.

⁴ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 14 maggio 2020, *FMS e altri*, C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367, §§ 215-231. Si v., più di recente, anche CGUE (Grande Sezione), sentenza del 17 dicembre 2020, *Commissione c. Ungheria*, C-808/18, ECLI:EU:C:2020:1029, §§ 157-166.

tesse essere ricondotta *ratione materiae* sotto l'ombrello protettivo dell'art. 5 CEDU⁵.

Va poi ricordato che in *R.R. e altri* e *M.B.K. e altri*, similmente alla sentenza in commento, il giudice convenzionale rilevava anche la violazione dell'art. 3 CEDU: le condizioni di detenzione patite dagli stranieri nei luoghi di contenimento sono state ritenute inumane e degradanti.

Come vedremo, il caso che ora si analizza sembra purtroppo rafforzare ulteriormente la convinzione che la normativa ungherese presenti *vulnera* profondi rispetto agli standard della CEDU e della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

2. La vicenda esaminata dalla Corte di Strasburgo

I sei ricorrenti – il sig. H.M., la sig.ra J.K. ed i loro quattro figli minori, di nazionalità irachena – dopo essere fuggiti dal proprio Paese, giungevano presso la zona di transito di Tompa, al confine tra Serbia e Ungheria, il 3 aprile 2017 (§ 5), ove venivano posti in stato di “confinamento” secondo le norme vigenti (§ 1).

Qui presentavano domanda di protezione internazionale (§ 6). Durante le pertinenti procedure di asilo, i ricorrenti venivano trattenuti all'interno di un *container* entro la sezione della zona di transito specificamente destinata alle famiglie, dal quale non potevano uscire liberamente, se non scortati dalle forze dell'ordine per visite mediche o «*other appointments*». Peraltro, nel periodo di permanenza a Tompa, il sig. H.M. – sopravvissuto a torture asseritamente compiute da parte dei servizi di sicurezza iracheni – rappresentava di non aver ricevuto alcun tipo di supporto psicologico e/o psichiatrico. Analogamente, durante il confinamento, la sig.ra J.K. veniva più volte ricoverata in ospedale, in quanto la sua gravidanza veniva ritenuta ad «alto rischio». Di questa difficoltosa situazione la sig.ra J.K. informava più volte le autorità, arrivando persino ad iniziare uno sciopero della fame, per pochi giorni, come forma di protesta per le condizioni di confinamento (§ 9).

Il sig. H.M., infine, riportava davanti alla Corte un episodio controverso avvenuto il giorno in cui fu autorizzato a recarsi in ospedale con la moglie – in occasione di una visita medica – con le manette ai polsi e legato ad un guinzaglio, secondo quanto risulta anche dalla testimonianza di uno dei figli,

⁵ Il riferimento è a Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 21 novembre 2019, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. n. 47287/15, §§ 219–251.

minorenne. Egli rimase ammanettato anche durante lo svolgimento del controllo ospedaliero. In altra occasione, poi, il sig. H.M. accompagnò nuovamente la moglie all'ospedale – sempre sotto il controllo degli agenti di pubblica sicurezza – e questa volta non venne ammanettato. Rimase però tutta la notte entro il nosocomio «*guarded by police officers*» (§ 8).

Nell'agosto del 2017 le autorità – rese edotte dello stato di gravidanza della sig.ra J.K. e delle esigenze dei minori – concedevano la protezione sussidiaria ai ricorrenti, che venivano trasferiti in un centro di accoglienza “aperto” (ove, cioè, ai migranti è permesso di entrare ed uscire liberamente, ad eccezione di un coprifuoco notturno che talvolta può essere imposto)⁶ (§ 6).

Il periodo di tempo effettivamente trascorso a Tompa ammonta, in sostanza, a poco meno di cinque mesi.

3. *La sentenza*

In estrema sintesi, la sentenza della Corte di Strasburgo – emessa all'unanimità – si snoda entro due filoni argomentativi: (a) il primo riguarda la violazione dell'art. 3 CEDU in relazione alle condizioni di detenzione patite dai ricorrenti; (b) il secondo concerne la violazione dell'art. 5, par. 1, lett. *f* CEDU (in relazione alla illegittimità della privazione di libertà *de facto* subita dai ricorrenti, in assenza di qualsivoglia provvedimento formale adottato dalle autorità ungheresi in tal senso) in combinato disposto con l'art. 5, par. 4 CEDU (in mancanza di qualsiasi rimedio effettivo per contestare la legittimità di tale detenzione).

3.1. *Violazione dell'art. 3 CEDU*

In merito al primo punto, la posizione dei ricorrenti è chiara. A sostegno delle loro posizioni, essi ribadivano – dopo aver censurato il «*prison-like constraints in the transit zone*» e la presenza massiccia e costante di polizia, durante gli spostamenti e gli appuntamenti medici – la situazione di vulnerabilità in cui ciascuno di loro versava al momento dei fatti. Rispettivamente: lo stato di gravidanza e le complicazioni a ciò dovute (la madre), i bisogni legati alla tenera età (i quattro minorenni) e i problemi di natura psicologica (il padre). Al contrario, il governo di Budapest asseriva che una assistenza sanita-

⁶ UNHCR, *Reception arrangements*, 2017, p. 107.

ria adeguata era stata loro assicurata, unitamente alle condizioni materiali di accoglienza (adatte per una donna incinta) e all'approvvigionamento di cibo (§ 15).

Data la peculiarità delle situazioni da analizzare («*distinctive situation*»), la Corte inizia il suo ragionamento focalizzandosi sulla condizione dei figli e della madre. Dopo aver richiamato il *leading case Kblafia e altri c. Italia*⁷ e il già menzionato *R.R. e altri*, il giudice di Strasburgo pone a confronto la zona di transito di Röske – oggetto dell'ultima sentenza citata – con quella di Tompa, e conclude che le condizioni di detenzione nelle due località sono «*very similar*», avendo «*essentially the same design and the same services*» (§ 17). I fatti sono dunque analoghi a quelli vagliati in *R.R. e altri*, al punto che la Corte non vede motivo per discostarsi dalle proprie precedenti statuizioni; dunque, rileva anche nel caso di specie la violazione dell'art. 3 CEDU nei confronti dei minorenni. Trasgressione motivata anche con riferimento al decorso del tempo, che è fattore particolarmente rilevante quando questi ultimi risultano detenuti.

Anche nei confronti della madre, sostiene la Corte, il governo ungherese ha posto in essere trattamenti inumani e degradanti; ciò a fronte della gravidanza «ad alto rischio», delle ripetute complicazioni ad essa relative e delle varie «limitazioni» subite durante il confinamento. Situazioni che le avevano causato ansia e sofferenza psicologica e che – dato il suo grado di vulnerabilità – superavano la soglia minima di gravità richiesta dall'art. 3 CEDU. Il fatto che ella avesse ricevuto la «*necessary medical attention*» non inficia la declaratoria di violazione della norma convenzionale (§ 18).

Nei confronti del padre il ragionamento seguito dal giudice europeo è più complesso, sebbene pervenga, infine, alla medesima conclusione. Anzi-tutto, la Corte – definendo il migrante «*not more vulnerable than any other adult asylum-seeker confined to the transit zone*» – ritiene non provate le asserzioni del ricorrente in merito ai suoi problemi psicologici, poiché nulla nel fascicolo processuale fa dedurre tale circostanza.

Nel prosieguo, sono poi vagliate le doglianze dello straniero sull'ammanettamento subito e sul conseguente utilizzo del laccio nei suoi confronti. Qui l'onere della prova è soddisfatto: è pratica comune, rileva la Corte, che le guardie della zona di transito accompagnino i richiedenti asilo

⁷ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 15 dicembre 2016, *Kblafia e altri c. Italia*, ric. n. 16483/12. Per un commento alla decisione si v., per tutti, M. SAVINO, *L'«amministrativizzazione» della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Kblafia*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3-4/2015.

nei loro spostamenti e, inoltre, sarebbe difficile per il ricorrente produrre «*material proof*» dei maltrattamenti patiti. Le allegazioni del migrante sull'episodio, quindi, risultano «*sufficiently substantiated*», tenuto conto, peraltro, che il Governo ungherese non ha contestato in modo specifico tali asserzioni (§ 21).

Dopo aver richiamato la giurisprudenza consolidata sulla violazione dell'art. 3 CEDU rispetto all'attività delle forze dell'ordine⁸ – in particolare quando vengono adoperati strumenti di coercizione come le manette – la Corte ricorda *inter alia* l'importanza, in ogni caso, di accertare la necessità di un tale intervento afflittivo nei confronti di un individuo, soprattutto quando è posto in essere da «*law-enforcement officers*» (§§ 22-23).

Nel caso di specie, viene enfatizzato che la detenzione patita dai ricorrenti non rispetta il canone di «*lawfulness*» scolpito all'art. 5 CEDU, in quanto non supportata da uno specifico provvedimento formale. Così, in mancanza di espressa giustificazione da parte dello Stato convenuto per l'utilizzo di manette e laccio nel caso di specie, appare chiaro agli occhi della Corte che tali misure coercitive non fossero state adottate nel contesto di un «*lawful arrest*» (§ 24).

Peraltro, dal fascicolo processuale non risulta provato che il migrante fosse pericoloso. Sebbene, poi, le manette furono utilizzate in una sola occasione e per poco tempo, il giudice europeo ribadisce che il fattore di “brevità cronologica” non è rilevante⁹. Ciò che costituisce il *focus* del ragionamento è infatti il principio di necessità, che nel caso di specie non è stato rispettato (§ 25).

Conclude l'argomentazione del giudice europeo una lista di circostanze aggravanti che confermano l'illegittimità della condotta posta in essere dalle autorità nazionali nei confronti del ricorrente padre: (i) la presenza di altre persone durante l'ammanettamento (il personale medico) che ha provocato, plausibilmente, sentimenti di umiliazione nei confronti del migrante; (ii) il detrimento dell'immagine genitoriale di fronte ai figli, causato dalla «*public nature*» del trattamento subito.

Pertanto, la Corte rileva una violazione dell'art. 3 CEDU anche nei confronti del ricorrente padre.

⁸ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 17 luglio 2014, *Svinarenko e Slyadnev c. Russia*, ric. nn. 32541/08 e 43441/08 e Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 28 settembre 2015, *Bouyid c. Belgio*, ric. n. 23380/09.

⁹ Si v. Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 2 giugno 2020, *Pranjić-M-Lukić c. Bosnia Erzegovina*, ric. 4938/16, § 77.

3.2. *Violazione dell'art. 5 CEDU*

Ben più sintetiche le statuizioni in merito alla asserita violazione dell'art. 5 CEDU, sia sul versante sostanziale (art. 5, par. 1, lett. *f*, concernente la «*lawfulness*» della detenzione) che su quello procedurale (art. 5, par. 4, riguardante il diritto di *habeas corpus*). Qui la Corte ha buon gioco nell'affidarsi *in toto* al caso *R.R. e altri*, dal quale non intende discostarsi, rilevando di conseguenza l'illegittimità della detenzione *de facto* patita dai migranti (in assenza di alcun provvedimento formale che ordinasse la loro permanenza nella *transit zone*) e la violazione del loro diritto di ricorrere ad un giudice per ottenere un controllo giudiziario sulla privazione di libertà (non essendoci “a monte” un atto ufficiale da contestare). Entrambe le disposizioni, quindi, risultano violate.

4. *Incoerenze in tema di onere della prova*

In tema di *onus probandi* e art. 3 CEDU abbiamo già manifestato i nostri dubbi sull'approccio, talvolta eccessivamente rigoroso, adottato dalla Corte nei confronti dei migranti ricorrenti: il riferimento è al recente caso *Monir Lotfy*¹⁰. Con la decisione qui analizzata, il giudice di Strasburgo pare continuare sulla stessa (preoccupante) rotta.

Dal paragrafo 20 della sentenza in commento, infatti, si evince che l'onere della prova è totalmente rovesciato a svantaggio dello straniero: è quest'ultimo a dover dimostrare, innanzi la Corte, di aver richiesto assistenza psicologica. Una vera e propria *probatio diabolica*, considerato – ed è circostanza, a nostro avviso, dirimente – che il Governo convenuto non ha mai smentito *apertis verbis* tale asserzione (§ 7). Il giudice europeo avrebbe dovuto, in ossequio al consolidato principio di non contestazione¹¹, ritenere provata tale circostanza¹².

¹⁰ Corte Edu, sentenza del 29 giugno 2021, *Monir Lotfy c. Cipro*, ric. n. 37139. Sul tema, sia permesso il rinvio a 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 AA.VV., *Annuario ADiM 2021. Raccolta di scritti di diritto dell'immigrazione*, Napoli, 2022, p. 277 s.

¹¹ Sul punto v. T. THIENEL, *The Burden and Standard of Proof in the European Court of Human Rights*, in *German Yearbook of International Law*, vol. 50, 2007, pp. 543-588.

¹² Sulla difficoltà, incontrate dai migranti, nella raccolta del materiale probatorio a sostegno delle proprie doglianze, v. Corte Edu, sentenza del 17 ottobre 2019, *G.B. e altri c. Turchia*, ric. n. 4633/15, § 115.

Sorprendentemente, però, la Corte – nel paragrafo successivo! – compie una vera e propria “giravolta” argomentativa e ristabilisce le regole *standard* sull’*onus probandi*, con riferimento agli altri trattamenti degradanti subiti dallo straniero. Per questi ultimi, infatti, dopo aver richiamato le prassi in vigore nella zona di transito e dopo aver rilevato che il Governo nulla aveva asserito per contestare tali allegazioni, il giudice di Strasburgo così si esprime: «*taking into account the fact that the first applicant could not be expected to provide material proof of handcuffs and leash being used on him, the Court accepts his statement to be sufficiently substantiated*» (§ 21). Resta da chiedersi perché la Corte abbia adoperato *standard* probatori differenti per due circostanze – la richiesta di assistenza psicologica e l’ammanettamento subito – particolarmente difficili da provare *in rerum natura* da parte del ricorrente.

5. Una necessità “a corrente alternata”?

Come è noto, nella giurisprudenza di Strasburgo, il canone di “necessità” non è inglobato entro la disposizione *ex art. 5, par. 1, lett. f* CEDU¹³. L’approccio seguito dalla Corte convenzionale in materia di detenzione amministrativa si basa su altri indicatori, non sulla indispensabilità della privazione della libertà nel caso concreto. Viene a crearsi, pertanto, un *lower standard* nei confronti dei migranti, col paradosso che una detenzione “non necessaria” può essere considerata legittima attraverso la lente dell’art. 5 CEDU¹⁴. Ad onore del vero, le privazioni di libertà “non necessarie” a carico degli stranieri non integrano, per ciò solo, neppure un trattamento «inumano» e «degradante», essendo necessari altri indicatori che facciano concludere diversamente¹⁵. L’art. 3 CEDU, al più, rileverà in materia di *condizioni* di detenzione¹⁶.

Nella sentenza in commento, nell’ambito dell’accertamento della viola-

¹³ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 29 gennaio 2008, *Saadi c. Regno Unito*, ric. n. 13229/03, §§ 72-73.

¹⁴ Sul punto si v. L. BERNARDINI, *I diritti dei migranti detenuti ai tempi del Covid-19: in Feilazoo c. Malta la CEDU «lascia» o «raddoppia»?*, in *Rivista di Diritto Processuale*, n. 1/2022, pp. 354-355 e dottrina *ivi* citata.

¹⁵ V., ad es., Corte Edu, sentenza del 21 giugno 2018, *S.Z. c. Grecia*, ric. n. 66702/13, § 58 *in fine*, ove la Corte – pur nutrendo dubbi sulla necessità *in concreto* del trattenimento imposto al migrante *ex art. 5 CEDU* – accertava una violazione dell’art. 3 CEDU in relazione alle condizioni di detenzione patite dal ricorrente, senza vagliare la necessità “a monte” della misura privativa della libertà.

¹⁶ V. il ragionamento sviluppato in Corte Edu, *Kblafia e altri*, cit., §§ 162–169.

zione dell'art. 3 CEDU, il concetto di "necessità" è evocato più volte (§§ 22, 23 e 25). La Corte ribadisce che l'utilizzo di misure afflittive da parte delle forze di polizia deve essere indispensabile *in concreto*, pena la degradazione della dignità umana della persona coinvolta, a dispetto dell'impatto che eventualmente tale misura ha avuto nei suoi confronti. L'incoerenza logico-argomentativa nel ragionamento della Corte è però abbastanza evidente. Ammanettare una persona e detenere uno straniero sono infatti misure simili: in entrambe l'individuo è privato della libertà personale¹⁷. Il sindacato della Corte, in tali casi, sembra però seguire un approccio "a corrente alternata".

Per verificare la legittimità della prima misura nel prisma dell'art. 3 CEDU, infatti, la Corte dovrà valutarne *anche* la necessità *in concreto*. Al contrario, per verificare la legittimità della misura detentiva – vaglio che ricade tradizionalmente entro l'art. 5 CEDU – la Corte *non dovrà* compiere tale accertamento (che risulta irrilevante *per se* anche ai sensi dell'art. 3 CEDU).

Per dirla altrimenti: la detenzione amministrativa "non necessaria" risulta compatibile, in linea di principio, non solo con l'art. 5 CEDU ma anche con l'art. 3 CEDU. Al contrario, quest'ultima norma prescrive che l'ammanettamento imposto agli stranieri – già detenuti – debba rispettare il canone di indispensabilità *in concreto* (§ 23).

Appare evidente che tale approccio ondivago non renda onore alla chiarezza, ed anzi potrebbe generare situazioni di difficile definizione giuridica. Così, la giurisprudenza di Strasburgo giunge alla conclusione – discutibile – per cui la misura privativa *ab origine* può anche non rispettare il canone di necessità, mentre l'*ulteriore* uso della forza – parimenti non necessario – potrebbe sollevare criticità ai sensi dell'art. 3 CEDU.

Senza ancoramento ad una prospettiva più coerente, le future decisioni in materia di *immigration detention* sconteranno ancora, nonostante qualche tentativo isolato¹⁸, un *vulnus* argomentativo di difficile composizione, a detrimento – *ça va sans dire* – dei diritti fondamentali dei migranti detenuti.

¹⁷ Per l'analisi del concetto di «privazione della libertà» nel quadro giuridico europeo si v. S. ZIRULIA, *Per Lussemburgo è "detenzione", per Strasburgo no: verso un duplice volto della libertà personale dello straniero nello spazio europeo?*, in *Sistema Penale (web)*, maggio 2020.

¹⁸ Come già evidenziato in L. BERNARDINI, *I diritti dei migranti*, cit., pp. 352-355.

LA FINZIONE DI NON INGRESSO
NEL NUOVO PATTO SULL'IMMIGRAZIONE E L'ASILO:
DETTENZIONE SISTEMATICA AI CONFINI DELL'EUROPA?

Francesca Rondine*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le nuove disposizioni e la procedura di frontiera. – 3. La finzione di non ingresso come *fictio juris* funzionale alla gestione dei flussi migratori. – 4. Il ricorso alla detenzione come strumento ordinario di gestione dei flussi migratori: l'approccio della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Questo contributo si focalizza sulla recente proposta di regolamento che introduce il sistema degli “accertamenti” pre-ingresso alla frontiera esterna dell'UE¹ e le disposizioni in esso contenute, in particolare quelle relative al trattenimento dei migranti alle frontiere esterne dell'UE, nell'ambito della neoistituita procedura di screening alla frontiera, con l'obiettivo di proporre alcuni spunti di riflessione circa il suo contenuto e gli obiettivi.

La proposta di regolamento, come noto, si inserisce nel quadro del nuovo Patto europeo sulla migrazione e l'asilo², che comprende un insieme di riforme che ambiscono a una più generale risistemazione del sistema europeo comune di asilo, riforme di cui il regolamento in oggetto è solo un tassello.

In questo contesto, la proposta introduce la c.d. “finzione di non ingresso” che implica la disarticolazione tra l'ingresso fisico e quello “legale” sul territorio. Lo straniero, pur fisicamente presente, non è ritenuto autorizzato a fare ingresso sul territorio sino ad una decisione in merito da parte delle autorità.

* Assegnista di ricerca in diritto internazionale, Università di Napoli l'Orientale.

¹ Commissione europea, 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) 2019/817, COM/2020/612 final, 23.09.2020.

² Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle regioni, Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo COM/2020/609 final, 23.09.2020.

Il contributo si articola come segue. Una prima parte analizzerà la proposta di regolamento e in particolare la questione della finzione di non ingresso e della detenzione dei migranti in frontiera. Lo si farà mettendo le diverse misure in relazione col diritto derivato UE. Una seconda sezione del contributo si focalizzerà su alcune prassi già in atto presso le frontiere di alcuni Stati membri, in particolare analizzando il caso francese e l'evoluzione normativa attorno alle sue frontiere aeree, partendo dal celebre caso *Amuur c. Francia*³.

Infine, la terza sezione esaminerà l'approccio della Corte Europea dei Diritti Umani alla questione, nel quadro dell'articolo 5(1)(f), e della detenzione per prevenire che lo straniero faccia ingresso irregolarmente nel territorio dello Stato.

2. *Le nuove disposizioni e la procedura di frontiera*

Il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo si costituisce espressamente sulle ceneri della precedente agenda europea sull'asilo e l'immigrazione del 2015, con l'intenzione di superare i nodi emersi nella gestione della c.d. "crisi migratoria"⁴, ed individua proprio nella frontiera esterna il punto focale, nonché il principio, della nuova strategia.

Uno dei suoi perni fondamentali risiede nell'istituzione di meccanismi capaci di «garantire una gestione solida ed equa delle frontiere esterne, che comprenda accertamenti dell'identità, sanitari e di sicurezza, nonché norme efficaci in materia di asilo, snellimento delle procedure in materia di asilo e di rimpatrio»⁵.

Il primo tassello delle riforme proposte risiede proprio nella previsione di "accertamenti preliminari di ingresso", che si realizzerebbero attraverso uno screening che comprenderebbe l'identificazione, i controlli sanitari e di sicurezza, nonché il rilevamento delle impronte digitali e il loro inserimento nella banca dati Eurodac. Quest'ultimo si applica a tutti i soggetti che (a) sono fermati in relazione all'attraversamento non autorizzato via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro, [...]; oppure (b) sono sbarcati sul territorio di uno Stato membro a seguito di un'operazione di ricerca e soccorso.

³ Corte EDU, sentenza del 25 giugno 1996, *Amuur c. Francia*, ric. n. 19776/92.

⁴ Sul concetto di crisi nell'ambito delle politiche migratorie, si veda, *ex multis*, A. LINDLEY, *Crisis and migration: critical perspectives*, Londra, 2014.

⁵ Commissione europea, Un nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo, p. 2.

Il Patto chiarisce che «pur dovendo essere valutate nell'ambito delle procedure unionali di asilo, le domande di asilo presentate alle frontiere non conferiscono un diritto automatico di entrare nell'Unione Europea»⁶. Tale elemento è ribadito nella Relazione alla proposta di Regolamento, che precisa che «i cittadini di paesi terzi non sono autorizzati all'ingresso a meno che non abbiano ricevuto un'autorizzazione esplicita previa valutazione delle condizioni d'ingresso [...]»⁷.

Il sistema così istituito assume significato se letto congiuntamente alla Proposta di Regolamento sulle procedure⁸. Lo screening di frontiera consentirebbe un esame più rapido della situazione individuale del richiedente, che sarebbe in questo modo orientato verso il percorso più adeguato alla sua situazione.

La proposta di Regolamento accertamenti non menziona mai esplicitamente il ricorso al trattenimento, sebbene paia evidente che tali procedure, unite alla necessità di impedire che la persona faccia ingresso sul territorio dell'Unione sino a una eventuale autorizzazione in merito, implicano necessariamente che il richiedente sia “trattenuto” o gli sia richiesto di permanere in un determinato luogo per il tempo dei controlli⁹.

Nella relazione esplicativa, la proposta prevede che «il divieto d'ingresso durante gli accertamenti presuppone l'obbligo per le guardie di frontiera di provvedere affinché nessun cittadino di paese terzo che non soddisfa le condizioni d'ingresso sia autorizzato a entrare. Le situazioni nelle quali gli accertamenti implicano il trattenimento e le relative modalità dovranno essere definite nel diritto nazionale»¹⁰, ampliando la discrezionalità degli Stati membri

⁶ Ivi, p. 5.

⁷ Ivi, p. 2.

⁸ 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, COM(2020) 611 final, 23.09.2020.

⁹ Così, E. CELORIA, *La normalizzazione della detenzione alle frontiere esterne dell'Unione nel nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, n. 2/2021; G. CAMPESI, *The EU Pact on Migration and Asylum and the Dangerous Multiplication of 'Anomalous Zones' For Migration Management*, in S. CARRERA, A. GEDDES, (a cura di), *The EU Pact on Migration and Asylum in light of the United Nations Global Compact on Refugees International Experiences on Containment and Mobility and their Impacts on Trust and Rights*, European University Institute, 2021, pp. 195-204; G. CORNELISSE, *The Pact and Detention: An Empty Promise of 'certainty, clarity and decent conditions*, in *EU MigrationBlog*, 6 gennaio 2021.

¹⁰ Commissione europea, Un nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo, p. 5.

nell'applicazione di tali procedure, col rischio di accentuare la frammentarietà delle prassi nazionali, già invero evidenziata dal Parlamento Europeo nella sua Risoluzione sull'utilizzo della procedura di frontiera¹¹ prevista dall'articolo 43 della Direttiva 2013/32. Ancora, il considerando 12 specifica che lo screening può includere il trattenimento, "nel rispetto della normativa nazionale in materia", lasciando dunque l'onere di stabilire se e in quali casi prevedere il trattenimento alla legislazione nazionale. L'articolo 7, che istituisce un meccanismo di monitoraggio dei diritti fondamentali, impone agli Stati l'istituzione di meccanismi di controllo anche «per garantire il rispetto delle norme nazionali che disciplinano il trattenimento della persona interessata, segnatamente i motivi e la durata del trattenimento».

A ben vedere, le misure ivi proposte non sono una novità nel diritto dell'Unione e nemmeno ne integrano le lacune esistenti: paiono invece confermarle¹².

Per ciò che concerne lo screening alle frontiere, esso è in parte già previsto dal Codice frontiere Schengen¹³, al suo articolo 8, che non prevede tuttavia il controllo medico invece introdotto nella proposta di regolamento. Qui, il regolamento prevede che i cittadini di paesi terzi siano sottoposti all'arrivo sul territorio a verifiche approfondite circa il rispetto delle condizioni di ingresso ai sensi del regolamento stesso, anche circa la presunta vulnerabilità della persona (artt. 6-8 e 14 del CFS). Il regolamento è silente circa il destino di chi è sottoposto ai controlli in frontiera e risulti sprovvisto della necessaria autorizzazione ad entrare sul territorio. Lo strumento prevede una importante deroga nel caso di ragioni di carattere umanitario o di obblighi internazionali, tacendo, anche in questo caso, circa la fase che separa l'intercettazione alla frontiera e lo svolgimento dei controlli dall'eventuale presentazione dell'istanza di protezione internazionale.

La direttiva procedure¹⁴, inoltre, contempla già una procedura di frontie-

¹¹ Parlamento europeo, Risoluzione del Parlamento europeo del 10 febbraio 2021 sull'attuazione dell'articolo 43 della direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale, 2020/2047(INI), 10.02.2021.

¹² Così L. JAKULEVIČIENĖ, *Re-decoration of existing practices? Proposed screening procedures at the EU external borders*, in *Odysseus network blog*, 27 ottobre 2020.

¹³ 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), L 77/1, 23.03.2016.

¹⁴ Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 re-

ra al suo articolo 43, che tuttavia si applica solo in alcuni casi e in via eventuale, valendo soprattutto la regola generale di cui all'articolo 9 della stessa direttiva del diritto del richiedente asilo di rimanere sul territorio per tutta la durata del procedimento, senza che esso sia considerato "irregolare" sino ad una decisione di prima istanza sulla sua domanda di protezione¹⁵. Inoltre, in *Ministerio Fiscal*¹⁶ la Corte ha chiarito che le norme sui richiedenti protezione internazionale debbano trovare applicazione dal momento della presentazione della domanda di protezione, ovvero dalla manifestazione di volontà dinanzi alle autorità dello Stato membro.

Riguardo la questione del trattenimento, in *FMS*¹⁷ la Corte di giustizia ha inoltre affermato che il trattenimento nelle more di una procedura di frontiera debba durare non più di quattro settimane e che ad esso si applicano tutte le garanzie previste dall'articolo 8 della direttiva stessa.

Tuttavia, stante la proposta così come formulata, non è chiaro se e da quale momento tali norme trovino applicazione¹⁸. Invero, la proposta chiarisce al suo articolo 3 che i controlli si applicano «a prescindere dal fatto che (i cittadini di paesi terzi) abbiano presentato domanda di protezione internazionale» e che anzi sono pienamente in vigore nel caso di richiedenti protezione internazionale che non soddisfano i requisiti di ingresso ai sensi dell'articolo 6 del citato codice frontiere Schengen. Tale formulazione solleva diversi profili di dubbia compatibilità di tale normativa con i criteri delineati dalla Corte di giustizia sopra menzionati.

3. *La finzione di non ingresso come fictio juris funzionale alla gestione dei flussi migratori*

La finzione di non ingresso, unita al trattenimento presso le c.d. zone di transito, è una delle costruzioni giuridiche più diffuse nei c.d. "*non-entrée*

cante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale, L 180/60, 29.06.2013.

¹⁵ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 19 giugno 2018, *Gnandi*, C-181/16, EU:C:2018:465.

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

¹⁷ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 14 maggio 2020, *FMS*, C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, EU:C:2020:367.

¹⁸ Cfr. E. CELORIA, *Op. cit.*

mechanisms”¹⁹. Tale strumento ha tra i suoi effetti, ma anche tra le sue ragioni di esistenza quello di aumentare la “detenibilità” dei richiedenti asilo e dei migranti irregolari e di rendere il trattenimento uno strumento ordinario di gestione dei flussi migratori²⁰.

È stato osservato in dottrina che questo tipo di politiche di dissuasione si basano su due manipolazioni principali: la prima consiste nel considerare alcune zone di transito e di frontiera come extraterritoriali; la seconda, ora maggioritaria, corrisponde invece all’oggetto di questa analisi, e dunque alla c.d. “finzione di non ingresso”, che si basa, come spiegato, su una disarticolazione tra la presenza fisica e quella legale dei soggetti²¹.

Il primo paradigma era alla base, ad esempio, delle vicende nel celebre caso *Amuur c. Francia* portato all’attenzione della Corte Edu. Il caso riguardava alcuni richiedenti asilo arrivati in Francia dalla Siria per via aerea i quali, a seguito di un rifiuto di ingresso nel paese, erano stati trattenuti presso alcuni locali dell’aeroporto prima e presso un hotel nelle vicinanze poi. All’epoca dei fatti, il regime applicabile si componeva di una serie di strumenti di natura prevalentemente amministrativa e si fondava sulla presunzione che le zone di transito degli aeroporti godessero di uno status di extraterritorialità²², in virtù della quale i soggetti fermati presso le zone di transito non potevano dunque considerarsi presenti sul territorio francese.

La presunzione di extraterritorialità di tali zone è stata lentamente sostituita da un altro paradigma. Infatti, come osservato da Basaran²³, l’applicazione di un regime giuridico differenziale presso le zone di transito dipende in larga misura dallo status giuridico di chi le attraversa, che permette l’esclusione di alcune categorie di individui dal godimento di alcuni diritti: «the concept of legal space makes it possible for individuals sharing the same geographical space to have entirely different sets of rights stemming from their different legal statuses»²⁴.

¹⁹ J. C. HATHAWAY, *The Emerging Politics of non-entrée*, in *Refugees*, vol. 91, 1992, p. 40.

²⁰ C. COSTELLO, M. MOUZOURAKIS, *EU Law and the Detainability of Asylum Seekers*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2016, vol. 35.

²¹ T. BASARAN, *Security, Law and Borders: At the Limits of Liberties*, London and New York, 2011; P. MAILLET, A. MOUNTZ, K. WILLIAMS, *Exclusion Through Imperio: Entanglements of Law and Geography in the Waiting Zone, Excised Territory and Search and Rescue Region*, in *Social and Legal Studies*, 27 (2), 2018.

²² Cfr. P. MAILLET, *Op. cit.*

²³ T. BASARAN, *Legal borders: the Waiting zones*, in J.P. BURGESS, S. GUTWIRTH (a cura di), *A Threat against Europe? Security, Migration, Integration*, Brussels, 2011.

²⁴ *Ivi*, p. 50.

Il caso francese è ancora una volta esemplificativo: infatti, la Legge sulle zone di transito²⁵, adottata successivamente alle vicende del caso *Amuur*, prevede che i migranti irregolari presenti nelle zone di transito non sono autorizzati a fare accesso sul territorio: in caso di presentazione di istanza di protezione internazionale, il soggetto dovrà essere sottoposto ad accertamenti preliminari circa la fondatezza della sua istanza, che, se valutata positivamente, gli conferirà un diritto di permanenza sul territorio per tutta la durata della procedura ordinaria di asilo. Al contrario, una decisione di non ammissibilità comporta la permanenza in frontiera e il “respingimento immediato” del soggetto²⁶. Tutta la fase che riguarda la decisione di ammissibilità prevede che il soggetto sia automaticamente trattenuto presso tali zone²⁷, istituzionalizzando a livello legislativo un trattamento deteriore e differenziale per i migranti in frontiera, rispetto a quelli che si trovano invece sul territorio.

4. *Il ricorso alla detenzione come strumento ordinario di gestione dei flussi migratori: l'approccio della Corte europea dei diritti dell'uomo*

Nel diritto dell'Unione, il trattenimento è ammesso in due casi: nelle more della procedura di richiesta della protezione internazionale e nell'ambito del procedimento di determinazione dello stato membro competente ai sensi dell'art. 28 del Regolamento Dublino²⁸, insieme alle norme della direttiva rimpatri che però si applica quando vi sia una procedura di rimpatrio in atto, e dunque esula dall'oggetto di questo contributo. In via generale, come già esaminato, il diritto dell'Unione (art. 8 Direttiva 2013/32/UE) prevede il

²⁵ Loi n. 92-190 du 26 février 1992 portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

²⁶ M. ISERTE, *Enquête en «zone d'attente réservée» de l'aéroport de Paris-Charles de Gaulle: vers une gestion sécuritaire des « flux migratoires »*, in *Cultures et Conflits*, Vol. 71, *Confinement des étrangers: Entre circulation et enfermement*, 2008.

²⁷ Prima della legge il trattenimento avveniva de facto. Con l'adozione della legge sulle zone di attesa, il trattenimento viene invece previsto ed applicato automaticamente a chiunque transiti in maniera irregolare attraverso le cd. zone di attesa francesi, Cfr. M. ISERTE, *op. cit.*

²⁸ Regolamento N. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, L. 180/31, 29.06.2013.

trattenimento come strumento marginale e di ultima istanza, nel rispetto dei principi di necessità, proporzionalità e di ricorso alla misura solo ove non sia possibile ricorrere a strumenti meno coercitivi²⁹.

Nell'ambito europeo, diverso è l'approccio della Corte Edu. Sebbene infatti la Corte applichi criteri simili sia circa la definizione del concetto di detenzione che nella determinazione della sua legalità e delle garanzie procedurali, notoriamente essa non ritiene applicabile il test di necessità nel caso in cui la misura rientri nell'ambito del paragrafo 5(1)f, e sia dunque finalizzata ad impedire l'ingresso irregolare di un soggetto sul territorio o all'organizzazione di una misura di espulsione¹⁴.

Nel quadro dell'articolo 5 CEDU, inoltre, la Corte ammette che la presenza fisica sul territorio non equivalga a quella legale: in *Saadi*³⁰, la Corte ha infatti affermato che «until a State has 'authorised' entry to the country, any entry is 'unauthorised' and the detention of a person who wishes to effect entry and who needs but does not yet have authorisation to do so, can be, without any distortion of language, to 'prevent his effecting an unauthorised entry'». Tale distorsione si lega indirettamente alla questione del regime giuridico applicabile alle diverse categorie di individui: se infatti la Corte non ha mai mancato di affermare che la frontiera è parte della giurisdizione statale e ad essa si applica la legislazione dello Stato³¹, nonché le norme della CEDU, un trattamento peggiore dello straniero è pur sempre ammesso non già in virtù di una presunta giurisdizione graduata su alcune zone ma in ragione della irregolarità dello status dell'individuo all'atto dell'attraversamento della frontiera³². Tale trattamento differenziale è evidente proprio nell'applicazione dell'articolo 5 alle zone di transito³³: come già accennato, infatti, il trattenimento non deve rispettare il criterio di necessità e, più nello specifico, è sufficiente, ai fini dell'applicazione della misura, che essa sia finalizzata a impedire l'ingresso irregolare dello straniero sul territorio.

²⁹ CGUE, sentenza del 15 marzo 2017, *Al Chodor*, C-528/15, E U:C:2017:213; conclusioni ribadite nella recente sentenza del 30 giugno 2022, *M.A.*, causa C-72/22 PPU, EU:C:2022:505.

³⁰ Corte EDU (Grande Camera), sentenza del 29 gennaio 2008, *Saadi c. Regno Unito*, ric. n. 13229/03.

³¹ Corte EDU (Grande Camera), sentenza del 13 febbraio 2020, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. n. 8675/15 e 8697/15.

³² Cfr. C. COSTELLO, M. M. MOUZOURAKIS, *Op. cit.*

³³ M. STARITA, *Recenti orientamenti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sui diritti dei richiedenti asilo*, in *Diritto e immigrazione. Un quadro aggiornato delle questioni più attuali e rilevanti*, in G. DE MARZO, F. PARISI (a cura di), *il foro italiano, gli speciali*, n. 3/2021.

5. Conclusioni

Questo contributo, relativo alla procedura di screening alla frontiera nel quadro del Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo, problematizza la previsione della c.d. finzione di non ingresso unita al trattenimento dei migranti irregolari nelle more della procedura in questione. La procedura di screening si inserisce nel solco di diverse ambiguità del diritto dell'Unione, connaturate alla formulazione del codice frontiere Schengen e ai controlli alle frontiere esterne. La finzione di non ingresso e la correlata "detenibilità" dei migranti in frontiera rappresentano una declinazione delle strategie di "esternalizzazione" – dall'interno – dei flussi migratori già adottata da alcuni stati, di cui il caso francese rappresenta un compiuto esempio.

In buona sostanza, la logica della proposta di regolamento per uno screening alle frontiere sembra dunque quella di abbassare gli standard di protezione dei diritti fondamentali dei migranti alla frontiera, introducendo nel diritto dell'Unione la *fictio juris* di non ingresso e normalizzando il trattenimento dei migranti irregolari e richiedenti asilo alla frontiera.

SI CHIUDE LA PROCEDURA DI MONITORAGGIO
DELL'ESECUZIONE DELLA SENTENZA *KHLAIFIA C. ITALIA*
MA PERMANGONO CRITICITÀ
SUL TRATTENIMENTO DEI MIGRANTI NEGLI HOTSPOT

Giulia Mentasti*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Lessico minimo. – 3. Il caso *Kblaifia*. – 4. Le riforme, il monitoraggio e la decisione del Comitato. – 5. Qualche osservazione conclusiva.

1. *Premessa*

“*Case closed*” è quel che il 2 dicembre 2021 il Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa ha deciso con riguardo alla procedura di monitoraggio dell’esecuzione della sentenza *Kblaifia c. Italia*¹. La decisione arriva all’esito di un lungo dialogo intercorso, per oltre cinque anni, tra il Comitato e l’Italia, condannata nel 2016 dalla Grande Camera della Corte Edu per la violazione dell’art. 5 parr. 1, 2, 4 e dell’art. 13 (in relazione all’art. 3) CEDU per aver trattenuto in modo illegittimo alcuni cittadini stranieri sbarcati irregolarmente sulle coste siciliane nel 2011.

La chiusura della procedura di monitoraggio segna un momento decisivo nella disciplina italiana del trattenimento amministrativo: ad oggi, la sentenza *Kblaifia* è stata l’unica pronuncia di un organo giurisdizionale – nazionale e non – a dichiarare illegittima la normativa (e la prassi) italiana in materia; la chiusura del monitoraggio e, come vedremo, il tipo di strumenti che il Comitato ha considerato adeguati a garantire i diritti dei migranti privati della libertà personale tracciano un’inattesa battuta d’arresto per quanti da tempo invocano un serio ripensamento dell’istituto.

2. *Lessico minimo*

Il trattenimento amministrativo dello straniero in Italia avviene, princi-

* Assegnista di ricerca in Diritto penale, Università degli Studi di Milano.

¹ C. Edu (Grande Camera), sentenza del 15 dicembre 2016, *Kblaifia c. Italia*, ric. n. 16483/12.

palmente, in due modi: *in arrivo*, ossia immediatamente dopo l'ingresso nel territorio italiano, negli *hotspot*, ovvero *in uscita*, quando lo straniero è già stato attinto da un provvedimento di espulsione, nei centri di permanenza per il rimpatrio (Cpr)².

Il trattenimento di cui ci occuperemo – e di cui si è a suo tempo occupata la Corte Edu nella sentenza *Khlaifia* – è quello *in arrivo*, oggi prevalentemente eseguito negli *hotspot*. Rispetto al trattenimento in vista dell'espulsione – disciplinato dall'art. 14 del d.lgs. 286/1998 (Testo unico sull'immigrazione), il trattenimento negli *hotspot* è una forma di privazione della libertà recente o, meglio, recentemente disciplinata³. Benché, infatti, la prassi di trattenere le persone appena sbarcate irregolarmente sul territorio italiano (ovvero *ivi* condotte a seguito di operazioni di soccorso in mare) sia risalente nel tempo – almeno, come vedremo, sin dal 2011 – la prima regolamentazione di tale forma detenzione amministrativa risale al 2017, anno nel quale il legislatore, spinto proprio dagli esiti della sentenza *Khlaifia*, ha posto per la prima volta mano al trattenimento in arrivo, abbozzandone una prima base legale.

Il trattenimento dei migranti nei Cpr, pur rappresentando la più risalente e disciplinata forma di trattenimento amministrativo nel nostro ordinamento, non sarà oggetto di questo breve contributo. Con il trattenimento negli *hotspot*, tuttavia, condivide molti profili critici, che vanno, in estrema sintesi, dal parziale rispetto della riserva di legge dettata dall'art. 13 della Costituzione sino, a monte, alla esistenza stessa nell'ordinamento di una forma di privazione della libertà personale svincolata dalla commissione di un reato.

3. *Il caso Khlaifia*

Nel 2011, nel pieno delle ondate migratorie innescate dalla cosiddetta “Primavera araba”, Lampedusa è divenuta meta di un consistente numero di sbarchi di cittadini stranieri provenienti dal Nord Africa. È in questo contesto che si inserisce la vicenda dei ricorrenti, tre cittadini tunisini, che dopo essere stati intercettati da una motovedetta della Guardia costiera italiana

² Sul punto, più approfonditamente: E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero*, in F. CURI, F. MARTELLONI, A. SBRACCIA, E. VALENTINI, *I migranti sui sentieri del diritto*, II ed., 2021, Torino, pp. 199-256.

³ In particolare, sugli hotspot M. BENVENUTI, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2018.

mentre attraversavano il Mediterraneo a bordo di una imbarcazione di fortuna, sono stati condotti e identificati nel Centro di Soccorso e Prima Accoglienza (CPSA) di Contrada Imbriacola a Lampedusa; dopo due giorni, a seguito di un incendio nel centro appiccato dai migranti in segno di protesta per le condizioni in cui venivano trattenuti, sono stati spostati nel palazzetto dello sport di Lampedusa e, dopo altri due giorni, trasferiti in aereo a Palermo e successivamente alloggiati su alcune navi attraccate nel porto della città. Dopo pochi giorni, i ricorrenti sono stati nuovamente condotti in aeroporto e, all'esito di una rapida identificazione da parte del Console tunisino, sono stati rimpatriati in Tunisia in forza delle disposizioni contenute nell'accordo italo-tunisino dell'aprile del 2011⁴.

Per questi fatti – qui estremamente sintetizzati – e soprattutto per il carente quadro normativo che all'epoca disciplinava il trattenimento in arrivo, l'Italia è stata condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, organo al quale i tre cittadini stranieri si erano rivolti per vedere tutelati i propri diritti.

Nel settembre del 2015 la seconda Sezione della Corte Edu ha integralmente accolto le contestazioni avanzate dai ricorrenti concernenti le violazioni dell'art. 5 par. 1 (per essere stati privati della propria libertà personale in assenza dei presupposti legali), par. 2 (per non aver ricevuto alcuna comunicazione circa le ragioni del trattenimento) e par. 4 (per non aver avuto la possibilità di contestare la legittimità di tale privazione di libertà) CEDU; ha accolto in parte quelle relative alle violazioni dell'art. 3 CEDU (relative al trattenimento in condizioni inumane e degradanti sia nel CSPA di Lampedusa che a bordo delle navi ormeggiate nel porto di Palermo); e accolto integralmente quelle fondate sull'art. 4, prot. 4, CEDU (inerenti all'espulsione collettiva subita dai ricorrenti in esecuzione dell'accordo bilaterale tra Italia e Tunisia, dal momento che il loro rimpatrio è avvenuto sulla sola base della nazionalità accertata dal Console tunisino), attribuendo, infine, ai ricorrenti un rilevante risarcimento del danno. Nel dicembre del 2016, a seguito della

⁴ Il riferimento è a un processo verbale siglato a Tunisi il 5 aprile 2011 tra l'allora Ministro dell'interno tunisino Habib Essid e l'omologo italiano Roberto Maroni. La collaborazione tra Italia e Tunisia per il contrasto dell'immigrazione irregolare, tuttavia, è bene salda e risalente nel tempo. Oltre al predetto accordo verbale possono ricordarsi l'accordo Italia-Tunisia del 1998 – siglato dai Ministri degli esteri dei due Paesi, rispettivamente Lamberto Dini e Saïd Ben Mustapha – e, più di recente, la dichiarazione congiunta, firmata a Roma il 9 febbraio 2017, tra il Ministro degli esteri italiano Angelino Alfano e l'omologo tunisino Khemaies Jhinaoui. Il testo di tutti questi documenti è consultabile sul sito di ASGI, nella sezione dedicata al progetto Sciabaca & Oruka.

richiesta di rinvio presentata dal Governo italiano avverso la sentenza resa dalla seconda Sezione, la Grande Camera, in parziale riforma del precedente giudizio, ha escluso la violazione sia dell'art. 3 CEDU, sia dell'art. 4, prot. 4, CEDU ma, al contempo, ha confermato le rimanenti parti, condannando l'Italia per la violazione dell'art. 5 parr. 1, 2 e 4 CEDU e altresì, per la violazione dell'art. 13 CEDU in relazione all'art. 3 CEDU, in considerazione del fatto che i ricorrenti non avevano potuto beneficiare di un efficace rimedio giurisdizionale interno contro tali violazioni convenzionali⁵.

In forza dell'art. 46 par. 2 CEDU è stato affidato al Comitato dei Ministri – un organo diplomatico composto dai rappresentanti dei 47 Stati membri del Consiglio d'Europa – il compito di vigilare sulla esecuzione di tale sentenza, monitorando le iniziative legislative delle autorità italiane volte a dotare l'ordinamento di strumenti di carattere generale idonei a evitare nuove ed ulteriori violazioni degli artt. 5 e 13 CEDU.

4. *Le riforme, il monitoraggio e la decisione del Comitato*

Come a suo tempo sottolineato dai commentatori, questa pronuncia ha segnato un passaggio molto importante nella evoluzione normativa del trattenimento amministrativo in Italia, imponendo al nostro Paese un ripensamento delle prassi in materia di trattenimento alla luce, altresì, del cd. *approccio hotspot* che nel frattempo l'Agenda europea delle Migrazioni aveva implementato. I successivi interventi del legislatore italiano, tuttavia, non si sono mai dimostrati del tutto soddisfacenti. Innanzitutto, occorre ricordare che con l'*approccio hotspot* del 2015 la Commissione europea, preoccupata dai “movimenti secondari” nel territorio dell'Unione, ha chiesto all'Italia e agli altri Paesi europei affacciati sul Mediterraneo di procedere una rigorosa operazione di segnalazione degli stranieri in arrivo mediante un tempestivo *screening* sanitario, fotosegnalamento, rilevamento delle impronte digitali e una pre-identificazione volta a “ripartire” i migranti tra richiedenti asilo (indirizzati verso gli appositi centri) e migranti economici (trasferiti nei CPR in attesa di espulsione). Tali attività, già di per sé incidenti sulla libertà personale delle persone coinvolte, venivano svolte nei confronti di persone *de facto* trattenute negli *hotspot* in assenza di ogni normativa di rango primario che

⁵ Per un commento v. *ex multis*, A. GILIBERTO, *La pronuncia della Grande Camera della Corte EDU sui trattenimenti (e i conseguenti respingimenti) di Lampedusa del 2011*, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 dicembre 2016.

ne disciplinasse casi e modi, come invece vorrebbe l'art. 13 della Costituzione.

Solo nel 2017 il legislatore – sollecitato proprio dalla sentenza *Kblaifia* che chiedeva un adeguamento alla Convenzione delle prassi di trattenimento in arrivo – è intervenuto con il d.l. 17 febbraio 2017, n. 13 (conv. con modif. con l. 13 aprile 2017, n. 146) inserendo nel D.lgs. 286/1998 l'art. 10 *ter* con cui, in modo davvero poco risolutivo, ha previsto che lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare sia «condotto» (non ha usato la parola trattenere) «per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi» senza nulla dire, però, sulla natura di tali luoghi – anzi indicati con un mero rinvio a strutture nominate in testi normativi del 1995 e del 2015 – e sulle modalità del trattenimento al loro interno⁶.

Nell'autunno del 2018 il cd. decreto Salvini (d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 conv. con modif. con l. 1° dicembre 2018, n. 132), intervenendo sull'art. 6 del d.lgs. 142/2015 (testo che ha dato attuazione alle direttive 2013/33/UE e 2013/32/UE in tema di protezione internazionale), ha previsto la possibilità di trattenere nei punti di crisi a fini identificativi per un massimo di trenta giorni i richiedenti protezione internazionale. Questo intervento ha comportato due conseguenze: da un lato, ha fatto chiarezza sulla natura di *centri chiusi* degli *hotspot*, togliendo ogni dubbio circa il fatto che al loro interno, nonostante l'etichetta di luoghi deputati all'immediata assistenza, possa avvenire il trattenimento dello straniero; dall'altro lato, ha previsto solo una parziale base legale per il trattenimento nei punti di crisi, limitata ai soli richiedenti protezione internazionale: il trattenimento degli altri migranti in tali luoghi, tuttora eseguito, resta ancora privo di ogni valido riferimento normativo⁷.

Con riguardo, invece, ai meccanismi di reclamo, il primo e unico intervento si deve al cd. decreto Lamorgese (d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, conv. con modif. con l. 18 dicembre 2020, n. 173) – ultimo tassello in materia – che modificando l'art. 14 t.u.imm. ha previsto a favore dello straniero trattenuto in un Cpr una procedura di reclamo in merito alle condizioni di trattenimen-

⁶ Si vedano: L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10 marzo 2017; C. LEONE, *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10 ter del d.lgs. 286/1998*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2017.

⁷ L. MASERA., *La crimmigration nel decreto Salvini*, in *Legislazione Penale*, n. 7/2019.

to, attuabile tramite istanze o reclami, orali o scritti al Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale il quale, esaminata la fondatezza delle istanze, potrà formulare raccomandazioni all'amministrazione interessata⁸.

Sino al dicembre 2021, con riguardo a questi interventi del legislatore italiano e alla loro capacità di colmare le lacune normative individuate dalla sentenza *Kblafia* il Comitato si era sempre mostrato molto dubbioso. Già nelle prime fasi della procedura di monitoraggio, i *complex problems* emersi dal caso italiano avevano indotto il Comitato a ravvisare la natura strutturale delle violazioni e ad applicare al caso, di conseguenza, una procedura di controllo "rafforzato", ossia prevedendo un monitoraggio con cadenza annuale delle misure adottate dal Governo italiano.

Nel marzo del 2019, la valutazione dei primi interventi del legislatore italiano (decreto Minniti e decreto Salvini) aveva suscitato perplessità nel Comitato. Con riguardo ai profili indicati dall'art. 5 CEDU, il Comitato osservava che continuavano a mancare tutele legali per i migranti trattenuti e, soprattutto, notava la perdurante mancanza di una via di ricorso effettiva cui sottoporre il giudizio circa le condizioni di trattenimento nei centri. Non solo: non era passato inosservato l'intervento del legislatore del 2018 – anzi propugnato dal Governo italiano quale soluzione alle lacune riscontrate – che tuttavia era subito sembrato al Comitato incompleto, in quanto la base legale in esso contenuta era limitata al trattenimento negli *hotspot* dei richiedenti protezione internazionale. Quanto agli altri migranti – ugualmente trattenuti nei punti di crisi – il Comitato aveva dunque chiesto che venissero forniti chiarimenti in merito ai casi e alle condizioni del loro trattenimento nei punti di crisi. Anche sul versante dell'art. 13 CEDU, il Comitato rilevava la persistente assenza nel sistema giuridico nazionale di un rimedio effettivo per contestare le condizioni di trattenimento all'interno degli *hotspot*, non potendo a tal fine ritenere adeguati i rimedi indicati dal Governo italiano consistenti nel procedimento d'urgenza presso il Tribunale ordinario (*ex art. 700 c.p.c.*) e nel risarcimento del danno per responsabilità extracontrattuale (*ex art. 2043 c.c.*).

L'approccio scettico del Comitato non sembrava essere cambiato nemmeno nella sessione di marzo del 2021, all'indomani dell'approvazione in Italia del cd. decreto Lamorgese. Se, con riguardo ai profili di contrasto con

⁸ Sia consentito il rinvio a G. MENTASTI, *L'ennesimo 'decreto immigrazione-sicurezza' (d.l. 21 ottobre 2020, n. 130): modifiche al codice penale e altre novità*, in *Sistema penale*, 23 ottobre 2020.

l'art. 5 CEDU, il Comitato si era riservato di analizzare il nuovo quadro legislativo tratteggiato dal Governo nella memoria del febbraio 2021⁹ all'esito dell'intervento del decreto Lamorgese, il Comitato sembrava invece serbare forti dubbi sui rimedi giurisdizionali indicati dal Governo italiano, tanto da chiedere alle autorità italiane di fornire alcune decisioni giudiziarie in grado, al contrario, di dimostrarne l'efficacia. In risposata a tale richiesta, a ottobre 2021, nell'ultima comunicazione¹⁰ intercorsa tra il Comitato e il Governo italiano, quest'ultimo, pur insistendo sulla idoneità del proprio apparato normativo, si è limitato a presentare un caso di utilizzo dell'art. 700 c.p.c.¹¹, contenuto in una sentenza del Tribunale di Milano che aveva riguardato, però, uno straniero trattenuto in un Cpr. Nessun precedente giudiziario, invece, era stato ravvisato con riguardo agli *hotspot* in ragione, verosimilmente, dell'estrema difficoltà con cui le persone trattenute in tali centri riescono a entrare in contatto con gli avvocati per poter lamentare la propria condizione.

Stante questo quadro appare sorprendente la decisione del Comitato, presa il 2 dicembre 2021¹², di chiudere la procedura di esecuzione della sentenza *Khlaifia c. Italia*. Nelle proprie argomentazioni sul punto, il Comitato ha rilevato che rispetto alla necessità di adottare misure generali per evitare nuove violazioni dell'art. 5, parr. 1, 2 e 4, CEDU, all'esito degli interventi normativi adottati dalle autorità italiane, l'attuale quadro giuridico che disciplina il trattenimento negli *hotspot* fornisce una base giuridica chiara e accessibile; impone alle autorità di fornire informazioni alle persone interessate sui loro diritti e sui motivi della loro detenzione; assicura un controllo giurisdizionale automatico della legittimità di qualsiasi decisione di trattenimento.

Con riguardo, invece, alla violazione dell'art. 13 CEDU rispetto all'art. 3 CEDU, vincendo i precedenti scetticismi, il Comitato ha ritenuto che le informazioni e le pronunce giurisprudenziali indicate dalle autorità nazionali

⁹ Secretariat of The Committee Of Ministers, Communication from the authorities concerning the case of *Khlaifia and Others v. Italy*, 15.02.2021, DH-DD(2021)190.

¹⁰ Secretariat of The Committee Of Ministers, Communication from Italy concerning the case of *Khlaifia and Others v. Italy*, 18.10.2021, DH-DD(2021)1062.

¹¹ Trib. Milano, ordinanza del 23 febbraio 2021; per un commento sia consentito il rinvio a G. MENTASTI, *La libertà di corrispondenza nel CPR e la (mancata) regolamentazione delle condizioni di trattenimento degli stranieri in attesa di espulsione*, in *Sistema penale*, 15 settembre 2021.

¹² Risoluzione CM/ResDH(2021)424, Esecuzione della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Khlaifia et al. c. Italia*, adottata dal Comitato dei Ministri il 2 dicembre 2021.

indichino, *with a sufficient degree of certainty*, che la combinazione di rimedi civilistici preventivi e risarcitori di cui all'art. 700 c.p.c. e all'art. 2043 c.c. sia in grado di assicurare al migrante amministrativamente detenuto la possibilità di rivolgere a un'autorità giudiziaria nazionale reclami relativi alle proprie condizioni e ottenere un adeguato risarcimento, qualora tali condizioni raggiungano la soglia di gravità richiesta per qualificarsi come trattamento inumano o degradante.

5. Osservazione conclusiva

La chiusura della procedura di esecuzione e, soprattutto, gli argomenti adottati a tal proposito dal Comitato dei Ministri lasciano perplessi sotto molteplici profili. In primo luogo, le sommarie valutazioni circa la sufficienza della attuale e palesemente incompleta base legale del trattenimento negli *hotspot* rischia di spianare la strada al perdurare di prassi di trattenimenti *extra ordinem*, che proprio la sentenza *Khlaifia* aveva per prima dichiarato illegittimi. In secondo luogo, sembra davvero orientata a una «bagatellarizzazione» della libertà personale dello straniero la decisione del Comitato di ritenere adeguati i rimedi indicati dal Governo italiano, vale a dire, il procedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* – quale rimedio di tipo preventivo, funzionale cioè a far cessare le violazioni in atto – e l'azione di risarcimento del danno *ex art. 2043 c.c.* – quale rimedio di tipo compensatorio, a risarcimento dei danni causati dalle violazioni subite. Tali strumenti – peraltro già presenti nell'ordinamento italiano al momento della condanna nel 2016 – mostrano nei fatti la loro inadeguatezza¹³: l'assenza di giurisprudenza che ne attesti l'utilizzo con riferimento agli *hotspot* dimostra che questi strumenti di carattere generale, pur presenti nell'ordinamento, sono inutilizzabili nei brevi spazi temporali che caratterizzano il trattenimento negli *hotspot*.

Come è stato osservato, il procedimento *ex art. 700 c.p.c.* rischia di mancare di effettività dal momento che molte potrebbero essere le difficoltà connesse alla esecuzione in forma specifica dell'obbligo di fare a cui il giudice civile potrebbe condannare la pubblica amministrazione per garantire l'immediata tutela del diritto. Parimenti il risarcimento *ex art. 2043 c.c.* perde di effettività se si considerano i tempi e i costi normalmente necessari per l'esperimento della relativa azione, del tutto incompatibili con i tempi del

¹³ F. CANCELLARO, *Dagli hotspot ai "porti chiusi": quali rimedi per la libertà "sequestrata" alla frontiera?* in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3/2020.

trattenimento negli *hotspot*. Perplessità ancor maggiori desta, infine, il rimedio del reclamo al Garante dei diritti delle persone private della libertà introdotto nel 2020 e suggerito dal Governo italiano quale altro strumento idoneo a garantire i diritti delle persone trattenute. Tale strumento – la cui introduzione è sicuramente da accogliere positivamente – non ha certo natura giurisdizionale, traducendosi nella mera possibilità di formulare un reclamo al Garante, il quale, accertatane la fondatezza, potrà a sua volta formulare specifiche raccomandazioni all'amministrazione interessata: anche in questo caso i tempi sembrano del tutto incompatibili con quelli ben più brevi del trattenimento negli *hotspot*.

IL TRATTENIMENTO SISTEMATICO DI MIGRANTI A MALTA
E L'ESECUZIONE DELLA SENTENZA *FEILAZOO*
DELLA CORTE EDU

Marilù Porchia*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I meccanismi di monitoraggio e reclamo delle condizioni di trattenimento dei migranti. – 3. Il caso *Feilazoo c. Malta*. – 4. La procedura di esecuzione della sentenza e altre raccomandazioni al governo maltese. – 5. Osservazioni conclusive.

1. *Premessa*

Dall'estate del 2018, il numero di arrivi via mare a Malta è aumentato in modo significativo.¹ A causa dell'impreparazione delle autorità a gestire l'elevato numero di arrivi, tutti i migranti soccorsi in mare – compresi i richiedenti asilo da ricollocare in altri Stati membri² – sono stati sottoposti a trattenimento *de facto*. La politica di detenzione sistematica all'arrivo è proseguita nel 2021, prima come misura di quarantena contro il COVID-19 e poi sulla base dell'ordinanza sulla prevenzione delle malattie.³ La capacità di detenzione è stata incrementata regolarmente dal 2018, e ad oggi Malta ha tre centri di detenzione ufficiali: Safi Barracks, la caserma di Lyster Barracks e China House. Il Centro di prima accoglienza di Marsa (IRC), non è invece formalmente classificato come centro di detenzione, pur essendo parzialmente usato come tale.⁴ Queste strutture sono gestite dal Detention Service, un Dipartimento del ministero dell'Interno,⁵ e vi sono detenute indistintamente persone appena sbarcate, tra cui minori, vulnerabili

* Dottoranda, Università di Ferrara.

¹ UNCHR, Malta Factsheet, 31 December 2021, https://www.unhcr.org/mt/wpcontent/uploads/sites/54/2022/02/Malta-Sea-Arrivals-and-Asylum-Statistics_UNHCR_Dec2021.pdf.

² IOM, EU Voluntary Relocations from Malta Top 270 People in 2020 amid COVID-19, 22 December 2020 <https://www.iom.int/news/eu-voluntary-relocations-malta-top-270-people-2020-amid-covid-19>.

³ Malta, Prevention of Disease Ordinance <https://legislation.mt/eli/cap/36/eng>.

⁴ Aida, Malta Country Report, maggio 2022, <https://asylumineurope.org/reports/country/malta/detention-asylum-seekers/detention-conditions/place-detention/>.

⁵ Malta Home Affairs Ministry, Detention Service, <https://homeaffairs.gov.mt/en/MHAS-Departments/Detention-Service/Pages/DS.aspx>.

e persone destinatarie di misure espulsive, in una situazione di sovraffollamento e degrado delle condizioni di detenzione.⁶

A ciò si aggiunge, come si evidenzierà, l'assenza di meccanismi *effettivi* di monitoraggio e di reclamo.⁷ La loro implementazione è uno degli elementi contenuti nell'Action Plan dell'esecuzione della sentenza *Feilazoo c. Malta*⁸ da parte del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. Nel settembre 2022 il Comitato ha pubblicato la sua prima comunicazione, nella quale rimandava l'esame del caso al 2023, non ritenendo i progressi fin ora compiuti dal Governo maltese sufficienti ad impedire il reiterarsi di violazioni dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

2. *I meccanismi di monitoraggio e reclamo delle condizioni di trattenimento dei migranti*

Nel sistema maltese, l'organismo incaricato di monitorare in modo indipendente e preventivo la detenzione dei migranti nell'ambito del Meccanismo nazionale di prevenzione (NPM) istituito ai sensi del Protocollo opzionale alla Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (OPCAT),⁹ è il Monitoring Board for Detained Per-

⁶ Per approfondire, si veda J.P. GAUCI, C.M. CASSAR, P.V. FREMEAUX, *Quo Vadis? Some Reflections on Malta's Migration Management Trajectory*, in MC. FOGLETS, JY. CARLIER (eds) *Law and Migration in a Changing World. Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, n. 31, 2022, pp. 485-515; L. LEMAIRE, *The European Dispositif of Border Control in Malta. Migrants' Experiences of a Securitized Borderland*, in *Journal of Borderlands Studies*, n. 34, 2019, pp. 717-732. Sulla detenzione amministrativa nell'Unione Europea si veda I. MAJCHER, *Conditions of Detention, in The European Union Returns Directive and its Compatibility with International Human Rights Law*, 2019, pp. 490-531; I. MAJCHER, M. FLYNN, M. GRANG, *Southern Europe: Turning "Reception" into "Detention"*, in *Immigration Detention in the European Union, European Studies of Population*, n. 22, 2020, pp. 255-346.

⁷ Per approfondire, si veda S. CARRERA, M. STEFAN, *Fundamental Rights Challenges in Border Controls and Expulsion of Irregular Immigrants in the European Union; Complaint Mechanisms and Access to Justice*, Routledge, 2020.

⁸ Corte EDU, sentenza dell'11 marzo 2021, *Feilazoo v. Malta*, ric. n. 6865/19.

⁹ General Assembly of the United Nations, Resolution A/RES/57/199, Optional Protocol to the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 18 December 2002. Si veda A. EDWARDS, *The Optional Protocol to the Convention against Torture and the Detention of Refugees*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, n. 57, 2008, pp. 789-825.

sons. L'OPCAT impone, all'art. 20, agli Stati contraenti di garantire, senza alcun preavviso, ai propri NPM l'accesso a tutti i luoghi di detenzione e alle relative installazioni e attrezzature, ove per privazione della libertà si intende (ai sensi dell'art. 4) ogni forma di detenzione o imprigionamento o collocazione di una persona in un luogo sotto custodia a cui non sia consentito lasciare tale spazio volontariamente, senza l'ordine di un'autorità giudiziaria, amministrativa o di altro tipo.¹⁰ Il medesimo articolo impone inoltre allo Stato di garantire all'NPM colloqui riservati con le persone private della libertà, senza testimoni, direttamente o tramite un interprete se ritenuto necessario, nonché con qualunque altra persona che gli NPM ritengano possa fornire informazioni rilevanti. Ai sensi dell'art. 23 dell'OPCAT, gli Stati si impegnano inoltre a pubblicare e a diffondere i rapporti annuali elaborati dai meccanismi nazionali di prevenzione. Tuttavia, la legislazione istitutiva¹¹ del Monitoring Board for Detained Persons maltese conferisce solo il potere di monitorare il Centro di detenzione di Safi e non altri luoghi in cui i migranti possono essere privati della libertà *de jure e/o de facto*, come China House, Hermes Block (Lyster Barracks) o Marsa IRC, e prevede che i rapporti dell'NPM debbano essere presentati solo al ministero competente e non siano destinati a essere resi pubblici. Ai sensi dell'articolo 6 della legislazione istitutiva, il Board dovrebbe fungere anche da meccanismo di reclamo indipendente per i migranti in stato di detenzione amministrativa, ma tale disposizione non è stata, fin ora, mai stata realmente implementata.

3. *Il caso Feilazoo c. Malta*

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si pronunciava, l'11 marzo 2021, sul caso *Feilazoo c. Malta*,¹² relativo alla detenzione in vista dell'espulsione di un cittadino nigeriano. La Corte riscontrava una violazione degli articoli 3 e 5 della Convenzione a causa della detenzione da questi sofferta nel Centro di detenzione di Safi in isolamento e in precarie condizioni igienico-sanitarie,

¹⁰ Per approfondire, si veda R. MURRAY, *National Preventive Mechanisms under the Optional Protocol to the Torture Convention: One Size Does Not Fit All*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, n. 26, 2008, pp. 485-516; R. MURRAY, *The Optional Protocol to the UN Convention Against Torture*, Oxford University Press, 2011.

¹¹ Malta, Monitoring Board for Detained Persons Regulations, <https://legislation.mt/eli/sl/217.8/eng/pdf>.

¹² Corte EDU, sentenza dell'11 marzo 2021, *Feilazoo v. Malta*, ric. n. 6865/19.

ed alla sua successiva collocazione nell'area del Centro riservata a chi era appena sbarcato sull'isola, per un ulteriore periodo di quarantena, non supportato da ragioni sanitarie. In aggiunta, la Corte riscontrava violazione dell'art. 34 CEDU dal momento che lo Stato non aveva garantito la riservatezza della corrispondenza intercorsa tra il ricorrente e la Corte Edu, non aveva fornito copia dei documenti richiesti dallo stesso ricorrente per supportare il suo ricorso, né assicurato l'accesso a un'effettiva rappresentanza legale.¹³

Tra i motivi di reclamo alla Corte EDU, il ricorrente adduceva di non disporre di un rimedio relativo alle sue condizioni di detenzione. Affermava, invero, di aver presentato reclami, sia in forma orale che scritta, al direttore del Centro, e di aver anche scritto all'Ombudsman, con l'unica conseguenza di provocare una reazione ritorsiva da parte dei gestori del Centro, i quali lo avevano posto in isolamento per quaranta giorni in un container. Sollevando l'eccezione di non esaurimento dei rimedi previsti dall'ordinamento giuridico nazionale, il Governo affermava che il ricorrente avrebbe avuto a disposizione il rimedio previsto dall'articolo 42 del Regolamento sui Servizi di Detenzione¹⁴ in base al quale un detenuto può presentare una richiesta o un reclamo in relazione alla sua detenzione al Capo dei Servizi di Detenzione, al funzionario responsabile, al Funzionario Principale per l'Immigrazione o al Ministro.

Nel respingere tale eccezione, in relazione ai reclami riguardanti l'articolo 3 sulle condizioni di detenzione, la Corte osserva che erano state fornite esigue informazioni utili a verificare l'effettività di tale rimedio, che *prima facie* sembrava sollevare le stesse preoccupazioni espresse in *Story e altri c. Malta*,¹⁵ in relazione a rimedi simili, sottolineando come il Governo dovrebbe essere in grado di illustrarne l'efficacia pratica con esempi di giurisprudenza interna,¹⁶ mentre, nel caso in questione, non era stata portata all'attenzione della Corte un solo caso che ne illustrasse l'efficacia. La Corte ricorda, inoltre, come in precedenti pronunce

¹³ Per una ricostruzione accurata si veda la Rassegna di giurisprudenza europea della Corte europea dei diritti umani a cura di Diritto, Immigrazione Cittadinanza, <https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-fascicoli/fascicolo-2021-n-2/123-rassegne-di-giurisprudenza-n-2-2021/rassegne-di-giurisprudenza-europea-n-2-2021/229-rassegna-di-giurisprudenza-europea-corte-europea-dei-diritti-umani>.

¹⁴ Malta, Detention Service Regulation, Subsidiary Legislation 217.19 <https://www.ecoi.net/en/file/local/2013163/5d36d0c77.pdf>.

¹⁵ Corte EDU, sentenza del 29 ottobre 2015, *Story e altri c. Malta*, ric. n. 56854/13, 57005/13 e 57043/13, §§ 77-79.

¹⁶ Corte EDU, sentenza del 10 dicembre 2020, *Ananyev e altri c. Russia*, ric. n. 42732/12 e altri 8, §§ 109.

avesse già riscontrato, in relazione all'articolo 13, l'assenza di rimedi effettivi alle condizioni di detenzione a Malta.¹⁷

Non condannando esplicitamente Malta per violazione dell'art. 13 CEDU rispetto all'art. 3 CEDU, la Corte non ha colto la (preziosa) occasione di sanzionare espressamente il Paese per essere venuto meno al suo dovere di fornire rimedi effettivi in relazione alle condizioni di detenzione amministrativa. Una delle ragioni di tale scelta potrebbe essere rinvenuta nella complessità della gestione migratoria nel contesto pandemico, in cui gli Stati hanno affiancato alle questioni di natura securitaria legate al controllo delle frontiere, quelle di natura sanitaria. La Corte, invero, nel valutare le violazioni dell'art. 3, si concentra sul periodo di *isolamento de facto* eccessivamente rigoroso e lungo, fatto derivare da una esigenza sanitaria, e sull'esposizione del richiedente a rischi per la salute a causa dell'inutile collocazione con i nuovi arrivati in quarantena Covid-19, soffermandosi sui principi di necessità e proporzionalità. Allo stesso tempo, si mostra consapevole di come la pandemia abbia esacerbato le pressioni sul sistema di accoglienza a Malta, richiamando in sentenza le affermazioni dell'Alta Commissaria delle Nazioni Unite per i diritti umani Michelle Bachelet che ne danno atto. Riconoscendo le difficoltà oggettive affrontate dal Governo maltese, è possibile che la Corte abbia scelto di sorvolare il tema delle *positive obligations* da imporre agli Stati membri, e di limitare di conseguenza il suo potere sanzionatorio. Tuttavia, le osservazioni svolte in merito alla ricevibilità del ricorso sono chiare nell'accertare la responsabilità del governo maltese della mancanza di rimedi alle condizioni di detenzione nel suo sistema di detenzione amministrativa dei migranti, statuendo incontestabilmente come «non vi sia motivo di respingere il reclamo relativo alle condizioni di detenzione per mancato esaurimento delle vie di ricorso interne», data la mancanza di effettività dei rimedi esistenti. A conferma della responsabilità del Governo, pur in assenza di una sua condanna esplicita, l'implementazione di tali rimedi si sta dimostrando essere un aspetto centrale dell'esecuzione della sentenza.

4. *La procedura di esecuzione della sentenza e altre raccomandazioni al governo maltese*

Nella sua 1443esima riunione, tenutasi dal 20 al 22 settembre 2022, il

¹⁷ Si vedano, a titolo esemplificativo Corte Edu, sentenza del 23 luglio 2013, *Aden Ahmed c. Malta*, ric. n. 55352/12 § 64 e Corte EDU, sentenza del 17 luglio 2018, *Abdilla c. Malta*, ric. n. 36199/15, § 69-72.

Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha pubblicato la sua prima comunicazione relativa alla supervisione dell'esecuzione della sentenza nel caso *Feilazoo c. Malta*.¹⁸ Questa fa seguito a due comunicazioni, la prima del 18 gennaio 2022¹⁹ e la seconda dell'8 luglio 2022,²⁰ nel quale il governo maltese dava conto al Comitato dei progressi raggiunti nell'ambito del suo Action Plan. Per comprendere la diffidenza con cui il Comitato si approccia alla valutazione di tali progressi, è necessario fare un passo indietro, al 10 marzo 2021, quando quasi in contemporanea alla decisione della Corte EDU, il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT) pubblicava un rapporto sulla detenzione amministrativa dei migranti a seguito della sua visita ad hoc effettuata a Malta nel settembre 2020,²¹ e la corrispondente risposta del governo maltese.²² Coerentemente alla decisione adottata dalla Corte EDU, il rapporto raffigurava «un sistema che faticava a far fronte alla situazione e che si affidava a un approccio puramente "contenitivo" per la detenzione degli immigrati», concludendo che «alcune delle condizioni di vita, dei regimi, della mancanza di garanzie di un giusto processo, il trattamento dei gruppi vulnerabili e alcune misure specifiche di Covid-19 sono così problematici da poter costituire un trattamento inumano e degradante contrario all'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

Nell'ottica preventiva del suo mandato, il CPT rilevava che il Monitoring Board for Detained Persons fungesse da meccanismo di reclamo esclusivamente nel Centro di detenzione Safi, nel quale «ha ritenuto che la maggior parte dei reclami ricevuti riguardasse questioni banali, come il cibo, e che al-

¹⁸ Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, Supervisione dell'esecuzione delle sentenze della Corte europea, H46-16 *Feilazoo c. Malta* (app. n. 6865/19), 1443a riunione, 20-22 settembre 2022.

¹⁹ Segretariato del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, Comunicazione del governo maltese riguardante il caso *Feilazoo c. Malta* (app. n. 6865/19), 1428a riunione, marzo 2022.

²⁰ Segretariato del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, Comunicazione del governo maltese riguardante il caso *Feilazoo c. Malta* (app. n. 6865/19), 1443° riunione, settembre 2022.

²¹ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), Report to the Maltese Government on the visit to Malta carried out from 17 to 22 September 2020, par. 81 – 83 <https://rm.coe.int/1680a1b877>.

²² European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), Response of the Maltese Government to the report on CPT visit to Malta from 17 to 22 September 2020, par. 83 <https://rm.coe.int/1680a1b878>.

tre questioni di sovraffollamento non fossero problematiche (...) non ha pubblicato i suoi rapporti di visita, ma ha affrontato i reclami dei detenuti oralmente con il direttore e ha riassunto i suoi risultati in relazioni generali annuali. Data la gravità della situazione riscontrata nel Centro di detenzione di Safi, tale approccio non costituisce un meccanismo di reclamo efficace». Il rapporto prosegue denunciando la totale assenza di un sistema di reclamo a Marsa IRC, Hermes Block (Lyster Barracks) o China House, e l'assenza di informazione dei detenuti sui sistemi di reclamo esterno in funzione, che si inseriva in una sistematica mancanza di informazioni sulla loro situazione, aggravata da contatti minimi con il mondo esterno o addirittura con il personale.

Nella sua risposta al rapporto, in relazione alla possibilità di proporre reclamo, il Governo dichiara che il Detention Service ha sviluppato un sistema interno a cui tutti i migranti hanno la possibilità di accedere, presentando il reclamo in modo confidenziale tramite l'uso di buste sigillate.²³ Tutti i reclami dovrebbero essere inizialmente gestiti e ricevuti dal Welfare Officer, una nuova figura creata all'interno del Detention Service, il quale avrebbe fornito, a detta del Governo, «un contributo significativo all'attuazione dei cambiamenti».

Al Comitato, il Governo fornisce informazioni meno precise, indicando come ruolo del Welfare Officer quello di «mantenere uno stretto contatto con le persone che risiedono nei Centri di detenzione, di ricevere e trattare qualsiasi reclamo o problema che possano avere, e quindi di contribuire a garantire che tutti i diritti e gli obblighi dei residenti siano rispettati», e che nel corso del 2021 in ogni complesso del centro di Safi fossero stati distribuiti moduli di reclamo e buste. Non specifica, invece, come sia il Welfare Officer sia il nuovo sistema di reclami facciano capo allo stesso Detention Service.

Infine, a fronte della censura della Corte EDU sulla mancanza nel Regolamento sui servizi di detenzione di una norma che garantisse che i reclami e le successive comunicazioni con gli organismi internazionali avvengano in modo riservato, il Governo sostiene l'esistenza di un progetto di legge volto a introdurre una disposizione specifica. La mancanza di riservatezza renderebbe invero inutilizzabile ogni strumento di reclamo diretto all'NPM.

Non ritenendo sufficienti le informazioni fornite, il Comitato ha deciso di riprendere l'esame del caso nel 2023 e ha invitato le autorità a fornire maggiori informazioni su tali progressi e il loro impatto concreto sulle condizioni generali di detenzione.

²³ *Supra*, par. 67.

5. Osservazioni conclusive

Il descritto sistema maltese di reclamo per le condizioni di detenzione amministrativa dei migranti non prevede un *genuine complaint mechanism*, sovrapponendo in capo al Detention Service le competenze di gestione del centro detentivo e quelle di monitoraggio delle sue condizioni. Di conseguenza, lo stesso organo funge da controllore e controllato.

Il paradosso di tale scelta è palese allo stesso governo maltese, che porta come virtuoso esempio nella risposta al CPT «il cambio di uniforme dei funzionari del Detention Service. L'uniforme è stata cambiata in beige anziché nera per comunicare che i funzionari del Detention Service hanno anche un ruolo assistenziale e non solo di sicurezza».²⁴ Inoltre, non è chiaro quali procedura per accertare la fondatezza di un reclamo possano essere intraprese, da chi e come verrà trattato il reclamo, a quali conseguenze porti l'accertamento, né quali poteri possieda il Welfar Officer per affrontare le carenze riscontrate, se può ordinare il miglioramento delle condizioni di detenzione e/o una compensazione monetaria, e se le sue conclusioni sono vincolanti per l'amministrazione del Centro.

Che il Comitato possa, in futuro, ritenere sufficienti l'introduzione di questa misura da parte del governo maltese è tuttavia una ipotesi che non è da escludere. Del resto, il tipo di strumenti che il Comitato in precedenti occasioni ha considerato adeguati a garantire i diritti dei migranti privati della libertà personale hanno contribuito a tracciare una battuta d'arresto alla tutela di quegli stessi diritti. Un chiaro esempio ne è la procedura di esecuzione della sentenza *Khalaifia c. Italia*.²⁵ Nella sessione del marzo 2021 il Comitato sembrava serbare forti dubbi sui rimedi giurisdizionali indicati dal Governo italiano,²⁶ tanto da chiedere alle autorità italiane di fornire alcune decisioni giudiziarie in grado, al contrario, di dimostrarne l'efficacia, ed invitare il legislatore «ad adottare rapidamente misure, ad esempio autorizzando i tribunali nazionali che già controllano la legittimità della detenzione amministrativa dei migranti ad esaminare anche le denunce relative alle condizioni in cui avviene tale detenzione».²⁷

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Corte EDU, sentenza 15 dicembre 2016, *Khalaifia c. Italia*, ric. n. 16483/12.

²⁶ Segretariato del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, Comunicazione del governo italiano riguardante il caso *Khalaifia c. Italia*, ric. n. 16483/12, 1398° riunione, marzo 2021.

²⁷ Per approfondire si veda G. MENTASTI, *Si chiude la procedura di monitoraggio*

Rimandato l'esame a dicembre 2021, il Comitato ha ritenuto che le informazioni e le pronunce giurisprudenziali fornite dalle autorità nazionali indicassero che la combinazione di rimedi civilistici preventivi e risarcitori di cui all'art. 700 c.p.c. e all'art. 2043 c.c. fosse in grado di assicurare al migrante amministrativamente detenuto la possibilità di rivolgere a un'autorità giudiziaria nazionale reclami relativi alle proprie condizioni,²⁸ nonostante il Governo italiano si fosse limitato a presentare un solo caso di utilizzo dell'art. 700 c.p.c.,²⁹ e le ONG intervenute avessero invece ampiamente fornito prova dell'ineffettività di tali strumenti, nati con altri fini ed ostacolati dalla difficoltà del contatto tra gli avvocati ed i detenuti.

Tuttavia, nell'esecuzione della sentenza, l'Italia introduceva anche il rimedio del reclamo al Garante dei diritti delle persone private della libertà, che rappresenta il Meccanismo Nazionale di Prevenzione italiano, e sebbene sia stato ad oggi un rimedio poco esperito, potrebbe in potenza essere uno strumento idoneo a garantire i diritti delle persone trattenute, sempre se affiancato ad un rimedio giurisdizionale *ad hoc*.³⁰ Il Governo maltese invece, ignorando non solo le raccomandazioni formulate dal Comitato e dal CPT, ma anche dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani (OHCHR)³¹ e dalla Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa,³² mirate a rafforzare l'indipendenza e i poteri del Meccanismo Nazionale di Prevenzione, persiste nel non conformarsi agli obblighi imposti dall'OPCAT.

dell'esecuzione della sentenza Khlaifia c. Italia ma permangono criticità sul trattenimento dei migranti negli hotspot, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, giugno 2022, http://www.adimblog.com/wp-content/uploads/2022/06/SodaPDF-processed-2.-G.-Mentasti_Chiusura-procedura-Khlaifia-c.-Italia_DEF.pdf.

²⁸ Segretariato del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, Comunicazione del governo italiano riguardante il caso *Khlaifia c. Italia*, ric. n. 16483/12, 1419° riunione, dicembre 2021.

²⁹ Trib. Milano, sentenza del 23 febbraio 2021, n. 5291.

³⁰ Sul punto si veda C. COSTELLO, I. MANN, *Border Justice: Migration and Accountability for Human Rights Violations*, in *German Law Journal*, n. 21/2022, pp. 311-334.

³¹ Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani (OHCHR) "Lethal Disregard" Search and rescue and protection of migrants in the central Mediterranean Sea, maggio 2021 <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/OHCHR-thematic-report-SAR-protection-at-sea.pdf>.

³² Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa, Relazione della visita a Malta dall'11 al 16 ottobre 2021, 15 febbraio 2022, <https://rm.coe.int/report-of-the-council-of-europe-commissioner-for-human-rights-dunja-mi/1680a5498d>.

THIAM C. L'ITALIE: IL TRATTENIMENTO
PRESSO LE ZONE DI TRANSITO AEROPORTUALI ITALIANE
TRA PRASSI ILLEGITTIME E VUOTI DI TUTELA

Francesca Rondine*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti origine della causa e il ricorso alla Corte EDU. – 3. La sentenza. – 4. Sul nesso respingimento-trattenimento e sulla sistematicità della privazione della libertà personale nelle zone di transito aeroportuali. – 5. Le condizioni del trattenimento e la loro compatibilità con l'art. 3 CEDU. – 6. Tra *fictio juris* e prassi *extra legem*: le zone di transito aeroportuali come “*blind spot*”?

1. *Introduzione*

Il 22 agosto 2022 la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) si è pronunciata sul ricorso proposto da un cittadino senegalese avverso il suo trattenimento presso i locali della Polaria di Malpensa nelle more del suo respingimento in frontiera, disposto come c.d. respingimento immediato ai sensi dell'art. 14 del Codice Frontiere Schengen (CFS) e dell'art. 10 comma 1 del d.lgs. 286/98 (TUI)¹. Il ricorrente lamentava la violazione della CEDU in relazione un duplice parametro: l'art. 5 CEDU, relativo alla legalità e alla non arbitrarietà della misura, e l'art. 3 CEDU, in combinato disposto con l'art. 13 CEDU, per le condizioni del trattenimento e l'assenza di rimedi interni in materia².

La decisione, sebbene si limiti a dichiarare l'inammissibilità del ricorso, merita un approfondimento in quanto, per la prima volta, la Corte EDU affronta il tema del trattenimento presso le zone di transito aeroportuali italiane. Il presente contributo analizza la decisione per esaminare le problematiche delle zone di

* Assegnista di ricerca in diritto internazionale, Università di Napoli l'Orientale.

¹ 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, CFS), (codificazione), GU L 77/1 del 23 marzo 2016; Decreto Legislativo del 25 luglio 1998, n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, GU n.191 del 18 agosto 1998 - Suppl. Ordinario n. 139 (TUI).

² Corte Edu, sentenza del 30 agosto 2022, *Thiam c. l'Italie*, ric. n. 21329/16.

transito aeroportuali italiane e alcune tendenze nella giurisprudenza della Corte. In particolare, il caso rivela alcuni problemi strutturali nella legislazione nazionale relativa ai respingimenti immediati alla frontiera e il rischio di una violazione sistematica dell'art. 5 CEDU. Inoltre, la decisione della Corte riguardo alle condizioni del trattenimento mostra una continuità con la giurisprudenza di merito, in particolare, relativamente alla distinzione tra soggetti vulnerabili e richiedenti asilo, da un lato, e migranti c.d. economici, dall'altro.

2. *I fatti origine della causa e il ricorso alla Corte EDU*

Le vicende riguardano un cittadino senegalese (il sig. Thiam, ricorrente), che il 15 aprile 2016, a seguito di un controllo svolto alla frontiera aeroportuale di Malpensa, veniva colpito da un provvedimento di respingimento immediato alla frontiera. Il sig. Thiam aveva risieduto in maniera regolare in Italia per due anni, dal luglio 2012 a luglio 2014. Allo scadere del suo permesso di soggiorno, aveva presentato richiesta di rinnovo, senza mai ricevere risposta dalle autorità competenti sino al suo rientro in Italia il 15 aprile 2016. Egli si era infatti recato in Senegal ed aveva presentato, in uscita e in occasione del suo reingresso in Italia, il permesso di soggiorno scaduto insieme alla richiesta di rinnovo, che costituiscono titolo legittimante il reingresso nell'area Schengen ai sensi dell'art. 4 TUI e dell'art. 8, comma 2 e 3 del suo Regolamento di attuazione³.

Il 15 aprile 2016 dunque, in occasione del suo rientro dal Senegal, la polizia di frontiera notificava al ricorrente il diniego del rinnovo del permesso di soggiorno deciso dal Questore di Brescia il 4 agosto 2015, mai pervenuto al ricorrente nel periodo antecedente il suo reingresso. In tal modo, la polizia di frontiera disponeva il ritiro del permesso di soggiorno del ricorrente ed il respingimento immediato di quest'ultimo. Secondo l'interpretazione delle autorità, la notifica alla frontiera del diniego implica la decadenza dei titoli legittimanti l'ingresso sul territorio e legittima l'adozione di un provvedimento di respingimento immediato ex art. 10 comma 1 TUI⁴.

Nel caso di specie, il ricorrente ha atteso 5 giorni nella zona di transito dell'aeroporto di Malpensa il primo volo disponibile a riportarlo indietro.

³ D.p.r. 31 agosto 1999, n. 394, così come integrato dalla Direttiva del Ministero dell'Interno 5 agosto 2006 e dalle Circolari del 9 agosto 2006 e del 16 giugno 2007.

⁴ Ma, sul punto, v. ASGI, *Illegittime le espulsioni notificate nelle aree di transito aeroportuali*, 11 settembre 2019.

Secondo la descrizione del ricorrente, la sua permanenza presso la zona di transito in attesa dell'esecuzione del respingimento ha costituito una forma di privazione della libertà personale. In particolare, il ricorrente è stato trattenuto in una sala priva di finestre, senza la possibilità di uscirne e sotto la continua supervisione delle autorità. Nella stanza erano presenti letti da campo e il ricorrente lamentava l'impossibilità di cambiarsi e di fare una doccia. Inoltre, la polizia di frontiera, seguendo una prassi già documentata da diverse fonti (cfr. *infra*), ha sequestrato il telefono cellulare e il bagaglio del ricorrente. Non erano ammesse visite dall'esterno, nemmeno di familiari e/o rappresentanti legali, né le autorità hanno provveduto a informare il ricorrente riguardo la sua situazione (§ 8).

Solo tre mesi dopo il suo allontanamento, il sig. Thiam ha presentato ricorso presso il Tribunale di Busto Arsizio, chiedendo l'annullamento del respingimento e il risarcimento del danno per ingiusta detenzione e per le sue modalità di implementazione, invocando gli artt. 5, 3 e 13 della CEDU. Il Tribunale rigettava il ricorso, adducendo la legittimità del respingimento e sostenendo che il trattenimento del ricorrente non avesse configurato una forma di privazione della sua libertà personale.

Nelle more dell'appello, il 20 ottobre 2016 il sig. Thiam presentava ricorso alla CEDU. Il 15 maggio 2018 interveniva la decisione della Corte di Appello di Milano che accoglieva le doglianze del ricorrente, dichiarava l'illegittimità del respingimento e della conseguente privazione della libertà personale, riconoscendo che le misure hanno implicato la violazione dei diritti fondamentali del ricorrente. La Corte d'Appello ordinava al Ministero dell'Interno il pagamento di una cifra corrispondente a 4000 euro (1000 euro per ogni giorno di detenzione) a titolo di risarcimento del danno.

3. *La sentenza*

La Corte EDU ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso, relativamente ad entrambe le doglianze sollevate dal ricorrente.

Quanto all'art. 5 CEDU, la Corte EDU ritiene che il ricorrente non goda più della qualità di vittima ai sensi dell'art. 34 della Convenzione, in ragione della sentenza della Corte di Appello di Milano, che ha riconosciuto implicitamente la violazione dell'art. 5 CEDU e accordato un risarcimento al ricorrente, peraltro seguendo i criteri equitativi elaborati nella giurisprudenza relativa all'art. 5(5). Secondo consolidata giurisprudenza, infatti, il ricorrente cessa di essere una vittima se le autorità nazionali hanno riconosciuto una

violazione della Convenzione, espressamente o sostanzialmente, e hanno successivamente accordato una riparazione⁵, come avvenuto nel caso di specie.

Quanto alla violazione dell'art. 3 in combinato disposto con l'art. 13 CEDU, la Corte EDU sostiene che le condizioni del trattenimento del ricorrente non abbiano raggiunto la soglia di gravità necessaria per ricadere nella sfera applicativa della disposizione e, di conseguenza, ritiene l'art. 13 non applicabile al caso di specie. Le motivazioni risiedono principalmente nella valutazione dell'elemento della durata del trattenimento, che la Corte ritiene troppo breve per configurare una violazione dell'art. 3, unita al fatto che, come esplicitamente affermato, «le requérant n'était pas un réfugié ou un demandeur d'asile et ne se trouvait dans un état de vulnérabilité particulière ni du fait de son parcours migratoire ni du fait de son âge et/ou son état de santé» (§ 36).

4. *Sul nesso respingimento-trattenimento e sulla sistematicità della privazione della libertà personale nelle zone di transito aeroportuali*

La prima questione affrontata dalla Corte è relativa all'applicabilità dell'art. 5. Al di là della decisione di inammissibilità, la questione prescinde dal caso di specie e mette in evidenza la problematicità dell'automatismo respingimento immediato-trattenimento nelle zone di transito aeroportuali nel diritto italiano.

Ai sensi dell'art. 10 comma 1 TUI, infatti, la polizia di frontiera respinge immediatamente chiunque si presenti alla frontiera dello Stato sine titolo. Una disposizione simile è rinvenibile all'art. 14(4) del CFS, che dispone il divieto di ingresso per il cittadino di paese terzo presente alla frontiera sprovvisto dei necessari requisiti di ingresso⁶. L'arco temporale che separa l'adozione del provvedimento dalla sua implementazione non ha una precisa

⁵ V. Corte EDU (GC), sentenza del 29 marzo 2006, *Scordino c. Italia*, ric. n. 36813/97, § 180; (GC), sentenza del 1° giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, ric. n. 22978/05, § 115; sentenza del 20 marzo 2006, *Jensen e Rassmussen c. Danimarca*, ric. n. 52620/99; sentenza del 25 giugno 1996, *Amuur c. Francia*, ric. n. 19776/92, § 36.

⁶ Per una analisi del respingimento immediato nel diritto UE e in quello italiano, si veda no A. DI PASCALE, *Respingimento dello straniero e controlli alle frontiere interne ed esterne nel diritto dell'UE*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2020; R. CHERCHI, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito: presupposti, tipologie ed effetti*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2019.

disciplina giuridica a livello nazionale ed eurounitario, proprio perché, in teoria, questo tipo di respingimento non dovrebbe comportare alcuna attesa. Tuttavia, l'immediatezza della misura si basa sulla disponibilità del vettore a prendere in carico la persona e trasferirla nel paese di origine o di provenienza. Ove ciò non sia immediatamente possibile, la polizia di frontiera italiana trattiene de facto il migrante presso i locali della zona di transito del relativo aeroporto⁷. Questo tipo di trattenimento non è previsto dalla legislazione italiana, che invece prevede esplicitamente l'obbligo di trasferire il migrante presso un CPR in caso di indisponibilità del vettore (art. 14, comma 1, TUI).

La principale giustificazione delle autorità risiede nella della c.d. "finzione di non ingresso"⁸, finzione giuridica che consiste nel ritenere che la persona non abbia fatto ingresso sul territorio dello Stato sino ad una decisione in merito da parte delle autorità. Di conseguenza, ciò permetterebbe l'applicazione di misure e procedure semplificate ai fini dell'allontanamento, e dunque anche di negare la natura detentiva del trattenimento. Quest'ultimo, secondo tale interpretazione, non si configura come privazione della libertà personale ma come "semplice" divieto di ingresso sul territorio in attesa del respingimento⁹.

La natura detentiva del trattenimento è stata però pienamente riconosciuta dalla Corte di Appello di Milano, dinanzi alla quale il ricorrente aveva lamentato la violazione dell'art. 5 CEDU. Il tale decisione, la Corte d'appello ha riconosciuto che «dall'illegittimità del respingimento immediato deriva poi naturalmente l'illegittimità del conseguente trattenimento in aeroporto, con restrizione della sua libertà personale»; e non ha mancato di chiarire che «la comprovata restrizione della libertà personale dell'appellante (...) concretizzi[no] di per sé una violazione dei diritti costituzionali primari (...)». Inoltre, è opportuno sottolineare che la legalità del trattenimento prescinde da quella del respingimento. Il trattenimento, non avendo una base legale nel diritto nazionale, sarebbe illegittimo anche se il respingimento fosse conforme alle norme di legge.

⁷ Per una analisi delle questioni afferenti alle zone di transito aeroportuali in Italia, v. A. AMMIRATI ET AL, *Zone di transito aeroportuali: definizioni, funzionamento e criticità alla luce della prassi*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2021, p. 78.

⁸ Si consenta il rinvio a F. RONDINE, *Between physical and legal borders: the fiction of non-entry and its impact on fundamental rights of migrants at the borders between EU law and the ECHR*, in *Les Cahiers de L'EDEM*, Special Issue, Agosto 2022.

⁹ ASGI, *Le zone di transito aeroportuali come luoghi di privazione arbitraria della libertà e sospensione del diritto*, Report del progetto Inlimine, 2021, pp. 1-2.

La situazione vissuta dal ricorrente è dunque il prodotto di problemi strutturali nella legislazione relativa ai respingimenti, che, per la sua vaghezza, rischia di configurare una violazione strutturale e sistematica dell'art. 5 CEDU, viste: i) l'assenza di una base legale per il trattenimento, e dunque, l'eccessiva discrezionalità circa la sua applicazione; ii) l'impermeabilità delle zone di transito con l'esterno. Tali caratteristiche implicano che all'individuo è di fatto precluso l'accesso ad un rappresentante legale e alla giurisdizione per la tutela della propria libertà personale, anche nei casi in cui il trattenimento sia una conseguenza di un respingimento "legittimo". Il risultato è una prassi *extra legem*, che richiederebbe un intervento nella legislazione relativa ai respingimenti immediati¹⁰.

5. *Le condizioni del trattenimento e la loro compatibilità con l'art. 3 CEDU*

Le condizioni materiali descritte dal ricorrente riguardo la zona di transito di Malpensa sono state l'oggetto di una accresciuta attenzione negli ultimi anni. In particolare, il Garante nazionale per le persone detenute o private della loro libertà personale, nel suo Rapporto del 2019, descrive il locale della zona di transito dell'aeroporto di Malpensa come scarsamente illuminato e areato¹¹. Nella sua Relazione al Parlamento italiano del 2019, citata anche dalla Corte EDU in casu (§ 16), il Garante sottolineava inoltre che «Le condizioni materiali sono in molti casi al di sotto degli standard definiti per l'ordinaria detenzione amministrativa: ambienti promiscui, senza finestre o accesso all'aria aperta, sprovvisti di armadietti e kit per l'igiene personale, con divieto di fare uso dei cellulari personali e privati del diritto di incontrare i parenti»¹² e, come accennato, di entrare in contatto con dei rappresentanti legali¹³.

Pur ammettendo che «Les conditions matérielles de rétention dans des zones de transit telles que celle de Milan Malpensa pourraient être considérées comme inadéquates pour des périodes de séjour de plusieurs jours» (§

¹⁰ *Ivi*, p. 14.

¹¹ Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Rapporto sulle visite ai locali in uso alle forze di polizia presso alcuni valichi di frontiera*, gennaio-febbraio 2019, p. 8.

¹² Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Relazione al Parlamento*, 2019, p. 82.

¹³ V. anche ASGI, *Il valico di frontiera aeroportuale di Malpensa. La privazione della libertà dei cittadini stranieri in attesa di respingimento immediato*, Progetto Inlimine, 2019.

38), la Corte EDU ritiene che queste non fossero in contrasto con l'art. 3 CEDU, in virtù della breve durata del soggiorno unita al fatto che il ricorrente non versasse in una condizione di vulnerabilità, né fosse un richiedente asilo.

Invero, l'incidenza di elementi quali la vulnerabilità del ricorrente e la durata del trattenimento non è inedita nella giurisprudenza della Corte, ma anzi conferma un orientamento già consolidato¹⁴. Ad esempio, in *M.S.S.*, viene riconosciuta una violazione dell'art. 3 nonostante il trattenimento fosse durato solo pochi giorni, poiché «the applicant, being an asylum-seeker, was particularly vulnerable because of everything he had been through during his migration and the traumatic experiences he was likely to have endured previously»¹⁵. Diversamente, in *Khlaifia* la Corte non rileva una violazione della disposizione in ragione, inter alia, del fatto che i ricorrenti «[...] non erano richiedenti asilo, non avevano la vulnerabilità specifica inerente a questa qualità e non hanno affermato di avere vissuto esperienze traumatizzanti nel loro paese d'origine [...]»¹⁶.

Quanto poi alla questione più specifica delle condizioni del trattenimento presso le zone di transito, decisiva è proprio la durata del trattenimento in relazione alle sue condizioni materiali. In *Riad e Idiab* la Corte ha espressamente riconosciuto che le zone di transito hanno «characteristics liable to give those detained there a feeling of solitude, with no access outside to take a walk or have physical exercise, without internal catering arrangements or contact with the outside world», e che dunque la permanenza non debba durare più di qualche giorno (10 giorni in casu)¹⁷. Ed infatti, in *Ilias e Ahmed* la Grande Camera ha escluso la violazione dell'art. 3 sulla base della «relatively short duration» (che era stata comunque di 23 giorni) del trattenimento e alla luce delle condizioni materiali di detenzione, ritenute soddisfacenti in relazione alla sua durata¹⁸.

¹⁴ H. O'BOYLE ET AL, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2018, p. 246.

¹⁵ Corte Edu, (GC), sentenza del 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ric. n. 30696/09, § 232.

¹⁶ Corte Edu, (GC), sentenza del 15 dicembre 2016, *Khlaifia et al c. Italia*, ric. n. 16483/12, § 194.

¹⁷ Corte Edu, sentenza del 24 gennaio 2008, *Riad e Idiab c. Belgio*, ric. n. 29787/03 and 29810/03 § 104; similmente, v. (GC), sentenza del 21 novembre 2019, *Z.A. e altri c. Russia*, ric. nn. 1411/15, 61420/15, 61427/15 e 3028/16, §§ 187-197.

¹⁸ Corte Edu, sentenza del 14 marzo 2017, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. n. 47287/15, § 182.

6. *Tra fictio juris e prassi extra legem: le zone di transito aeroportuali come “blind spot”?*

Le zone di transito degli aeroporti italiani hanno caratteristiche tali da rendere difficilmente tutelabili le persone trattenute in frontiera nelle more del respingimento immediato. Per questo motivo, le prassi informali sviluppate presso questo tipo di frontiera rischiano di rimanere in una zona d'ombra. Da un lato, infatti, le persone trattenute e respinte non hanno spesso interesse a presentare ricorso poiché non sono soggette a divieto di reiningresso nell'area Schengen (come invece accade per le persone sottoposte a respingimento differito ex art. 10 comma 2 TUI); dall'altro, i tempi comunque compressi che scandiscono le vicende in questi luoghi, uniti alla loro impermeabilità con l'esterno, difficilmente permettono l'attivazione di misure cautelari o di altri tipi di rimedi (ad esempio, ex art. 700 c.p.c.) nelle more del trattenimento de facto. Ciò rende il binomio respingimento immediato-trattenimento de facto una prassi tanto strutturale quanto invisibile nel caso italiano.¹⁹

Dato il tenore delle argomentazioni della Corte, è probabile che, se il ricorrente fosse stato un richiedente asilo, la decisione avrebbe avuto esiti differenti, almeno relativamente alla doglianza sollevata ex art. 3 CEDU. Soprattutto la libertà personale dei migranti c.d. economici presso le zone di transito degli aeroporti, sia quanto alla sua legalità che alle condizioni materiali, è esposta al consolidamento di prassi contrarie alla Convenzione. Il rischio è che la visibilità di queste prassi resti confinata al perimetro delle zone di transito degli aeroporti italiani, e che i rimedi esperibili restino limitati.

¹⁹ Sulle strategie di contenzioso, v. ASGI, *Le zone di transito aeroportuali*, cit. pp. 53 ss.

Il trattenimento in vista dell'espulsione

RIFLESSIONI SPARSE SUI PRESUPPOSTI APPLICATIVI DEL TRATTENIMENTO “IN USCITA”

Elena Valentini*

SOMMARIO: 1. I casi del trattenimento “in uscita”. – 2. I criteri informali selezionati dalle prassi... – 3. ... e la loro positivizzazione: l'introduzione dei criteri di priorità.

1. *I casi del trattenimento “in uscita”*

Benché esso identifichi uno degli aspetti cruciali della disciplina in materia di trattenimento – concernente la possibilità stessa dell'ingresso all'interno di un C.P.R. – il catalogo dei «casi» in cui la detenzione amministrativa in uscita può applicarsi non è mai stato interessato da quella doverosa opera di razionalizzazione che pure sarebbe stata indispensabile.

Negli ultimi anni, l'attenzione del legislatore pare infatti essersi concentrata sui soli *modi* della detenzione all'interno dei C.P.R., tema fatto oggetto di alcuni aggiornamenti rispetto al vuoto pneumatico che lo ha contraddistinto sin dalle origini: sebbene le novità apportate sul punto dalle riforme “Minniti” (del 2017) e “Lamorgese” (2020)¹ risultino palesemente inidonee

* Professoressa associata di procedura penale, Università di Bologna.

¹ Limitandosi a dar conto delle innovazioni più rilevanti, il d.l. 17 febbraio 2017, n. 13 (conv. con mod. con l. 13 aprile 2017, n. 46) ha accordato poteri ispettivi ai Garanti locali delle persone private della libertà personale; in sede di conversione, la l. n. 46/2017 ha poi esteso anche ai C.P.R. la disciplina sulle visite alle strutture penitenziarie stabilita dall'art. 67 ord. pen. Un secondo gruppo di innovazioni si deve invece al legislatore del 2020, e ha investito due fronti. Innanzitutto, l'art. 3 del d.l. 21 ottobre 2020, n. 130 ha arricchito il magro contenuto dell'art. 14, comma 2, T.U.I., che ora contiene, oltre a un riferimento alla necessità di assicurare adeguati *standard* igienico abitativi (!) e a quella di una pronta informazione circa lo *status* dello straniero trattenuto, anche un richiamo a «quanto disposto dall'articolo 21, comma 8, d.P.R. n. 394/1999». Nella stessa direzione si pone anche il secondo fronte d'intervento: l'innesto del comma 2-*bis* del medesimo art. 14, che accorda al trattenuto il diritto di rivolgere reclami al Garante nazionale e ai garanti regionali o locali dei diritti delle persone private della libertà personale. Contestualmente, è stato anche irrobustito il ruolo del Garante nazionale, con una coerente interpolazione dell'art. 7, comma 5, lett. *f-bis*) del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 (conv., con mod., dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10), affidando all'organo il potere-dovere di «formula[re] specifiche raccomandazioni all'amministrazione interessata».

allo scopo², è comunque significativo che le due novelle siano intervenute al riguardo, non foss'altro perché ciò denota la consapevolezza dei compilatori circa la (perdurante) distanza tra la disciplina di rango ordinario e quanto preteso dall'art. 13 comma 2 Cost.

Nessuna novità saliente, invece, ha mai investito il catalogo dei presupposti applicativi del trattenimento racchiuso nel primo comma dell'art. 14 T.U.I. Se si eccettua una modifica operata nel 2017, che ha inserito un nuovo indicatore normativo del pericolo di fuga per lo straniero riottoso a lasciarsi identificare (dall'evidente sapore sanzionatorio)³, il novero delle condizioni legittimanti l'applicazione del trattenimento in uscita deve la sua attuale configurazione alla riforma operata con il d.l. 23 giugno 2011, n. 89 (conv. con l. 2 agosto 2011, n. 129).

Oltre ad aver inserito nel corpo della disposizione una clausola residuale, che, per come scritta, sembra aver reso meramente esemplificativa l'indicazione dei presupposti per poter imporre il trattenimento, quella riforma aveva altresì rinviato *per relationem* all'esteso elenco delle fattispecie rivelatrici del rischio di fuga idonee a precludere la concessione del termine per la partenza volontaria, rendendo dunque ciascuna di tali situazioni sufficiente a legittimare non solo l'accompagnamento coattivo alla frontiera, ma anche la detenzione in un centro chiuso⁴.

Numerosi sono i difetti dell'art. 14 comma 1 T.U.I.: accanto alla natura aperta dell'elencazione delle condizioni idonee a decretare il trattenimento – caratteristica che peraltro replica sul piano del diritto interno l'analoga ambiguità riscontrabile nell'art. 15, § 1 della direttiva rimpatri⁵ –, si deve segnalare come il «pericolo di fuga» vada ad affiancarsi alle altre situazioni già

² La critica è ricorrente tra gli studiosi. Valorizzando i contenuti della sentenza costituzionale n. 22 del 2022 (in tema di R.E.M.S.), si veda da ultimo L. MASERA, *L'incostituzionalità dell'art. 14 d.lgs. 286/98 nella parte in cui non contiene una disciplina sufficientemente precisa dei "modi" del trattenimento nei CPR*, in *Questione Giustizia*, 10 maggio 2022, che offre fecondi spunti nell'ottica di sottoporre la questione alla Corte costituzionale.

³ Tale intervento non ha investito l'art. 14 T.U.I., ma si rinviene nel terzo comma dell'art. 10-ter T.U.I.

⁴ Critico su entrambi gli aspetti, segnalando (rispettivamente) un evidente difetto di legalità e di proporzionalità, M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, p. 340 s.

⁵ Per ragioni analoghe a quelle che portano a interrogarsi circa l'esaustività o meno dell'elenco di presupposti stilato dall'art. 14 T.U.I., l'impiego del lemma «in particolare» nell'art. 5, § 1 della dir. 2008/115/CE, potrebbe far ritenere le due fattispecie indicate – rischio di fuga e ostruzionismo dello straniero all'allontanamento – non esclusive.

specificate dalla disposizione, sembrando isolare una ragione autonomamente idonea a sorreggere l'imposizione del trattenimento, indipendentemente dalla contemporanea sussistenza di uno o più fra gli ostacoli «transitori» all'immediata esecuzione dell'espulsione (o del respingimento differito) menzionati dalla norma. Infine, si consideri che la disposizione tuttora contempla, quale ragione atta a determinare l'ingresso in un centro detentivo, anche la «necessità di prestare soccorso allo straniero»: precetto che riflette la vocazione originariamente composita – intesa tanto al controllo quanto all'assistenza dello straniero – dei C.P.T.A., ma che ha molto presto finito per essere sconfessata all'atto pratico (nonché dall'innesto, nel sistema, della disciplina ora racchiusa nell'art. 10-ter T.U.I. concernente i cosiddetti centri *hotspot*⁶).

Nonostante questi difetti, che avrebbero dovuto suggerire una revisione normativa, dal 2011 ad oggi il legislatore non è più intervenuto sull'art. 14 comma 1 T.U.I. (se non per modificare profili ulteriori del relativo contenuto, diversi dalla definizione delle condizioni legittimanti il ricorso al trattenimento). Anzi: una tecnica di redazione normativa altrettanto (volutamente?) imprecisa sembra aver interessato anche la disciplina delle altre due ipotesi di trattenimento, ove si consideri l'estrema difficoltà di lettura che caratterizza l'art. 6 del d.lgs. n. 142 del 2015 (dedicato alla detenzione del richiedente protezione internazionale, e che ha visto un progressivo ampliamento della possibile risposta coercitiva ad opera tanto della “riforma Salvini” del 2018⁷, quanto, in seguito, della “riforma Lamorgese” del 2020⁸), come pure

⁶ La sua sopravvivenza risulta però forse funzionale a consentire un uso “promiscuo” dei centri, così come segnalato a proposito di quello di Trapani, che, dopo essere stato destinato a punto di crisi, è stato poi convertito in C.P.R., continuando tuttavia a essere talora utilizzato anche per svolgere le procedure di identificazione proprie del metodo *hotspot* (v. *Il CPR di Trapani – Milo*, in *www.asgi.it*, 15 febbraio 2019).

⁷ È al d. l. 4 ottobre 2018, n. 113 (conv. con mod. con l. 1° dicembre 2018, n. 132) che si deve l'innesto del comma 3-bis nell'art. 6 del “decreto accoglienza”, concernente l'applicabilità del trattenimento ove sia necessario determinare o verificare l'identità o la cittadinanza del richiedente protezione internazionale.

⁸ In ossequio a «direttrici ormai consolidate di evoluzione del diritto dell'Unione europea» (così M. SAVINO, *Riforma o Controriforma? Il “decreto Lamorgese” e la tela di Penelope*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, gennaio 2021, p. 4), a quelle originariamente previste, il d.l. n. 130 del 2020 ha aggiunto le seguenti ipotesi di trattenimento: il ricorrere delle condizioni per il diniego dello *status* di rifugiato o di esclusione dalla protezione sussidiaria; la presentazione di domanda reiterata in fase di esecuzione di un provvedimento di allontanamento da parte del richiedente asilo; il caso in cui il richiedente costituisca un pericolo per l'ordine e

l'art. 10-*ter* T.U.I., la cui introduzione si deve alla volontà – più dichiarata che effettiva – di offrire copertura legale alla cosiddetta detenzione all'arrivo⁹.

2. I criteri informali selezionati dalle prassi...

Il perimetro applicativo del trattenimento tracciato dall'art. 14 comma 1 T.U.I. si presenta dunque molto ampio, specie considerando l'estesa lista di indicatori sintomatici del rischio di fuga. Tuttavia, a tale ampiezza non è mai corrisposto anche un effettivo potenziamento della rete dei luoghi deputati alla detenzione amministrativa. Infatti, nonostante le dichiarazioni d'intenti (accompagnate anche dalla previsione della possibilità di ricorrere – per la costruzione, il completamento, la ristrutturazione e l'adeguamento dei C.P.R. – alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara *ex* art. 63 d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50¹⁰), i posti complessivamente disponibili nei centri chiusi restano ben al di sotto di quanto ci si potrebbe aspettare alla luce del dato normativo¹¹.

Le ragioni che spiegano l'evidente ed endemico scarto tra *law in action* e *law in the books* si possono cogliere, oltre che sul piano simbolico, solo osservando con disincanto la dimensione empirica, che ci consegna il trattenimento – e la minaccia del trattenimento – quale meccanismo di “disciplinamento” degli *stranieri irregolari indeportabili*, e dunque rivolto a quella cospicua massa di individui che risulta impossibile allontanare dal suolo nazionale (ed europeo).

L'esperienza italiana sembra insomma restituirci un'immagine ibrida: con un dispositivo legale improntato alla volontà di rendere possibile un ricorso imponente alla detenzione, e una realtà fattuale invece tarata su un uso selet-

la sicurezza pubblica, per la cui valutazione si tiene conto di condanne – anche non passate in giudicato – per i reati la cui commissione sia causa di diniego dello *status* di rifugiato e di esclusione dalla protezione sussidiaria.

⁹ Come noto, l'innesto dell'art. 10-*ter* nel T.U.I. si deve alla “riforma Minniti” (d.l. n. 13/2017, conv. con mod. con l. n. 46/2017).

¹⁰ V. art. 2 comma e d. l. n. 113/2018, conv. con mod. con l. n. 132/2018. In ordine alla volontà di ampliare la rete dei centri chiusi, v. già l'art. 19, comma 3 d.l. n. 13/2017.

¹¹ Al netto di alcune inevitabili oscillazioni, i posti disponibili all'interno dei C.P.R. sono circa 1.100, dislocati in dieci diversi centri: Bari, Brindisi, Caltanissetta, Gradisca d'Isonzo (GO), Macomer (NU), Milano, Palazzo San Gervasio (PZ), Roma, Torino, Trapani.

tivo dello strumento. Un'immagine ibrida ponderata e voluta, se è vero che, al di là dei già citati intenti di irrobustire il circuito dei C.P.R. (a quanto consta espressi anche nell'ultima proposta di legge di bilancio¹²), la politica non è mai finora passata dalle dichiarazioni all'azione.

Dinanzi alla distanza tra dato legale e concrete possibilità di confinamento, era inevitabile che insorgessero parametri informali volti a classificare, tra i potenziali "ospiti" dei centri chiusi, gli stranieri da detenere *effettivamente*¹³.

In tale contesto, da sempre la prassi tende a privilegiare, quali destinatari della detenzione amministrativa, gli stranieri ritenuti socialmente pericolosi e quelli che appaia effettivamente possibile rimpatriare¹⁴ (magari anche grazie all'efficacia persuasiva – oltre che sanzionatoria – della detenzione, da attivare nei confronti dello straniero non collaborativo onde vincere le sue resistenze a farsi compiutamente identificare¹⁵).

Se il secondo criterio, oltre a rispondere a una logica di proporzionalità (e, più in generale, alla funzione assegnata ai C.P.R., che è quella di patrocinare l'allontanamento dello straniero), trova un esplicito riscontro positivo nei commi 1 e 5 dell'art. 14 (che postulano la transitorietà dell'ostacolo al rimpatrio e dunque l'effettiva possibilità di superarlo)¹⁶, lo stesso non può dirsi per l'espellendo socialmente pericoloso¹⁷. La sensazione è infatti che un simile criterio possa trasformare il trattenimento in una misura di prevenzione atipica, di natura detentiva e applicata dal questore (anziché dall'autorità giudiziaria, chiamata solo a convalidare *ex post* il trattenimento, per di più nella debole figura del giudice di pace): con un'evidente deroga ai principi generali che governano la disciplina delle misure preventive personali, che,

¹² Secondo quanto si apprende dagli organi di stampa, l'art. 106 della bozza di legge di bilancio 2023 prevederebbe lo stanziamento di 42 milioni di euro per potenziare la rete dei C.P.R.

¹³ Naturalmente, la "fortuna" applicativa dell'istituto viene a dipendere anche dall'orientamento politico del governo in carica.

¹⁴ Il dato era già stato segnalato, tra gli altri, da C. MAZZA, *La prigionie degli stranieri. I Centri di Identificazione e di Espulsione*, Roma, 2013, 70.

¹⁵ Tale realtà, che emergeva già in via empirica, ha assunto anche una dimensione normativa, ove si consideri il contenuto dell'art. 10-ter, comma 3, T.U.I. più sopra menzionato.

¹⁶ Il riferimento è al quarto periodo del comma 5 dell'art. 14 T.U.I., che disciplina il secondo ordine di possibili proroghe della durata del trattenimento.

¹⁷ Per un'illuminante indagine empirica, che ha condotto gli autori ad individuare tre categorie di soggetti fisiologicamente "destinati" al trattenimento («il pericoloso, l'inaffidabile e il marginale»), v. G. CAMPESI, G. FABINI, *La detenzione della «pericolosità migrante»*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2/2017, p. 515 ss.

oltre a non avere natura detentiva, sono applicabili solo in forza di un provvedimento giudiziale (e comunque rimesso a un giudice togato)¹⁸.

Questo aspetto è davvero cruciale per inquadrare il trattenimento nella sua realtà fattuale: la circostanza che uno dei criteri da sempre privilegiati per imporre questa forma di detenzione si identifichi nella pericolosità dello straniero irregolare dimostra infatti che, pur a fronte di un apparato normativo costruito per combattere l'immigrazione di massa (reale o percepita che sia), la prassi continua a orientarsi in un modo conforme a una funzione più specifica, ossia quella di detenere (e allontanare) lo straniero "indesiderabile"¹⁹.

Sulla scorta di queste constatazioni, la distanza tra il testo dell'art. 14 T.U.I. e il dato empirico è dunque notevole, recando con sé questo effetto finale: l'autorità di pubblica sicurezza – ossia l'unico organo deputato ad emettere il provvedimento applicativo del trattenimento – si vede accordato un elevatissimo grado di discrezionalità; infatti, la circostanza che i casi delinquenti dalla legge siano, oltre che poco tassativi, anche potenzialmente idonei a legittimare l'applicazione della detenzione amministrativa rispetto a una grande moltitudine di individui, rende assai arduo, per il giudice di pace chiamato alla convalida, discostarsi dal provvedimento applicativo emesso dal questore. Una simile disciplina fa sì che la scelta delle persone da destinare ai centri chiusi diventi appannaggio quasi esclusivo dell'autorità di polizia, legittimata a una decisione difficile da sindacare, sia in positivo che in negativo.

A completamento del quadro, si consideri inoltre che alcune ricerche hanno posto in risalto l'esistenza di diverse vocazioni dei singoli centri chiusi dislocati su territorio, lumeggiate da – altrimenti inspiegabili – significative divaricazioni tra i tassi statistici di effettivo rimpatrio a seguito della detenzione in alcuni C.P.R. piuttosto che in altri. Benché forse in parte dovute anche alla diversa provenienza geografica degli stranieri presenti sullo specifico territorio volta a volta considerato, tali divaricazioni evidenziano soprattutto la diversa "destinazione" dei singoli centri²⁰. Prendendo a prestito le parole

¹⁸ Infatti, le uniche due misure preventive personali applicabili dal questore sono il foglio di via obbligatorio e l'avviso orale, e sono caratterizzate da un contenuto afflittivo certamente non assimilabile a quello tipico del trattenimento.

¹⁹ Sulla dicotomia tra straniero-massa e straniero-individuo v. A. SPENA, *La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2/2017, pp. 495 ss.

²⁰ I dati del 2020 attestano ad esempio che al C.P.R. di Milano il tasso di rimpatri è stato dell'83,9% con una permanenza media di 8,6 giorni; al contrario, al centro di Macomer le persone sono state trattenute mediamente per 73,3 giorni e solo il 21,1% è stato effettivamente

di un'acuta studiosa, infatti, alcuni C.P.R. «sembrano maggiormente inclini ad operare come ingranaggio effettivo nel meccanismo delle espulsioni; altri, invece, appaiono maggiormente funzionali al contenimento di soggetti anche là dove non sia possibile eseguirne il rimpatrio, allo scopo di prelevarli – almeno momentaneamente – dallo spazio pubblico: o [...] per la loro supposta pericolosità, o per rispondere alle lamentele dei cittadini che, spesso spinti anche da campagne mediatiche, vivono come problematica la presenza di questi soggetti nello spazio pubblico»²¹.

3. ... e la loro positivizzazione: l'introduzione dei criteri di priorità

Su un tale stato dell'arte, consolidatosi negli anni, deve registrarsi l'innovazione operata dalla “riforma Lamorgese” del 2020, che ha elevato il dato di prassi a dignità di legge. Si allude in particolare all'innesto del nuovo comma 1.1, inserito nel corpo dell'art. 14 dal d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, e puntualmente recepito dalla legge di conversione (l. 18 dicembre 2020, n. 173).

Com'è facile intuire dal suo tenore, con tale precetto si è scelto di introdurre una disciplina improntata alla logica (nota agli studiosi del processo penale) dei criteri di priorità: l'inedita disposizione intende in qualche modo governare la discrezionalità di cui s'è appena dato conto, ricorrendo a un espediente normativo – quello appunto dei “criteri di priorità” – di per sé rivelatore della marcata distanza tra il dato legale e il numero di posti disponibili nei C.P.R.

Alla corsia preferenziale che – “privilegiando” gli stranieri che siano cittadini di (o comunque provengano da) Paesi coi quali viga un accordo di riammissione (anche informale, di polizia?) – si pone più in linea con la funzione istituzionale del trattenimento, se ne affiancano altre due: quella dei condannati, anche con sentenza non definitiva, per uno dei reati ostativi al rilascio del visto di ingresso (art. 4, comma 3, terzo periodo, T.U.I.) o del permesso di soggiorno (art. 5, comma 5-*bis*, T.U.I.), e quella di coloro che costituiscono una minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica (categoria,

te rimpatriato; per quanto riguarda il C.P.R. di Roma-Ponte Galeria, il tasso di rimpatri è stato pari al 13,1% delle persone trattenute, mentre a Palazzo S. Gervasio-Potenza al 14,2 (dati riportati da G. FABINI, *La prospettiva translocale nell'analisi socio-giuridica dei confini*, in *Sociologia del diritto*, n. 3/2021, p. 55).

²¹ *Ibidem*.

quest'ultima, che, oltre a corrispondere a una delle ipotesi di diniego dell'ingresso, evidenzia anche una perfetta sovrapposizione con i presupposti per l'espulsione ministeriale di cui all'art. 13, comma 1, T.U.I.).

La riforma operata nel 2020 ha senz'altro un pregio, poiché razionalizza e fissa espressamente, per legge, le condizioni che identificano quella "pericolosità migrante"²² che già da anni individua in via di fatto uno dei criteri preferenziali per decretare il trattenimento. Se infatti si eccettua il riferimento – comunque non espressamente ancorato all'intervenuta emissione di un provvedimento espulsivo *ex art.* 13 comma 1 T.U.I. – all'individuo che rappresenti una minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica, la valorizzazione di determinate condanne, sia pure non passate in giudicato, fa sì che la valutazione di pericolosità risulti ancorata a un accertamento giudiziale, per quanto non definitivo.

Senonché, a chiosa della modifica, s'impone una riflessione tanto scontata quanto inevitabile: positivizzando e razionalizzando quanto già poteva riscontrarsi nella prassi, la "riforma Lamorgese" si è però ben guardata dal toccare il comma 1 dell'art. 14 T.U.I., così indirettamente – ma assai significativamente – scegliendo di non scalfire il corposo catalogo ivi acchiuso. Le conseguenze sono precise, posto che l'eventuale inosservanza dei criteri di priorità oggi messi nero su bianco sfugge a qualsiasi reale sindacato in sede di convalida, mostrando la nuova disposizione per quello che è: niente più che un precetto "pedagogico", destinato, ove trasgredito, a restare privo di ricadute.

Infatti, le caratteristiche del procedimento applicativo del trattenimento – che vede l'autorità giudiziaria (nella figura del giudice di pace) intervenire solo *ex post*, con una funzione di controllo su scelte già operate a monte dall'autorità di pubblica sicurezza – precludono in radice un reale controllo sul rispetto dei nuovi criteri di priorità (e più in generale sull'assenza di discriminazioni in ordine all'opzione se applicare o meno il trattenimento).

In sostanza, il rispetto del comma 1.1 dell'art. 14 T.U.I. risulta sottratto a qualsiasi sindacato giudiziale²³: infatti, l'imposizione del trattenimento pur in

²² L'espressione è mutuata da G. CAMPESI, G. FABINI, *La detenzione della «pericolosità migrante»*, cit.

²³ Si tratta di un inconveniente che ricorre ogni volta in cui è il solo provvedimento applicativo di una misura coercitiva (e non anche la scelta di non azionarlo) ad essere sottoposto al controllo di un'autorità terza. È dunque un inconveniente comune, ad esempio, anche alla disciplina dell'arresto. Nondimeno, nel caso dell'arresto la predeterminazione legislativa dei casi e dei presupposti della cattura è molto più stringente (e dunque, come tale, meno facile da eludere).

assenza delle condizioni ritenute decisive per applicarlo in via prioritaria non rende illegittimo il decreto del questore, che può risultare perfettamente conforme al tenore dell'art. 14 comma 1 T.U.I., niente affatto intaccato dalla riforma del 2020.

In definitiva, resta dunque tuttora elevato il rischio di scelte discriminatorie²⁴. Il che testimonia l'esistenza di un'ulteriore funzione della detenzione amministrativa: accanto alla funzione cautelare, a quella sanzionatoria (di condotte non collaborative al rimpatrio) e di prevenzione speciale (evincibile dalla disciplina concernente l'applicazione privilegiata del trattenimento nei confronti di colui che costituisca una minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica), si colloca anche una funzione generalpreventiva, deputata al controllo e al "disciplinamento" degli *stranieri irregolari e indeportabili*. L'astratta e potenziale applicabilità della misura coercitiva anche al soggetto in concreto non allontanabile dal Paese funge infatti da minaccia incombente – e magari esplicitata sottoponendo il singolo a reiterati controlli di polizia – senza che ad essa necessariamente corrisponda anche la reale prospettiva di dar corso all'allontanamento dal territorio nazionale²⁵. Una funzione, quella di "richiamo all'ordine" riservato agli *irregolari indeportabili*, che il dato normativo – là dove definisce come transitorio l'ostacolo idoneo a giustificare l'applicazione del trattenimento – sembrerebbe voler scongiurare; ma che opera comunque, in via di fatto, appunto quale strumento di generalprevenzione *sui generis*.

²⁴ Né il d.l. n. 130 del 2020 ha pensato di introdurre qualcosa di assimilabile a quel potere di avocazione che la "riforma Cartabia" (d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150) ha riservato alla trasgressione dei criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale, la cui istituzionalizzazione normativa costituisce una delle principali novità della novella in predicato di entrare in vigore (v. artt. 412, 421-*bis* c.p.p. e 127-*bis* disp. att. c.p.p., così come modificati e introdotti dal d. lgs. n. 150/2022, cit.).

²⁵ G. FABINI, *La prospettiva translocale*, cit., p. 44, nonché, più diffusamente (sulla nozione di indeportabilità), in *Internal bordering in the context of undeportability: Border performances in Italy*, in *Theoretical Criminology*, vol. 23, n. 2/2019, p. 175 ss.

ESPULSIONE DELLO STRANIERO E NON LUOGO A PROCEDERE.
LA CASSAZIONE TORNA SULL'INTERPRETAZIONE
DELL'ART. 13, COMMA 3-QUATER, T.U.I.

Francesco Gargallo di Castel Lentini*

SOMMARIO: 1. Un cenno introduttivo. – 2. La vicenda processuale. – 3. Il consolidarsi dell'orientamento della Suprema Corte. – 4. Sull'improcedibilità atipica prevista dall'art. 13, comma 3-quater e ss., TUI.

1. *Un cenno introduttivo*

Con la sentenza n. 3532 del 01.02.2022, la Suprema Corte è tornata ancora una volta sull'interpretazione dell'art. 13, comma 3-*quater*, T.U.I., riferendosi in particolar modo ai momenti del procedimento penale in cui è possibile disporre il non luogo a procedere nei confronti dello straniero espulso. Nel consolidare il suo orientamento in materia, la Cassazione ha infatti affermato che la ratio della disposizione costituisce l'espressione di una scelta legislativa di natura esclusivamente processuale e che, pertanto, la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere a seguito dell'espulsione dello straniero non è consentita una volta emesso il decreto che dispone il giudizio.

2. *La vicenda processuale*

La sentenza in commento scaturisce da una vicenda procedimentale sorta innanzi al Tribunale di Bergamo ed è caratterizzata dal fatto che lo stesso organo giudicante, all'esito del giudizio di primo grado, ha pronunciato sentenza di non luogo a procedere per essere stato l'imputato espulso dal territorio dello Stato.

Contro il provvedimento del giudice di Bergamo aveva proposto ricorso per Cassazione il Procuratore Generale presso la Corte d'appello di Brescia, lamentando una violazione di legge con riferimento al D. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 13, comma 3-*quater*, in quanto il Tribunale avrebbe erroneamente dichiarato il non luogo a procedere. Nello specifico, veniva posto in risalto

* Dottorando di ricerca in diritto pubblico, Università degli studi di Roma "Tor Vergata".

dal ricorrente il fatto che la norma sopra citata, riguardante una causa di improcedibilità dell'azione penale, possa intendersi rispettata solo nei casi in cui l'imputato sia stato espulso dal territorio dello Stato prima dell'emissione del decreto a giudizio, e non anche in seguito, come invece avvenuto nel caso concreto.

Accolto il ricorso del Procuratore Generale, la Corte regolatrice ha rilevato come possa ritenersi ormai consolidato il proprio orientamento secondo cui l'emissione di una sentenza di non luogo a procedere, pronunciata solo in seguito all'espulsione dell'imputato straniero dal territorio dello Stato, non è consentita una volta che sia stato emesso il decreto che dispone il giudizio.

In particolare, la Suprema Corte ha motivato il proprio orientamento evidenziando come – diversamente da quanto sostenuto nella sentenza impugnata – il significato della citata norma non coincide con un beneficio in favore dell'imputato straniero espulso, ma è espressione «di una scelta legislativa di natura esclusivamente processuale, con finalità deflattiva», così immaginata dal legislatore anche per evitare che possa celebrarsi un procedimento penale nei confronti di un soggetto che sia impossibilitato a prendervi parte.

Ebbene, risulta evidente all'interno delle motivazioni come i giudici di legittimità abbiano fondato il loro orientamento riferendosi, quasi esclusivamente, alla ratio delle norme inserite nel D. lgs. 25 luglio 1998, n. 286. Difatti, secondo la S. C., la disposizione di legge in esame si raccorda con quella rintracciabile presso lo stesso art. 13, successivo comma 3-*quinquies*, nella parte in cui prevede la revoca del provvedimento di archiviazione ex art. 345 c.p.p., qualora lo straniero rientri illegalmente nel territorio dello Stato, consentendo, in questo modo, che l'azione penale possa essere nuovamente esercitata.

Così, la Suprema Corte, rilevando nella parte conclusiva delle proprie motivazioni il dato oggettivo riferibile all'espulsione dell'imputato – eseguita in data 11.4.2019 – e alla precedente emissione del decreto a giudizio – avvenuta ben prima, il 4.12.2017 – ha concluso per l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata, disponendo che gli atti fossero trasmessi al Tribunale di Bergamo per la celebrazione del procedimento nei confronti dell'imputato.

3. *Il consolidarsi dell'orientamento della Suprema Corte*

Nella sentenza in esame, come accennato, la Suprema Corte ha ribadito

che il potere del giudice di merito di pronunciare sentenza di non luogo a procedere sia esercitabile solo «se non è ancora stato emesso il provvedimento che dispone il giudizio»¹.

È, innanzitutto, interessante notare come nonostante due decisi interventi – il primo della Consulta, e il secondo della Suprema Corte – la norma in esame non risulti ancora di semplice applicazione. Il comma 3-*quater* dell'art. 13, D. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, a ben vedere, si limita a consentire l'emanazione di una sentenza che sancisca l'improcedibilità dell'azione penale, purché ricorrano due requisiti: quello probatorio, riferibile alla *prova dell'avvenuta espulsione*, e quello temporale, coincidente con la necessità che lo stesso provvedimento di espulsione sia stato eseguito prima dell'emanazione del decreto che dispone il giudizio².

Ebbene, nello specifico può infatti notarsi come, con sentenza n. 270 del 2019, la Corte costituzionale aveva avuto modo di esprimersi sul tema affermando, in maniera netta, che la norma non rappresenta «una sorta di immunità dalla giurisdizione», quanto piuttosto «la risultante di un bilanciamento, operato dal legislatore» che pone in astratto le condizioni per valutare «se e quando» far prevalere la finalità deflattiva del carico dei procedimenti sull'accertamento di un fatto penalmente rilevante.

Poco più di un anno dopo, inoltre, la terza sezione della S. C., con sentenza n. 13118 del 06.02.2020, si era espressa sul tema sostenendo come «dal chiaro tenore della norma» potesse desumersi che la peculiare causa di improcedibilità, contemplata nella medesima disposizione, si riferisca al caso in cui lo straniero non sia ancora stato citato per la celebrazione del giudizio di primo grado, con il decreto di cui all'art. 429 c.p.p. o con altro atto dello stesso tenore.

Nel caso in esame, la vicenda procedimentale, secondo la S. C., avrebbe potuto essere correttamente risolta attraverso l'applicazione di un automatismo: se l'espulsione dello straniero è avvenuta prima dell'emissione del decreto che dispone il giudizio, allora è consentita l'operatività della speciale causa di non procedibilità; in tutti gli altri casi, riferibili agli stessi imputati stranieri, invece, la finalità deflattiva non può prevalere sull'accertamento di un fatto penalmente rilevante.

¹ Art. 13, comma 3-*quater*, D. lgs. 25 luglio 1998, n. 286.

² Sulle specifiche condizioni di procedibilità dell'azione penale in materia di immigrazione, G. MANTOVANI, *L'espulsione dello straniero sottoposto a procedimento penale: un doppio vulnus al diritto di difesa?*, in *Leg. pen.*, 2006.

4. *Sull'improcedibilità atipica prevista dall'art. 13, comma 3-quater e ss., TUI*

Un ulteriore profilo rilevato nelle motivazioni della sentenza in commento concerne il significato più ampio della specifica causa di improcedibilità atipica, la quale, secondo la Suprema Corte, potrebbe essere di ancor più semplice lettura se non ricondotta unicamente allo schema dell'art. 13, comma 3-*quater*, TUI.

In particolare, nell'evidenziare come la *ratio* della disposizione in esame costituisca l'espressione di una precisa scelta legislativa di natura esclusivamente processuale, la S. C. ha precisato come la stessa previsione si raccordi a quella del medesimo art. 13, successivo comma 3-*quinqüies*, nella parte in cui viene prevista la revoca dell'archiviazione del procedimento, o del non luogo a procedere – ex art. 345 c.p.p. – qualora in seguito lo straniero rientri illegalmente nel territorio dello Stato, «con conseguente riproponibilità dell'azione penale: ciò che non sarebbe possibile con una pronuncia emessa all'esito del dibattimento».

È proprio in questo senso che può notarsi come il richiamo alla natura meramente processuale della sentenza emessa nel rispetto dell'art. 13, comma 3-*quater*, consente di inserire la previsione normativa in esame nell'alveo delle condizioni di improcedibilità atipiche, così come in principio definite dalla Consulta con l'ordinanza n. 142/2006. In quell'occasione, la Corte costituzionale aveva avuto modo di delineare i tratti distintivi della disciplina normativa in esame, da un lato giustificando la non volontà di procedere a giudizio con il «diminuito interesse dello Stato alla punizione di soggetti ormai estromessi dal proprio territorio», e dall'altro rilevando le accennate «esigenze deflattive del carico» giudiziario.

Ancora, nelle motivazioni della sentenza in commento, e precisamente nella parte in cui si legge come la finalità deflattiva sia tesa a scongiurare la celebrazione di un processo nei confronti di un soggetto «espulso prima dell'emissione dello stesso atto con cui viene instaurato e fissato il giudizio», può notarsi come la Suprema Corte abbia voluto anche rammentare quale sia, in generale, il significato oggettivo della sentenza di non luogo a procedere. A mente dell'art. 425 c.p.p. il giudice pronuncia tale provvedimento sia per motivi processuali (quando sussiste una causa per cui l'azione penale non doveva essere iniziata o non doveva essere proseguita) sia per motivi sostanziali (quando sussiste una causa estintiva del reato, quando il fatto non è previsto dalla legge come reato ovvero risulta che il fatto non sussiste, che l'imputato non lo ha commesso, che il fatto non costituisce reato o che l'imputato non è punibile per qualsiasi causa). Ciò che deve riscontrarsi è

sempre l'assenza di presupposti per potere utilmente proseguire l'accertamento in giudizio di un fatto considerato in origine penalmente illecito. L'espulsione dello straniero prima che sia stata dichiarata da un giudice la necessità di disporre un giudizio nei suoi confronti deve pertanto ritenersi una causa idonea, ma *atipica*, di non doversi procedere nei suoi confronti.

Risulta chiaro, in conclusione, come la Suprema Corte nel caso esaminato abbia inteso riferirsi al ragionamento operato dalla Consulta nel 2006, invitando chi applica la legge a individuare nella norma di riferimento del TUI un significato deflattivo nell'interesse dell'amministrazione della giustizia e non dell'imputato, e ribadendo, in particolare, come l'espulsione amministrativa dello straniero sia idonea a legittimare l'emissione di una sentenza di non luogo a procedere nel solo caso in cui non sia stato ancora emesso il decreto che dispone il giudizio.

INOSSERVANZA DELL'ORDINE
DI ALLONTANAMENTO DEL QUESTORE
E SUSSISTENZA DEL GIUSTIFICATO MOTIVO
(CASS. PEN., SEZ. I, 20 SETTEMBRE 2022, N. 38819)

Elena Mattevi*

SOMMARIO: 1. La vicenda. – 2. La decisione. – 3. Il contesto normativo in cui si inserisce il reato oggetto della pronuncia. – 4. Il “giustificato motivo” di violazione dell’ordine di allontanamento.

1. *La vicenda*

La vicenda giudiziaria prende le mosse da un provvedimento di espulsione di uno straniero da parte del prefetto, emesso ai sensi dell’art. 13, comma 4, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (T.U. imm.) – e quindi da eseguirsi con accompagnamento alla frontiera da parte della forza pubblica – al quale ha fatto seguito l’adozione da parte del questore dell’ordine di allontanamento *ex art. 14, comma 5-bis*, T.U. imm., a causa dell’impossibilità di eseguirlo con immediatezza per la presenza di situazioni transitorie che ostacolavano la preparazione del rimpatrio o l’effettuazione dell’allontanamento e dell’impossibilità (o inutilità) del trattenimento in un Centro di permanenza per i rimpatri. L’ordine di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di sette giorni veniva violato dallo straniero, che commetteva quindi il reato di cui all’art. 14, comma 5-ter, T.U. imm., accertato in data 17 novembre 2020, a cui seguiva la condanna alla pena di euro 8.000 da parte del giudice di pace di Novara, che non riconosceva il giustificato motivo di mancato allontanamento derivante dalla documentata nascita in Italia di una figlia a pochi giorni di distanza.

2. *La decisione*

La Cassazione si pronuncia a seguito del ricorso presentato dal condannato, che ha chiesto l’annullamento della sentenza di primo grado denun-

* Ricercatrice di diritto penale, Università di Trento.

ciando la violazione di legge e il vizio della motivazione proprio con riguardo al mancato riconoscimento del giustificato motivo di violazione dell'ordine di allontanamento in conseguenza della descritta nascita della figlia.

La Suprema Corte coglie l'occasione per evidenziare il significato che assumono i provvedimenti amministrativi emessi dal prefetto e dal questore e, in particolare, il provvedimento di cui all'art. 14, comma 5-*bis*, nella fattispecie incriminatrice di cui all'art. 14, comma 5-*ter*, T.U. imm. Anche tale provvedimento costituisce un elemento costitutivo della fattispecie; deve essere conforme ai requisiti sostanziali e formali previsti dalla legge e motivato, quindi, congruamente in merito alle ragioni che legittimano la P.A. a non procedere all'esecuzione dell'espulsione con accompagnamento coattivo, in base all'art. 14, comma 1, T.U. imm.

Proprio queste ragioni – tra le quali rientrano quelle riconducibili alla necessità di prestare soccorso allo straniero o di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità ovvero di acquisire i documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo – costituiscono, secondo la Corte, indici di riconoscimento dell'inesigibilità della condotta richiesta allo straniero e quindi del mancato allontanamento¹.

La formula “senza giustificato motivo”, infatti, funge da “valvola di sicurezza” del meccanismo repressivo², evitando che scatti la sanzione penale quando l'osservanza del precetto «appaia concretamente “inesigibile” in ragione, a seconda dei casi, di situazioni ostative a carattere soggettivo od oggettivo, di obblighi di segno contrario, ovvero della necessità di tutelare interessi confliggenti, con rango pari o superiore rispetto a quello protetto dalla norma incriminatrice, in un ragionevole bilanciamento di valori».

Anche l'art. 19 T.U. imm. rappresenta, tuttavia, un punto di riferimento importante per la clausola di inesigibilità. Tra richiedenti il diritto d'asilo e rifugiati, da una parte, e migranti economici, dall'altra, esiste infatti una profonda differenza di disciplina che si coglie analizzando l'art. 19, co. 1, T.U. imm., che preclude l'espulsione in caso di pericolo di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di orientamento sessuale, di identità di genere, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, mentre la Suprema Corte rileva come sia negata analogica efficacia paralizzante alle esigenze personali che spesso caratterizzano la seconda categoria. Il medesimo articolo, però, può offrire, al secondo comma, un aggancio puntuale per attribuire un contenuto più ampio alla clausola in questione,

¹ Cfr., Cass. Pen., sez. I, sentenza del 7 luglio 2006, n. 30779.

² Cfr., in tal senso, Corte Cost., sentenza del 13 gennaio 2004, n. 5.

laddove, per esempio, vieta anche l'espulsione delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio. Questa disposizione, peraltro, è stata dichiarata costituzionalmente illegittima nel 2000 proprio nella parte in cui non estende il divieto di espulsione al marito convivente della donna in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio (Corte Cost., sentenza del 27 luglio 2000, n. 376).

Nel caso in questione, dopo aver evidenziato che davanti al giudice di pace era stata documentata la nascita della figlia dello straniero espulso, intervenuta in data 23 novembre 2020 e, quindi, successivamente al decreto di espulsione del 29 settembre 2020 e all'accertamento del reato, la Corte chiarisce che rimane compito del giudice di pace esaminare l'allegazione difensiva allo scopo di verificare se la stessa sia idonea a configurare il giustificato motivo di mancato allontanamento. Pertanto, la decisione impugnata è annullata con rinvio, formulando altresì il seguente principio di diritto: «al fine di individuare la sussistenza del giustificato motivo, idoneo ad escludere la configurabilità del reato di inosservanza all'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato, costituiscono indici di riconoscimento della inesigibilità della condotta richiesta allo straniero (padre o madre che sia), in applicazione del principio di tutela della gravidanza e della prole, lo stato di gestazione e, poi, la nascita del figlio fino al raggiungimento del sesto mese».

3. *Il contesto normativo in cui si inserisce il reato oggetto della pronuncia*

La sentenza riguarda il reato di cui all'art. 14, comma 5-ter, T.U. imm. – introdotto nel nostro ordinamento nel 2002 e posto a presidio del rispetto da parte dello straniero dell'ordine di allontanamento impartito dal questore ai sensi dell'art. 14, comma 5-bis – il quale è punito, a partire dal d.l. 23 giugno 2011, n. 89, con la sanzione pecuniaria e attribuito alla competenza del giudice di pace. La scelta per questo reato di una sanzione che appare ben poco adatta alle condizioni economiche del clandestino è stata necessitata. Nella nota sentenza *El Dridi*³ la Corte di giustizia si era occupata proprio di questa

³ Il caso è stato posto all'attenzione della Corte europea dalla Corte d'Appello di Trento, in un procedimento in cui l'imputato era sottoposto a custodia cautelare e la Corte di Lussemburgo ha accolto la richiesta del giudice rimettente di procedere in via d'urgenza, in conformità a quanto previsto dall'art. 104-ter del regolamento della Corte. Cfr. C. AMALFITANO, *La reclusione degli immigrati irregolari per violazione dell'ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni della c.d. direttiva rimpatri*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 2786 ss.

norma, che fino ad allora era punita con la pena della reclusione, ricordando come la direttiva rimpatri (dir. 2008/115/CE) scandisse la successione delle diverse fasi della procedura di rimpatri. Se essa non precludeva agli Stati membri di sanzionare anche penalmente lo straniero che violava le norme sull'ingresso e sul soggiorno, non consentiva neppure l'applicazione di una sanzione detentiva solo perché un cittadino di un Paese terzo permaneva in maniera irregolare sul territorio a seguito dell'ordine di lasciarlo. La sanzione detentiva doveva considerarsi così incompatibile con la direttiva rimpatri poiché comprometteva la realizzazione del suo obiettivo: quello di instaurare una politica efficace di allontanamento e di rimpatri. Un obiettivo che naturalmente non poteva invece considerarsi ostacolato dalla previsione di pene di natura pecuniaria.

Venuta meno, per incompatibilità con la normativa europea, la disciplina italiana dei reati collegati all'espulsione, attorno alla quale era costruita buona parte del sistema penale di contrasto all'immigrazione clandestina, il legislatore italiano si attivava per dare finalmente attuazione alla richiamata direttiva. Invece di ripensare criticamente alla strategia seguita negli anni, riflettendo per esempio sull'esito poco incoraggiante dell'incriminazione introdotta nel 2009 con l'art. 10-*bis* T.U. imm., però, prendeva come modello di questo secondo intervento normativo proprio tale norma.

Alla pena pecuniaria è stata affiancata la competenza del giudice di pace, il quale, se acquisisce la notizia dell'esecuzione dell'espulsione, deve pronunciare sentenza di non luogo a procedere. Anche a un primo sguardo, emerge quindi come l'applicazione della sanzione pecuniaria venga a dipendere, caso per caso, dalla capacità dell'autorità di pubblica sicurezza di dare tempestiva esecuzione ai propri provvedimenti di espulsione, quasi "scaricando" sugli immigrati irregolari le conseguenze dell'incapacità statutale di espellerli e costringendoli ad autoespellersi⁴.

Il reato di violazione dell'ordine è caratterizzato tuttavia dalla clausola del "giustificato motivo", che riveste un ruolo centrale nella fattispecie⁵.

⁴ P. BONETTI, *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 4/2009, p. 122; R. RAFFAELLI, *La direttiva rimpatri e il reato di ingresso e soggiorno irregolare francese: principi ed effetti della sentenza Achugabian nell'ordinamento italiano*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 4/2011, p. 79; E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero*, in F. CURI, F. MARTELLONI, A. SBRACCIA, E. VALENTINI, *I migranti sui sentieri del diritto*, Torino, 2021, II ed., p. 216.

⁵ D. POTETTI, *Il concetto di giustificato motivo di trattenimento (art. 14, comma 5-ter, d.lgs. n. 286 del 1998)*, in *Cass. Pen.*, 2009, pp. 701 ss.

4. *Il “giustificato motivo” di violazione dell’ordine di allontanamento*

La sentenza in esame ruota proprio intorno al significato della clausola del “giustificato motivo” di trattenimento nella fattispecie di cui all’art. 14, comma 5-ter, T.U. imm., per comprendere il quale, come ben fa la Suprema Corte, è indispensabile considerare innanzitutto la già citata sentenza della Corte costituzionale, 13 gennaio 2004, n. 5, che ha chiarito come la clausola eviti «che la sanzione penale scatti allorché — anche al di fuori della presenza di vere e proprie cause di giustificazione — l’osservanza del precetto appaia concretamente “inesigibile”». È grazie ad essa, del resto, che la Consulta ha potuto escludere ogni possibile contrasto della norma penale con l’art. 27 Cost., in presenza di situazioni di pratica impossibilità di munirsi tempestivamente del biglietto o di documenti⁶.

Grazie al coordinamento della norma incriminatrice con le altre disposizioni del T.U. imm. e con gli ulteriori testi normativi riguardanti lo straniero, si possono individuare poi gli agganci necessari a riempire di più precisi contenuti la clausola, che in difetto potrebbe violare l’art. 25 Cost. sotto il profilo della determinatezza.

Alcuni esempi sono offerti dai motivi che, ai sensi dell’art. 14, co. 1, T.U. imm., legittimano la P.A. a non procedere all’accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera. Altre indicazioni, invece, sono ricavabili dall’art. 19, in tema di divieti di espulsione e respingimento.

Proprio l’art. 19, co. 2, T.U. imm. rileva per il caso di specie e, in particolare, rileva la disposizione che vieta l’espulsione delle donne in stato di gravidanza, dichiarata illegittima dalla Consulta con la sentenza 27 luglio 2000, n. 376, nella parte in cui non estendeva il divieto di espulsione al marito convivente della donna in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio.

Nella vicenda in esame non pare sussistano tutti i presupposti richiesti dalla norma per incorrere in un vero e proprio divieto di espulsione (coniugio, convivenza), ma la Cassazione punta l’attenzione, più in generale, sul principio di tutela della gravidanza e della prole o, per usare le parole della Consulta, «di paritetica partecipazione di entrambi i coniugi alla cura e all’educazione della prole, senza distinzione o separazione di ruoli tra uomo

⁶ La giurisprudenza si è espressa spesso a favore del giustificato motivo in ipotesi di inadempimento conseguente o alle condizioni di assoluta impossidenza o al mancato rilascio dei documenti necessari: cfr., tra le altre, Cass. Pen., sez. I, sentenza del 5 febbraio 2019, n. 40827.

e donna, ma con reciproca integrazione di essi». Ben chiarisce così che, ai fini del riconoscimento dell'inesigibilità della condotta, costituiscono degli indici importanti lo stato di gestazione e la nascita del figlio fino al raggiungimento del sesto mese, sia per il padre che per la madre.

Del resto, il riferimento alle altre norme del T.U. imm. per definire il concetto di giustificato motivo non può essere portato alle estreme conseguenze per le quali esso sussisterebbe solo in ipotesi di divieto di respingimento o espulsione. Non è vi è alcun fondamento normativo che possa fondare questa totale sovrapposizione.

Possono, al contrario, rilevare – come è stato riconosciuto da un giudice di merito – situazioni più complicate, come quella di uno straniero legato sentimentalmente ad una cittadina italiana in attesa di un bambino, con la quale egli abbia già deciso di sposarsi (Trib. Milano, sentenza del 2 marzo 2007).

La clausola, insomma, funge da vera “valvola di sicurezza” di un meccanismo repressivo che rappresenta il tassello finale di una disciplina che presenta diverse criticità. Può (e deve) consentire – se la discrezionalità in materia viene esercitata con oculatezza – di evitare i contrasti più stridenti coi principi costituzionali, ma allo stesso tempo consegna nelle mani di un giudice onorario uno strumento complesso in una materia già caratterizzata da un elevato tasso di tecnicismo.

Basti ricordare che, nella verifica della contestazione dell'ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento emesso dal questore da parte dello straniero espulso, nel caso in cui quest'ultimo rappresenti atto consequenziale a un decreto prefettizio di espulsione illegittimo, il giudice di pace ha il potere di disapplicare *in bonam partem* il provvedimento amministrativo, costituente il presupposto del reato⁷. Il giudice di pace è chiamato a verificare, insomma, che l'ordine sia stato emanato all'esito di un procedimento amministrativo conforme alla normativa vigente: attività che può essere difficile, ma che riveste un'importanza decisiva.

⁷ Cfr. *ex plurimis*, Cass. Pen., sez. I, sentenza del 1° marzo 2019, n. 29465; Cass. Pen., sez. I, sentenza del 2 luglio 2013, n. 35021.

IL TRATTENIMENTO DEGLI STRANIERI
SOTTO LALENTE DEL PROCESSUALPENALISTA.
UNA MISURA SANZIONATORIA DI NATURA PENALE?

Lorenzo Bernardini*

SOMMARIO: 1. Il trattenimento, la libertà e le garanzie penali. – 2. Che cos'è “penale”? Cenni sui criteri *Engel* enunciati dalla Corte di Strasburgo. – 3. Il diritto UE e la natura amministrativa del trattenimento: un sistema sempre più incoerente? – 4. Una lettura costituzionalmente orientata. – 5. Osservazioni (non) conclusive.

1. *Il trattenimento, la libertà e le garanzie penali*

È stato autorevolmente sostenuto che l'istituto della detenzione amministrativa «formalmente non ha nulla a che fare con la procedura penale», eppure – pregiudicando la libertà personale del singolo che ne viene attinto – «dovrebbe essere regolato nel rispetto dei medesimi principi sovraordinati riferibili alle forme di coercizione proprie del sistema penale»¹. La medesima Autrice rimarcava poi come il cultore della procedura penale rimanesse effettivamente «spiazzato» di fronte alla disciplina del trattenimento², che – specie se paragonata a quella delle misure cautelari personali (ed in particolare, quella della custodia cautelare *ex art. 285 c.p.p.*) o dell'arresto in flagranza (di cui agli artt. 380 ss. *c.p.p.*) – risulta effettivamente deteriore in termini di garanzie.

Tuttavia, né nell'ordinamento convenzionale né nel diritto dell'UE si può rinvenire un cambiamento di paradigma. Per entrambi, lo si anticipa, il trattenimento degli stranieri è misura amministrativa, e dunque non afferente allo *ius criminale*. È la soluzione più rispettosa del dato normativo: nessun processo penale, nessuna *notitia criminis* e nessuna condanna circondano l'istituto *de quo*, né nel diritto interno italiano, né altrove.

L'analisi qui proposta, in particolare, intende analizzare la natura del tratte-

* Postdoctoral Researcher in Criminal Law, Università di Lussemburgo.

¹ E. VALENTINI, *Detenzione amministrativa e custodia cautelare in carcere: intersezioni, somiglianze, inaccettabili differenze*, in AA.VV., *Annuario ADiM 2020. Raccolta di scritti di diritto dell'immigrazione*, Napoli, 2021, p. 648.

² *Ibidem*.

nimento degli stranieri così come concepita dal legislatore italiano – e, invero, da tutti i legislatori europei – seguendo le indicazioni provenienti dalle pertinenti norme CEDU e del diritto UE³. Il problema di fondo è il seguente: possibile che due individui, privati totalmente della libertà personale tramite le medesime modalità, possano godere di garanzie *diverse* – l'uno (quello coinvolto in un procedimento penale) protetto maggiormente nei confronti dell'autorità statale rispetto all'altro (lo straniero trattenuto per via amministrativa)?

Il tema in esame è essenzialmente una questione di garanzie, perlopiù di natura processuale: diritto all'assistenza legale e linguistica, diritto al silenzio, diritto al contraddittorio o, in senso lato, ad un giusto processo, per citarne alcune. Prerogative-cardine del procedimento penale, che però – in estrema sintesi – stentano a farsi strada nella disciplina sovranazionale concernente la detenzione amministrativa. Certo, tali principi sono garantiti, sia pure in forma diversa, anche nell'ambito del procedimento (e del successivo processo) amministrativo. E, tuttavia, proprio a fronte della qualifica “amministrativa” che è stata assegnata alla misura del trattenimento dal legislatore eurounitario – ed analogamente da quello interno –, si possono rilevare alcune “storture” sistemiche che diminuiscono la portata di tali garanzie: si pensi, ad es., al fatto che, in Italia, è il giudice di pace – e non un magistrato togato – a statuire sulla legittimità della detenzione amministrativa patita dallo straniero, violando così, secondo alcuni, il contenuto sostanziale della riserva di giurisdizione⁴ o, ancora, alla mancata previsione di un'adeguata assistenza linguistica in favore del migrante, anche a fronte di un dato normativo lacunoso⁵.

Tale *vulnus* è circostanza derivante, da un lato, dall'assenza di disposizioni in merito all'assistenza linguistica nella Direttiva Rimpatri, e, dall'altro, dalla dicitura generica di cui all'art. 9, par. 4 della direttiva accoglienza, a mente del quale i richiedenti trattenuti devono essere informati delle ragioni della detenzione «in una lingua che essi comprendono o *che ragionevolmente si suppone a loro comprensibile*», così ammettendo la legittimità di una informazione parziale nei confronti dello straniero detenuto⁶.

³ V., per una completa disamina sul punto, M. BENVENUTI, voce *Libertà personale*, in C. PANZERA, A. RAUTI (a cura di), *Dizionario dei diritti degli stranieri*, Napoli, 2020, p. 414 ss.

⁴ V., per tutti, A. CAPUTO, *Profili processual-penalistici del “diritto speciale” dell'immigrazione*, in *Foro italiano*, n. spec. n. 3/2021, c. 420.

⁵ ASGI, I “*locali idonei*” al trattenimento dei cittadini stranieri: le criticità del dettato normativo, i rilievi mossi dalle autorità di garanzia e i dati raccolti da ASGI, in *www.asgi.it*, 26 aprile 2021.

⁶ Sia consentito il richiamo, sui *vulnus* procedurali in tema di trattenimento a scopo di

Nondimeno, e nonostante il dibattito in corso sul punto, si potrebbe tentare di argomentare che – a fronte della possibile inadeguatezza delle garanzie amministrative già in essere – il rafforzamento delle garanzie processuali in favore dei migranti trattenuti potrebbe essere percorsa entro il sentiero, angusto, della definizione del trattenimento come misura sostanzialmente penale e meritevole, quindi, dello stesso grado di garanzie che sono assicurate all'individuo coinvolto nel procedimento penale, nelle sue varie caratterizzazioni (indagato/imputato).

Potrebbe essere un tragitto inedito, sebbene non unico, da seguire per tentare di emendare la procedura attuale dai suoi vizi peggiori. Autorevole dottrina ha infatti sostenuto che, senza mettere in discussione la natura del trattenimento, sarebbe sufficiente garantire la corretta applicazione delle garanzie amministrative nei confronti dello straniero per rendere la pertinente procedura esente dalla maggior parte delle critiche che oggi le vengono rivolte⁷.

E, d'altronde, la tesi qui proposta – e di cui si tenterà di dimostrare la bontà – sconta comunque una sorta di “peccato originale”. Riguardando soggetti «che non sono coinvolt[i] in un giudizio penale», risulterebbe difficile attribuire alla detenzione amministrativa funzioni analoghe a quelle della pena o delle misure cautelari⁸.

Ciò premesso, un “ritorno al penale” dell'istituto del trattenimento potrebbe costituire – sebbene non sia, lo si ribadisce, un sentiero obbligato – l'occasione per gli stranieri privati della loro libertà personale di poter beneficiare di garanzie più robuste e conferenti al loro *status* di detenuti.

2. *Che cos'è “penale”? Cenni sui criteri Engel enunciati dalla Corte di Strasburgo*

La Corte europea dei diritti dell'uomo non si è mai confrontata sulla natura della detenzione amministrativa. Nessuna sentenza ha mai ipotizzato che

rimpatrio, a L. BERNARDINI, *Il «pronto riesame giudiziario» del trattenimento degli stranieri irregolari: un habeas corpus “debole” all'interno dello spazio giuridico dell'UE?*, in *Cassazione Penale*, n. 5/2021, pp. 1861-1871.

⁷ V., per una ricostruzione completa dell'istituto del trattenimento secondo l'ottica del diritto amministrativo e, più in generale, sul ruolo dello “Stato di prevenzione”, il pregevole studio di M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, spec. p. 327 ss.

⁸ Così M. DANIELE, *La detenzione come deterrente dell'immigrazione nel decreto sicurezza 2018*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 11/2018, p. 96.

tale misura privativa potesse rivestire natura criminale. L'art. 6 CEDU, pertanto, nucleo delle garanzie penali previste dalla Convenzione europea, non ha mai trovato applicazione nella materia *de qua*, anche in ragione del fatto che nessun ricorrente straniero ha mai sollevato la questione innanzi la Corte.

Come è noto, al fine di stabilire la sussistenza di una «accusa in materia penale» *ex art. 6 CEDU*, occorre tener presente tre criteri: (i) la qualificazione giuridica della misura in causa nel diritto nazionale, (ii) la natura stessa dell'illecito, e (iii) la natura e il grado di severità della sanzione prevista⁹. Questi criteri sono peraltro alternativi e non cumulativi¹⁰.

Va tenuto poi in debito conto che le indicazioni del diritto interno hanno un valore «relativo», in quanto non è sufficiente, per escludere la natura penale di una sanzione, che essa non sia definita come tale dal diritto nazionale¹¹. Peraltro, va esaminato anche lo scopo perseguito dalla misura in esame: qualora si trattasse di «interessi generali della società normalmente tutelati dal diritto penale»¹² tale aspetto dovrebbe essere tenuto in considerazione. Infine, per quanto riguarda la severità della sanzione, la Corte ha ritenuto che possano essere rilevanti *in parte qua* anche le conseguenze ulteriori che l'applicazione della sanzione potrebbe produrre (ad es. la «perdita temporanea della onorabilità» dei rappresentanti delle società colpite dalle sanzioni emesse dalla CONSOB)¹³.

Calando tali considerazioni nel «campo giuridico» della detenzione amministrativa, sembra difficile negare, a dispetto della qualificazione formale nel diritto interno, che la natura di tale misura sia espressione di un insieme di «norme che persegu[ono] uno scopo preventivo, ovvero dissuadere gli interessati dal ricominciare, e repressivo, in quanto sanziona[no] una irregolarità»¹⁴, vale a dire impedire agli stranieri irregolari di entrare sul territorio nazionale (aspetto preventivo) e reprimere la condotta «indesiderata» tenuta da questi ultimi con la privazione della libertà (aspetto repressivo).

Nel diritto convenzionale, a ben vedere, l'aspetto preventivo è prevalen-

⁹ Corte Edu, sentenza dell'8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ric. n. 5100/71 *et al.*, § 82.

¹⁰ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 21 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, ric. n. 73053/01, §§ 30-31.

¹¹ Corte Edu, sentenza del 23 settembre 2011, *Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italia*, ric. n. 43509/08, § 39.

¹² *Ivi*, § 40.

¹³ Corte Edu, sentenza del 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, ric. n. 18640/10 *et al.*, § 97.

¹⁴ Corte Edu, sentenza del 21 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, ric. n. 73053/01 *cit.*, § 38.

te: l'art. 5, par. 1, lett. *f* CEDU consente agli Stati Parte di implementare il trattenimento degli stranieri basandosi sulla necessità di *prevenirne* l'ingresso irregolare o di eseguirne efficacemente il rimpatrio *prevenendone* la fuga. Ma si tratta solamente di un "lato della medaglia", in quanto, come si dirà *infra*, il diritto dell'UE – nell'elencare tassativamente le circostanze che permettono di detenere gli stranieri per via amministrativa – sembra chiarificare anche il secondo aspetto, quello repressivo, di tal misura.

Insomma, sulla natura di "sanzione penale" del trattenimento – non essendo decisiva la qualificazione interna – si può quantomeno tentare di intavolare una discussione: l'istituto si atteggia allo stesso modo della pena carceraria, tutelando beni giuridici di sicura matrice penalistica (ossia l'interesse dello Stato «al controllo delle frontiere e dei flussi migratori»)¹⁵, e con l'intento di punire lo straniero – sia esso richiedente protezione internazionale o irregolarmente soggiornante – per un suo comportamento, così estrinsecandosi la sua caratterizzazione penalistica.

Invero, l'applicabilità dei criteri *Engel* alla detenzione amministrativa, seguendo le indicazioni di autorevole dottrina, non sembrerebbe peregrina: tali indicatori, infatti, «sono nati proprio per riconoscere le garanzie penalistiche ad una misura (...) di cui la Corte [EDU] nega la prevalente finalità punitiva, ma che in quanto incidente sulla libertà personale viene comunque fatta rientrare nell'area di applicabilità delle garanzie penalistiche»¹⁶.

In particolare, la combinazione tra (a) fine punitivo-sanzionatorio e (b) applicazione della misura carceraria al soggetto interessato potrebbero confortare l'argomentazione di chi sostiene la natura sostanzialmente penale dell'istituto in analisi. A dispetto dei suoi connotati concreti, tuttavia, il trattenimento degli stranieri resta ancora all'interno delle misure "non penali" nella giurisprudenza del giudice convenzionale.

3. *Il diritto UE e la natura amministrativa del trattenimento: un sistema sempre più incoerente?*

Analogamente, l'approccio adottato entro il diritto UE non pare disco-

¹⁵ In questo senso, v. *mutatis mutandis* R.E. OMODEI, *I traffici illeciti nel Mediterraneo*, Palermo, 2019, p. 5 e, più in generale, E. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, p. 63 s.

¹⁶ L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, p. 219 ss., spec. 222-224.

starsi da quello della CEDU, che costituisce, per il legislatore eurounitario, lo *standard* minimo di tutela dei diritti fondamentali, ai sensi dell'art. 52, par. 3 della Carta di Nizza¹⁷.

Come si è anticipato, il fondamento giuridico della detenzione amministrativa eurounitaria va ricercato negli artt. 15-16 della Direttiva 2008/115/CE (c.d. direttiva rimpatri)¹⁸ – per quanto concerne la situazione dei migranti irregolari – e negli art. 8 e ss. della Direttiva 2013/33/UE (c.d. direttiva accoglienza)¹⁹ – che riguarda, diversamente, la privazione della libertà dei richiedenti protezione internazionale.

Già nel 2009, l'Avvocato Generale Mazák aveva avuto modo di affermare che, dal suo punto di vista, gli autori della Direttiva 2008/115/EC, nel congegnare l'istituto del trattenimento dello straniero, si erano evidentemente «sforzati di distinguere il trattenimento a fini di allontanamento dalla privazione della libertà individuale collegata ad un procedimento penale, come l'arresto, la detenzione cautelare o la reclusione»²⁰. Tale impostazione veniva confermata in seguito anche dall'Avvocato Generale Wathelet, che, concordando con l'opinione della Commissione UE, riteneva che «i trattenimenti disposti in applicazione dell'articolo 15 della direttiva «rimpatrio» non rivestiva[no] carattere penale e non integravano una pena detentiva»²¹. Sulla stessa linea, poi, le considerazioni dell'Avvocato Generale Bot – secondo cui il trattenimento «si distingue in modo molto chiaro, nella sua sostanza, da una misura punitiva»²² – confermate, più di recente, degli Avvocati Generali Szpunar²³ e Pikamäe²⁴. Nel 2022, infine, la Corte di Giustizia, per la prima

¹⁷ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate SA*, C-537/16, ECLI:EU:C:2018:193, §§ 24–25.

¹⁸ Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, *recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare* [GU L 348 del 24.12.2008, pagg. 98–107].

¹⁹ Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, *recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione)* [GU L 180 del 29.6.2013, pagg. 96–116].

²⁰ CGUE, Presa di Posizione dell'Avvocato Generale Mazák del 1° aprile 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU, ECLI:EU:C:2011:205, § 35.

²¹ CGUE, Presa di Posizione dell'Avvocato Generale Wathelet del 23 agosto 2013, *G. e R.*, C-383/13 PPU, ECLI:EU:C:2013:553, § 54.

²² CGUE, Presa di Posizione dell'Avvocato Generale Bot del 30 aprile 2014, *Bero e Bouzalmate*, C-473/13 e C-514/13, ECLI:EU:C:2014:295, §§ 91–92.

²³ CGUE, Presa di Posizione dell'Avvocato Generale Szpunar del 2 febbraio 2016, *Af-fum*, C-47/15, ECLI:EU:C:2016:68, § 48.

volta, ha definitivamente chiarito la questione, avvalorando l'impostazione sin qui seguita: il trattenimento non persegue alcuna finalità punitiva²⁵.

Così facendo, ed è il punto centrale della nostra analisi, la giurisprudenza della Corte UE ha impedito di estendere allo straniero detenuto le stesse garanzie che spettano ai consociati detenuti, coinvolti in un procedimento penale, che si trovano – ed è circostanza dirimente – nella stessa condizione di privazione di libertà patita dal migrante (ad es., perché sono posti in custodia cautelare).

Ma quand'è che una misura formalmente amministrativa può essere tratta entro *la matière pénale* in ragione delle sue caratteristiche peculiari? La Corte di Lussemburgo è chiara sul punto: la «finalità repressiva» [*punitive purpose*] di una sanzione amministrativa ed il suo «elevato carico di severità» integrano il carattere concretamente penale della stessa²⁶. Notoriamente, i criteri – anche in questo caso alternativi fra loro – che guidano il vaglio del giudice eurounitario sono ripresi dalla giurisprudenza di Strasburgo prima menzionati: (i) qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto interno; (ii) la natura dell'illecito e sua finalità repressiva; (iii) grado di severità della sanzione²⁷.

Che il trattenimento amministrativo immaginato dal legislatore UE, a dispetto del *nomen iuris*, sia misura *ex se* gravosa, afflittiva e caratterizzata da un elevatissimo grado di severità pare non potersi contestare. L'individuo (straniero) è infatti privato totalmente della propria libertà personale, meramente in ragione del proprio *status* migratorio. A differenza del processo penale, qui non è richiesta neppure una condotta costituente reato (sia essa attiva od omissiva) da parte dello straniero, poiché quest'ultimo può essere attinto dalla misura detentiva per una sua *qualità* personale unitamente ad un comportamento penalmente “neutro” «che è costituito di regola dalla mera violazione formale della disciplina [sull'immigrazione]»²⁸.

Un esempio per tutti: l'art. 15, par. 1, dir. 2008/115/CE permette di detenere lo straniero per prevenirne la fuga (lett. *a*) o quando egli pone in esse-

²⁴ CGUE, Presa di Posizione dell'Avvocato Generale Pikamäe del 27 febbraio 2020, *WM*, C-18/19, ECLI:EU:C:2020:130, § 133

²⁵ CGUE, sentenza del 10 marzo 2022, *Landkreis Gifhorn*, C-519/20, ECLI:EU:C:2022:178, § 38.

²⁶ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 2 febbraio 2021, *DB*, C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, § 43 e giurisprudenza *ivi* citata.

²⁷ CGUE, *Garlsson Real Estate SA*, cit., §§ 28-35.

²⁸ A. CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sistema Penale*, n. 4/2022, p. 70.

re una condotta ostacolante per il buon andamento della procedura espulsiva (lett. *b*). A parte l'apparente identità di contenuto tra la prima ipotesi e la seconda (il migrante a rischio di fuga attua *ex se* un comportamento che pregiudica l'allontanamento dal territorio), non può sottacersi che, in tali ipotesi, il fine punitivo-sanzionatorio perseguito dalla norma è lampante. A fronte della condotta non voluta, lo Stato si attiva privando della libertà il soggetto interessato. Si "castiga" *de facto* lo straniero reprimendone il comportamento illegittimo e forzandolo a cooperare con le autorità per il proprio rimpatrio.

Sulle stesse posizioni, Majcher notava correttamente che la detenzione amministrativa sembra congegnata proprio con lo scopo di forzare il migrante a collaborare con le autorità, inibendone il comportamento sgradito ed atteggiandosi quindi, per utilizzare le parole dell'Autrice, come una sanzione «*criminal in nature*»²⁹. Invero, il tema non è nuovo nella dottrina europea. Tra gli altri, Wilsher ha coniato la definizione di "trattenimento" come «*punishment without a definite crime*», sottolineandone la natura evidentemente sanzionatoria³⁰. Ulteriori stimoli in argomento sono giunti da chi ha evidenziato la logica schiettamente "retributiva" di una detenzione basata essenzialmente sulla condotta refrattaria dello straniero da rimpatriare: «*if detention aims not only to prevent absconding but is additionally used for retributive reasons, should it not be considered punishment?*»³¹.

Anche per il richiedente protezione internazionale le considerazioni svolte sembrano conservare la loro validità. Egli può essere detenuto (art. 8, par. 3 dir. 2013/33/UE) se, ad esempio, è necessario determinare gli elementi su cui si basa la domanda di protezione internazionale che non potrebbero ottenersi senza il trattenimento, in particolare se sussiste il rischio di fuga del richiedente (lett. *b*) o per decidere sul diritto di quest'ultimo di entrare sul territorio (lett. *c*) o, infine, se vi sono fondati motivi per ritenere che lo straniero – in precedenza rimpatriando – abbia manifestato la volontà di presentare la domanda di protezione internazionale al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione della decisione di rimpatrio (lett. *f*).

In questi casi sembra tornare preponderante l'aspetto sanzionatorio rispetto a quello meramente preventivo: ad un comportamento "sgradito" posto in essere dallo straniero (ad es. la strumentale richiesta di protezione internazionale per evitare il rimpatrio, oppure la condotta ostacolante del cit-

²⁹ I. MAJCHER, "Crimmigration" in the European Union through the Lens of Immigration Detention, in *Global Detention Project Working Paper*, No. 6, Ginevra, 2013, pp. 13–14.

³⁰ D. WILSHER, *Immigration Detention. History, Law, Politics*, Cambridge, 2012, p. 153.

³¹ Ancora I. MAJCHER, "Crimmigration", cit., p. 13.

tadino di Paese terzo che non comunica *sua sponte* alle autorità gli elementi su cui si basa la domanda di protezione), lo Stato interviene con la misura detentiva, *de facto* punendo quest'ultimo. A fronte della mancata cooperazione del migrante, l'autorità statale pare quindi legittimata ad implementare o, se già *in fieri*, a prorogare il trattenimento, soprattutto nei casi previsti dalla lett. *b*: sembra arduo, anche questi casi, non vedere la *ratio* di coartazione sottesa alla misura.

Nondimeno, va dato atto che, per quanto concerne il diritto italiano, la logica sanzionatoria che nel diritto UE pare più facilmente identificabile sembra lasciare il passo ad una caratterizzazione preventiva: ad esempio, l'art. 14, comma 1.1. T.U.I. – introdotto nel 2020 dall'art. 3, D.L. 21 ottobre 2020, n. 130 – prevede *inter alia* che «il trattenimento dello straniero di cui non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione o il respingimento alla frontiera è disposto con priorità per coloro che siano considerati una minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica». In questo specifico frangente, quindi, risulta presente una *ratio* di prevenzione, e non repressiva in senso stretto, sebbene certa dottrina abbia ritenuto comunque che tale circostanza non escluda *per se* la riconduzione della misura *de qua* entro la *matière pénale*³².

Riportando il *focus* della nostra analisi al diritto UE, anche l'aspetto cronologico connesso all'istituto in analisi non va ignorato. Lo straniero irregolare potrebbe essere trattenuto per un periodo massimo di 18 mesi – lasso di tempo effettivamente lungo, se paragonato ai termini di custodia cautelare previsti, ad esempio, nel codice di rito penale italiano (art. 303 c.p.p.) – mentre per il richiedente asilo, sorprendentemente, non è previsto alcun limite. Tale circostanza rinforzerebbe, secondo alcuni, la natura punitiva-sanzionatoria sostanzialmente penale della detenzione amministrativa³³. Anche la circostanza che il trattenimento potrebbe, in astratto, avere luogo negli istituti penitenziari (art. 16 dir. 2008/115/CE e art. 10 dir. 2013/33/UE) conforta l'impostazione sin qui seguita.

In ultima analisi, la combinazione di fattori sottesi all'istituto del trattenimento così come concepito dal legislatore UE – ed alla luce della giurisprudenza CEDU – può così compendiarsi:

(i) un bene giuridico tutelato (controllo delle frontiere e dei flussi migratori) che, come sopra spiegato, appartiene alla *matière pénale*, ed è analogo a quello protetto dai reati in materia di immigrazione;

³² A. CAVALIERE, *Le vite*, cit., p. 69 ss.

³³ I. MAJCHER, *“Crimmigration”*, cit., p. 13.

(ii) un elenco di requisiti legittimanti che, in ultima analisi, possono essere, tutti, ricondotti al comportamento ritenuto “ostacolante” o “refrattario” – sia esso attivo o passivo – posto in essere dallo straniero, al fine di impedire il corretto svolgimento delle procedure (rimpatrio o richiesta di protezione internazionale);

(iii) la sostanza dell’istituto, che implica la privazione totale della libertà personale del soggetto interessato, al pari della pena detentiva;

(iv) i luoghi del trattenimento, tra i quali potrebbero essere annoverati, in talune circostanze, gli istituti penitenziari (possibilità espressamente prevista all’art. 16, par. 1 dir. 2008/115 e art. 10, par. 1 dir. 2013/33);

(v) la cornice temporale prevista (un periodo massimo di 18 mesi per i rimpatriandi, nessun limite massimo per i richiedenti), che risulta particolarmente gravoso per il singolo attinto dal provvedimento di trattenimento, specie se confrontato – nell’ordinamento interno – con i limiti posti dall’art. 303 c.p.p. per la custodia cautelare in carcere.

Difficile affermare, quindi, che la misura privativa non abbia lo scopo – più o meno celato – di reprimere la condotta dell’individuo “irregolare” o, comunque, indesiderato, al punto da far parlare autorevole dottrina di *horror libertatis* nei confronti del migrante³⁴.

La conformazione “causa” (condotta dello straniero) – “effetto” (privazione della libertà) insita nella struttura della detenzione amministrativa, in chiave sanzionatoria, è ulteriormente dimostrata dalla forma che assume l’istituto nei confronti dei richiedenti asilo, i quali possono, ad esempio, essere privati della libertà per motivi (generalissimi) di «sicurezza nazionale» ed «ordine pubblico» (art. 8, par. 3, lett. e dir. 2013/33/UE). Ed allora, pare semplice scorgere la pericolosa torsione subita dall’istituto *de quo*, che assumerebbe sembianze ben più simili alle misure cautelari, ma anche alle c.d. “misure di sicurezza” o “di prevenzione”, divenendo così uno «strumento che finisce per colpire lo straniero in quanto soggetto socialmente pericoloso»³⁵. Misure – entrambe – che, quando pregiudicano la libertà personale del singolo, si collocano nella cornice della *matière pénale* e delle sue garanzie³⁶.

³⁴ A. CAVALIERE, *Le vite*, cit., p. 70.

³⁵ E. VALENTINI, *Detenzione*, cit. p. 648.

³⁶ A. CAVALIERE, *Le vite*, cit., p. 69. Cfr. L. MASERA, *La nozione*, cit., p. 224, il quale, pur ammettendo la genuina finalità di rimpatriare il migrante irregolare, nota come la detenzione amministrativa «risult[erebbe] però indiscutibilmente legata ad un previo fatto illecito», ovverosia l’ingresso o la permanenza irregolare nel territorio.

4. *Una lettura costituzionalmente orientata*

In argomento, qualche spiraglio di luce sembra provenire dal Giudice delle Leggi italiano.

Infatti, l'impostazione "neutra" seguita a livello europeo sembrerebbe collidere un recente arresto della Corte costituzionale, la quale, proprio in tema di sanzioni amministrative di natura punitiva – e passibili, quindi, di essere considerate entro la *matière pénale* –, così si esprimeva: «tali sanzioni condividono, infatti, con le pene il carattere reattivo rispetto a un illecito, per la cui commissione l'ordinamento dispone che l'autore subisca una sofferenza in termini di restrizione di un diritto (*diverso dalla libertà personale, la cui compressione in chiave sanzionatoria è riservata alla pena*); restrizione che trova, dunque, la sua "causa giuridica" proprio nell'illecito che ne costituisce il presupposto»³⁷.

La privazione della libertà, quindi, dovrebbe essere riservata, quantomeno in linea teorica, esclusivamente alla sanzione penale. Ancora, le parole della Consulta – riferite però ad altra circostanza (una sanzione pecuniaria, con quantificazione massima sino a 5 milioni di euro) – sembrano attagliarsi perfettamente alla detenzione amministrativa: «una simile carica afflittiva si spiega soltanto in chiave di punizione dell'autore dell'illecito in questione, in funzione di una finalità di deterrenza, o prevenzione generale negativa, che è certamente comune anche alle pene in senso stretto».

Così, si potrebbe prendere atto che la privazione totale della libertà di un individuo costituisca misura sanzionatoria dotata di una elevatissima carica afflittiva *ictu oculi* ritenendola sussunta, per ciò stesso, entro la *matière pénale*. Ciò estenderebbe le garanzie penalistiche – ben più robuste di quelle del procedimento amministrativo – in favore degli stranieri detenuti per via amministrativa.

Eppure, l'art. 13, comma 3 Cost. permette all'autorità di pubblica sicurezza di imporre privazioni di libertà, col rispetto degli inderogabili principi di riserva di legge e di giurisdizione. Tale disposizione rende dunque pienamente legittima, nel nostro sistema costituzionale, la implementazione del trattenimento nei confronti degli stranieri per via amministrativa, senza che sia richiesto uno *standard* di garanzie analoghe a quelle del procedimento penale.

Nondimeno, a riprova che il dibattito è ancora vivace sul punto, autorevole dottrina – superando il noto "vuoto dei fini" insito (apparentemente) in

³⁷ Corte cost., sentenza del 6 marzo 2019, n. 112, corsivo aggiunto.

quella disposizione costituzionale – ha sostenuto che la stessa ammetterebbe esclusivamente due possibili forme di privazione di libertà: la sanzione penale o la custodia cautelare³⁸. Al di fuori di esse, ogni detenzione si porrebbe in contrasto con la Carta.

Ciò che maggiormente stupisce il processualpenalista, in definitiva, è l'approccio formalistico in materia seguito sia dai giudici europei che dalla Corte costituzionale italiana. Ciò potrebbe risultare discutibile, in quanto persino certe misure di natura meramente economica (quelle inflitte dalla CONSOB) sono state definite dalla Corte di Giustizia «sanzioni amministrative aventi carattere penale»³⁹. Così operando, però, le garanzie “penalistiche” non potrebbero mai essere riconosciute al migrante trattenuto.

Un esempio su tutti: lo straniero detenuto ha diritto al silenzio? Oppure ha l'obbligo di collaborare con le autorità che lo hanno incarcerato (ad es. fornendo documenti) anche *contra se*? Sulla scia del caso *DB* sopra citato⁴⁰, ed assumendo che la Corte dell'UE riconosca il carattere penale della misura qui esaminata, parrebbe potersi rispondere affermativamente alla prima domanda, e negativamente alla seconda. Eppure, al momento, la «mancata collaborazione» del migrante già detenuto con le autorità costituisce addirittura circostanza legittimamente un prolungamento della privazione della libertà per il diritto UE⁴¹.

5. Osservazioni (non) conclusive

Le brevi considerazioni qui svolte hanno tentato di dimostrare come la giurisprudenza italiana ed europea abbia da tempo “evitato l'ostacolo”, non pronunciandosi nettamente sulla natura della detenzione amministrativa, che rimane quindi regolata, legittimamente secondo la giurisprudenza europea, nell'alveo del diritto amministrativo.

Nondimeno, se è vero che un ordinamento giuridico deve possedere una coerenza logica intrinseca e consequenziale in tutte le sue branche, sembrerebbe giunto il momento di estendere lo statuto di garanzie processualpenalistiche all'istituto del trattenimento degli stranieri, anche prescindendo da

³⁸ Ancora A. CAVALIERE, *Le vite*, cit., p. 69.

³⁹ CGUE, *Garlsson Real Estate SA*, cit., §§ 34-35. Cfr. Corte Edu, *Grande Stevens e altri*, cit., § 101.

⁴⁰ V. *retro* nota 26.

⁴¹ V. l'art. 15, par. 6, dir. 2008/115/CE e l'art. 9, par. 1, dir. 2013/33/UE.

una sua chiara definizione formale di appartenenza alla *matière pénale*. In altre parole, l'applicazione della detenzione amministrativa nei confronti del migrante, sebbene non presupponga l'esistenza "a monte" di una notizia di reato, deve implicare l'applicazione del (più alto) *standard* di garanzie tipiche dello *ius criminale* in favore del soggetto attinto dalla misura carceraria.

Solo così sia il diritto dell'Unione che quello di matrice convenzionale potranno recuperare uniformità concettuale, sancendo la natura punitiva (e quindi penale) delle misure particolarmente severe etichettate come "amministrative", che – proprio come la *administrative detention* – rivelano una spiccata finalità repressiva e devono, quindi, essere implementate esclusivamente di concerto con la previsione di adeguate garanzie in favore del singolo.

**Criminalizzazione dell'assistenza umanitaria
e tutela processuale**

L'INCOSTITUZIONALITÀ PARZIALE DELL'ART. 12 LETT. D),
DEL TESTO UNICO SULL'IMMIGRAZIONE:
PROFILI SOSTANZIALI E PROCESSUALI

Cecilia Siccardi*

SOMMARIO: 1. Dal giudizio *a quo* alla sentenza della Corte costituzionale n. 63 del 2022. – 2. Sui profili sostanziali: la manifesta sproporzione del trattamento sanzionatorio. – 3. Sui profili processuali: un'occasione per riflettere sul ruolo degli *amici curiae*. – 4. Possibili scenari futuri.

1. *Dal giudizio a quo alla sentenza della Corte costituzionale n. 63 del 2022*

Con la sentenza n. 63 del 2022, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità parziale dell'art. 12, lett. d), del D.lgs. n. 286 del 1998 (t.u. immigrazione), nella parte in cui prevede, quale circostanza aggravante del reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, l'utilizzo di «servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti»¹.

La questione è sorta nell'ambito di un giudizio penale che vedeva imputata una donna nigeriana presentatasi alla frontiera dell'aeroporto di Bologna, accompagnata da due minori infra-quattordicenni, esibendo documenti falsi.

Più precisamente, la questione di costituzionalità è stata sollevata a seguito della presentazione di un'istanza di parte molto articolata², avente ad oggetto diversi profili della fattispecie di cui all'art. 12 D.lgs. n. 286 del 1998,

* Ricercatrice in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano.

¹ Corte cost., sentenza dell'8 febbraio 2022, n. 63. Hanno commentato la sentenza S. ZIRULIA, *La Corte costituzionale sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: illegittima l'aggravante che parifica il trattamento sanzionatorio dei trafficanti a quello di coloro che prestano un aiuto per finalità solidaristiche*, in *Sistema penale*, 2022; A. CIERVO, *L'irragionevole sicurezza: la Corte costituzionale alle prese con il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in *Osservatorio Aic*, n. 3/2022.

² Le argomentazioni dell'istanza di parte si ricavano dall'ordinanza di rimessione cfr. Trib. Bologna, Atto di promovimento del 1 dicembre 2020, n. 92. A commento dell'ordinanza cfr. S. ZIRULIA, *Alla Corte Costituzionale la questione della proporzionalità della pena prevista per il favoreggiamento aggravato dell'immigrazione irregolare*, in *Sistema penale*, 2020.

che meritano di essere ricordati. Nell'istanza si domandava di sollevare la questione non solo in riferimento alla predetta aggravante, ma anche in relazione alla fattispecie base del reato di cui all'art. 12, comma 1, del D.lgs. n. 286 del 1998 per contrasto con il principio di eguaglianza-ragionevolezza e con il principio di proporzionalità della pena; nonché alla c.d. scriminante umanitaria di cui all'art. 12, comma 2, D.lgs. n. 286 del 1998, nella parte in cui non prevede la sua applicazione anche in relazione ad attività umanitarie nei confronti di migranti in stato di bisogno che si trovino fuori dal territorio dello Stato.

Tuttavia, il giudice *a quo*, esercitando la funzione che gli è propria di «portiere» del giudizio di costituzionalità³, ha circoscritto nell'ordinanza di rimessione il *thema decidendum*, individuando nella sola aggravante di cui all'art. 12, comma 3, lett. d), l'oggetto della questione di costituzionalità e nelle sole norme costituzionali interne dell'art. 3, e 27, comma 3 Cost., i parametri di cui si presume la violazione.

A seguito della pubblicazione dell'ordinanza di rimessione⁴, hanno presentato opinione scritta, in qualità di *amici curiae*, l'Accademia di diritto e migrazioni (ADiM)⁵, un ente di ricerca universitario, nonché congiuntamente, l'European Council on Refugees and Exiles (ECRE), l'International Commission of Jurists (ICJ) e l'Advice on Individual Rights in Europe (AIRE Centre), tre associazioni internazionali senza scopo di lucro impegnate nella promozione dei diritti umani e nella tutela dei diritti di migranti e rifugiati. Entrambe le opinioni, considerate «conformi ai criteri previsti dall'art. 4 ter, comma 1, 2 e 3 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale», sono state ammesse con Decreto del Presidente della Corte costituzionale del 22 dicembre 2021⁶.

Anche grazie a queste opinioni, le quali hanno offerto «elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso»⁷, si è giunti alla declaratoria di inco-

³ P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, XII.

⁴ Cfr. ancora Trib. Bologna, Atto di promovimento del 1 dicembre 2020, n. 92.

⁵ L'opinione presentata da ADiM è pubblicata sul sito dell'Accademia al seguente link https://www.migrazionieuropadiritto.it/wp-content/uploads/2021/07/ADiM_opinione-Amicus-curiae_14.7.2021_DEF.x19017.pdf.

⁶ Cfr. Decreto del Presidente della Corte costituzionale del 22 dicembre 2021, pubblicato sul sito di ADiM e sul sito della Corte costituzionale al seguente link <https://www.cortecostituzionale.it/actionProcessoCostituzionale.do>.

⁷ Art. 6 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale. È opportuno precisare che il 3 novembre 2021 sono state pubblicate in Gazzetta ufficiale, serie generale n. 262, del 3.11.2021 le nuove Norme Integrative. Come previsto dall'art. 40 delle stesse nor-

stituzionalità parziale dell'art. 12, comma 3, lett. d), del D.lgs. n. 286 del 1998, per violazione dei principi della ragionevolezza e della proporzionalità della pena (art. 3 e 27, comma 3, Cost.).

La decisione in commento presenta diversi profili di interesse sia di carattere sostanziale, coinvolgendo il delicato tema della discrezionalità legislativa nella dosimetria della pena (*infra* par. 2), sia di carattere processuale, offrendo l'occasione per riflettere sul ruolo degli *amici curiae* nel processo costituzionale (*infra* par. 3), sia aprendo possibili scenari futuri riguardanti le altre fattispecie di cui all'art. 12 del D.lgs. n. 286 del 1998 (*infra* par. 4).

2. *Sui profili sostanziali: la manifesta sproporzione del trattamento sanzionatorio*

Riguardo ai profili sostanziali, è indubbio che il “cuore” della motivazione è rappresentato dalle argomentazioni che attengono all'irragionevolezza del trattamento sanzionatorio previsto dall'ipotesi aggravata di cui all'art. 12, comma 3 lett. d), oggetto del giudizio; trattamento quintuplicato nel minimo e quadruplicato nel massimo edittale rispetto alla fattispecie base.

La sentenza in commento si inserisce nel filone giurisprudenziale, avviato con la sentenza n. 236 del 2016⁸, che vede la Corte costituzionale sindacare la sproporzione della pena, pur a fronte dell'ampia discrezionalità tradizionalmente riconosciuta al legislatore in materia.

La Corte, ribadendo i principi sanciti in alcune sentenze recenti⁹, ricorda che la discrezionalità legislativa trova un duplice limite, precludendo al legislatore di prevedere scelte sanzionatorie manifestamente sproporzionate (a) e che siano tali da imporre al giudice un vincolo «all'inflizione di pene che potrebbero risultare, nel caso concreto, chiaramente eccessive»¹⁰(b).

me, esse sono entrate «in vigore trenta giorni dopo la loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale e si applicano ai giudizi il cui atto introduttivo sia stato depositato nella cancelleria della Corte a partire da tale data». In questa ultima formulazione la norma dedicata agli *amici curiae* è l'art. 6 ed è pressoché identica al precedente art. 4 *ter*.

⁸ Corte Cost., sentenza del 21 settembre 2016, n. 236. Sull'avvio di tale tendenza nella giurisprudenza costituzionale cfr. M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2016.

⁹ Cfr. *ex multis* Corte cost. sentt. del 2 febbraio 2022, n. 28; del 20 maggio 2020, n. 136; del 7 aprile 2020, e n. 73.

¹⁰ Cfr. Corte Cost. sentenze del 2 febbraio 2022, n. 28 e dell'8 febbraio 2022, n. 63, punto 4.1. cons. in dir.

a) Al fine di valutare la proporzionalità della pena, la Corte pone l'attenzione sulla gravità delle condotte rispetto a quelle previste dalla fattispecie base.

Anzitutto, la Corte nota come sia necessario distinguere la fattispecie base dalle ipotesi aggravate in relazione al bene giuridico protetto.

Da un lato, «l'intera gamma delle ipotesi delittuose descritte dall'art. 12 t.u. immigrazione ha quale comune oggetto di tutela l'ordinata gestione dei flussi migratori»¹¹.

Dall'altro lato, le aggravanti sono poste a tutela di ulteriori beni che trascendono «di gran lunga quello dell'ordinata gestione dei flussi migratori», essendo volte a punire chi ha procurato l'ingresso nel territorio dello Stato di cinque o più persone (art. 12, comma 3, lett. a), chi ha esposto lo straniero a pericolo per la sua vita o per la sua incolumità fisica (art. 12, comma 3, lett. b) o al rischio di subire trattamenti disumani e degradanti (art. 12, comma 3, lett. c). Tali ipotesi aggravate – come già evidenziato dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 142 del 2017 – non si limitano a presidiare l'obiettivo del controllo delle frontiere, ma «sono volte anzitutto a tutelare le persone trasportate, che spesso versano in stato di bisogno, anche estremo»¹².

Alla luce dell'analisi appena descritta, la Corte prosegue l'esame dell'aggravante oggetto del giudizio prevista alla lett. d) dello stesso articolo 12 t.u. immigrazione. Quanto alla condotta dell'utilizzo di servizi internazionali di trasporto, la Corte costituzionale ritiene che non sia «ravvisabile alcun *surplus* di disvalore del fatto commesso (...) rispetto alla generalità dei fatti riconducibili alla fattispecie base»; quanto alla condotta relativa all'uso di documenti falsi, la Corte costituzionale ritiene che, nonostante quest'ultima presenti una «connotazione offensiva ulteriore», «sfugge a ogni plausibile giustificazione (...) l'entità dello scarto tra la pena prevista per la fattispecie base e quella ora all'esame»¹³.

Peraltro, tale conclusione è avvalorata anche dal diritto sovranazionale che impone un aggravamento di pena solo per le altre ipotesi previste alla lett. a) b) c), non prevedendo alcun obbligo in tal senso in relazione alle condotte prese in considerazione dalla norma oggetto. Infatti, la stessa Corte costituzionale ricorda come il c.d. il "Facilitators Package"¹⁴ imponga un ag-

¹¹ Corte Cost. sentenza dell'8 febbraio 2022, n. 63, punto 4.2 cons. in diritto.

¹² Corte Cost., sentenza del 5 aprile 2017, n. 142.

¹³ C. Cost., sentenza dell'8 febbraio 2022, n. 63, punto 4.4.2. cons. in diritto.

¹⁴ Cfr. Decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa al

gravamento di pena per l'ipotesi di cui all'art. 12, comma 3, lett. a), mentre il Protocollo di Palermo¹⁵ richiede un aggravamento di pena solo per le ipotesi di cui all'art. 12, comma 3, lett. b) e c).

Sullo sfondo emerge la distinzione, già fatta propria dalla Corte costituzionale (C. cost. sent. n. 331 del 2011) tra i due "tipi" criminologici coinvolti dall'art. 12 t.u. immigrazione e che, invece, le fonti sovranazionali tengono ben distinti: da un lato, l'ingresso nel territorio dello Stato compiuto per finalità in senso lato altruistiche di singoli stranieri che rappresentano i beneficiari della condotta illecita punita dalla fattispecie base (art. 12, comma 1); dall'altro, l'attività posta in essere a scopo di lucro da gruppi criminali organizzati nei confronti di un numero più o meno ampio di migranti, i quali rappresentano le vittime della condotta illecita punita dalle fattispecie aggravate (art. 12, comma 3).

Anche alla luce di questa netta distinzione, la Corte afferma che la scelta legislativa di equiparare ai fini sanzionatori le condotte dell'utilizzo di servizi internazionali di trasporto e di documenti contraffatti (previste all'art. 12, comma 3, lett. d, D.lgs. n. 286 del 1998) alle altre condotte (art. 12, comma 3, lett. a b c) riconducibili al traffico internazionale di migranti sia manifestamente irragionevole.

b) Una volta analizzata la pena in relazione alla gravità della condotta, sempre al fine di non invadere il campo riservato al legislatore, la Corte valuta se la cornice edittale sia tale da imporre anche al giudice del caso concreto l'inflizione di una pena sproporzionata.

Nel ragionamento, assume un peso di primaria importanza – anche ai fini della stessa ammissibilità della questione – il fatto che l'oggetto della questione di costituzionalità sia costituito dalla sola aggravante (non accompagnata dalla fattispecie base) e quindi potenzialmente «neutralizzabile» dal giudice, mediante la comparazione con le circostanze attenuanti applicabili (in particolare le circostanze generiche di cui all'art. 62 -bis c.p.).

A proposito, è opportuno ricordare come la Corte costituzionale avesse già in passato sindacato "in via autonoma" una circostanza aggravante pro-

rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, e la Direttiva 2002/90/CE del 28 novembre 2002 volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali.

¹⁵ Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria, sottoscritto nel corso della Conferenza di Palermo del 12-15 dicembre 2000, entrato in vigore il 28 gennaio 2004 e ratificato dall'Italia con legge 16 marzo 2006, n. 146.

prio in materia di immigrazione. Ci si riferisce, in particolare alla sentenza n. 249 del 2010 che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'aggravante di clandestinità¹⁶. Seppur la Corte non richiami il precedente appena menzionato, rileva che il bilanciamento tra circostanze aggravanti e attenuanti, essendo meramente eventuale «non è in grado di sanare il vulnus costituzionale insito nella comminatoria di una pena manifestamente eccessiva nel minimo»¹⁷.

Tale vulnus può essere rimosso solo mediante l'ablazione della norma oggetto e, pertanto, la Corte dichiara l'incostituzionalità dell'art. 12, comma 3 lett. d) del t.u. immigrazione, limitatamente alle parole «o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti».

3. *Sui profili processuali: un'occasione per riflettere sul ruolo degli amici curiae*

Rispetto ai profili processuali, La pronuncia costituisce un'occasione per riflettere sul ruolo degli *amici curiae*, i quali hanno fatto ingresso per la prima volta nel processo costituzionale a seguito della riforma delle norme integrative del 2020 con lo scopo di aprire la Corte «all'ascolto della società civile»¹⁸.

Se sul tema si è interrogata a fondo la dottrina costituzionalistica¹⁹, in questa sede si ritiene opportuno mettere in luce solo due aspetti che si ritengono di interesse per eventuali future questioni di costituzionalità attinenti al diritto dell'immigrazione.

In primo luogo, quanto ai requisiti soggettivi di ammissione è importante segnalare che, nella questione in esame, sono state ammesse non solo le opinioni di formazioni sociali o istituzioni rappresentative dei diritti degli stranieri, come l'European Council on Refugees and Exiles (ECRE), l'International Commission of Jurists (ICJ) e l'Advice on Individual Rights in Europe (AIRE Centre), ma anche di un ente di ricerca, ADiM, incardinato nel Dipartimento di Studi linguistico-letterari, storico-filosofici e giuridici

¹⁶ Corte Cost., sentenza del 5 luglio 2010, n. 249.

¹⁷ Corte Cost. sentenza dell'8 febbraio 2022, n. 63, punto 4.6.

¹⁸ Cfr. Comunicato dell'ufficio stampa della Corte costituzionale dell'11 gennaio 2020 "La Corte si apre all'ascolto della società civile". Sul tema V. ONIDA, *La Corte si apre alle "voci" della società*, in *Giurcost.*, n. 2/2020, pp. 511 ss.;

¹⁹ Sul tema cfr. M. D'AMICO, *Gli amici curiae*, in *Questione giustizia*, IV, 2020.

dell'Università della Tuscia. Verificando i decreti di ammissione pubblicati sul sito della Corte, dal 2020 ad oggi, si evince come per la prima volta sia stata ammessa un'opinione proveniente da un ente di ricerca universitario, come avviene, ad esempio, sempre con maggior frequenza nel contraddittorio davanti alla Corte europea dei Diritti dell'Uomo.

Al di là del dibattito insito nella dottrina costituzionalistica relativo all'opacità dei criteri di ammissione e all'eccessiva discrezionalità del Presidente della Corte costituzionale in materia, l'ammissione di un ente di ricerca conferma un'interpretazione ampia dei requisiti soggettivi previsti all' art. 6, Norme Integrative, il quale, come noto, consente alle «formazioni sociali senza scopo di lucro» e «ai soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione» di presentare opinioni in qualità di *amici*.

In secondo luogo, la decisione in commento sembra valorizzare il ruolo degli *amici curiae*. Nella sentenza, infatti, le argomentazioni degli *amici* non sono riportate solo nella parte “in fatto”, ma anche nella parte “in diritto”. Determinante nel giudizio della Corte sembrano essere le censure, «come ampiamente approfondite dalla parte e dagli *amici curiae*»²⁰ in relazione all'asserita manifesta irragionevolezza dell'aumento di pena.

Sul punto, la sentenza n. 63 del 2022 sembra accogliere le tesi riportate da ADiM, secondo le quali: da un lato, l'art. 12, commi 3, t.u. immigrazione non solo tutela «i beni giuridici dell'ordine pubblico e della sicurezza dei confini, ma «abbraccia anche i diritti fondamentali delle persone trasportate o illegalmente introdotte nel territorio dello Stato italiano»²¹; dall'altro lato, la stessa norma vincola il giudice all'applicazione di una pena sproporzionata che non può venire meno nel caso concreto attraverso un bilanciamento tra circostanze attenuanti e aggravanti²².

Inoltre, la valorizzazione delle opinioni degli *amici* si evince ulteriormente dal fatto che la Corte richiama, sempre nella parte in diritto della sentenza, le fonti internazionali (Protocollo di Palermo) e di diritto dell'Unione europea (Facilitators Package) le quali invece non avevano trovato altrettanto spazio nell'ordinanza di rimessione. Quest'ultima, infatti, aveva individuato quali norme parametro solo gli artt. 3 e 27 della Costituzione e non già l'art. 117, comma 1, Cost. in relazione alle norme internazionali ed europee in materia. Le fonti sovranazionali sono riportate dalla Corte non solo nella rico-

²⁰ Corte Cost. sentenza dell'8 febbraio 2022, n. 63, punto 4.1. cons. in diritto.

²¹ Cfr. Core Cost., sentenza del 5 aprile 2017, n. 142.

²² Corte Cost., sentenza dell'8 febbraio 2022, n. 63, cfr. punto 4.2 ritenuto in fatto; punto 4.4.1 cons. in diritto.

struzione del quadro normativo²³, ma risultano centrali nella motivazione dell'irragionevolezza del trattamento sanzionatorio, alla luce dei differenti beni giuridici protetti dalle ipotesi aggravati²⁴.

Senza entrare nel dettaglio di questi aspetti attinenti al processo costituzionale, si ritiene che la sentenza n. 63 del 2022 possa rappresentare una guida per le formazioni sociali o i soggetti istituzionali che vogliano presentare opinioni in qualità di *amici curiae* in future questioni di costituzionalità in materia di diritti degli stranieri.

Il contributo degli *amici curiae* – tra i quali come visto possono rientrare anche enti di ricerca – potrà essere fondamentale al fine di sciogliere questioni che riguardano un fenomeno complesso come quello migratorio e che spesso necessitano dell'apporto imprescindibile, non solo del diritto interno e sovranazionale, ma anche di altre discipline.

4. *Possibili scenari futuri*

Infine, la vicenda che ha portato alla sentenza n. 63 del 2022 della Corte costituzionale induce ad interrogarsi sulla possibilità di sollevare questione di costituzionalità sulle altre fattispecie previste all'art. 12 D.lgs. n. 286 del 1998, come indicato nell'istanza di parte presentata nel giudizio *a quo*.

In particolare, ci si chiede se non sia opportuno riflettere su una eventuale questione di costituzionalità sulla c.d. scriminante umanitaria, disciplinata all'art. 12, comma 2, del D.lgs. n. 286 del 1998, che il Tribunale di Bologna ha ritenuto irrilevante non potendosi dimostrare nel caso di specie né la finalità umanitaria della condotta della ricorrente, né lo stato di bisogno delle minori trasportate. Una simile conclusione non preclude la possibilità di immaginare il sollevamento della questione di costituzionalità dell'art. 12, comma 2, in un altro giudizio in cui la medesima questione possa essere ritenuta rilevante.

Si è consapevoli che l'applicazione giurisprudenziale della scriminante di cui all'art. 12, comma 2, sia del tutto limitata²⁵. Tuttavia, proprio con lo scopo di evidenziare l'irragionevolezza dell'inapplicabilità della scriminante alle condotte che riguardano l'ingresso di migranti nel territorio dello Stato, si potrebbe ipotizzare la questione in un giudizio che vede imputata una ONG

²³ *Ivi*, n. 63, punto 3.7.1. e punto 3.7.2. del cons. in diritto

²⁴ *Ivi*, punto 4.3. cons. in diritto.

²⁵ cfr. Tribunale di Imperia, sentenza del 21 luglio 2017, n. 446.

del reato di favoreggiamento dell'ingresso irregolare nel territorio dello Stato, dopo il soccorso, nelle acque del Mediterraneo, di persone che manifestano la volontà di chiedere la protezione internazionale. In tal caso, la rilevanza della questione potrebbe essere motivata, dimostrando le finalità umanitarie delle ONG che operano nel Mediterraneo e lo stato di bisogno delle persone soccorse, requisiti richiesti dall'art 12, comma 2, t.u. immigrazione.

Una questione di costituzionalità equiparabile a quella appena immaginata è stata, come noto, affrontata in Francia nel 2018 dal Conseil constitutionnel, il quale con una storica pronuncia ha dichiarato l'incostituzionalità del c.d. *delit de solidarité*²⁶, affermando per la prima volta il valore costituzionale della fraternité. La declaratoria di incostituzionalità ha travolto le condotte, motivate da ragioni umanitarie, esclusivamente in relazione al favoreggiamento del soggiorno irregolare di stranieri nel territorio dello Stato, senza riguardare anche il procurato ingresso irregolare. Secondo la Corte costituzionale francese, infatti, le condotte di favoreggiamento del soggiorno incidono su situazioni di illegalità già esistenti; diversamente, la condotta di procurato ingresso ha l'effetto di contribuire a creare una situazione di illegalità all'interno del territorio dello Stato, determinando la prevalenza del principio dell'*ordre publique* sul principio della fraternité.

Tale bilanciamento potrebbe, tuttavia, avere esiti differenti nel nostro ordinamento, con specifico riferimento ad un giudizio riguardante il soccorso di richiedenti protezione da parte di una ONG. Infatti, se le persone trasportate dalla ONG, imputata di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, hanno manifestato la volontà di presentare domanda di protezione internazionale, la condotta di queste ultime non può contribuire a determinare una situazione di illegalità, trattandosi di persone titolari di un diritto costituzionale di ingresso nel territorio dello Stato *ex art. 10, comma 3, Cost.*

In questi termini, si potrebbe domandare di sollevare la questione di costituzionalità dell'art. 12, comma 2, d.lgs. n. 286 del 1998 in riferimento all'art. 10, comma 3 della Costituzione, nella parte in cui non si applica alle attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate per favorire l'ingresso in Italia di stranieri richiedenti protezione.

²⁶ cfr. Conseil constitutionnel, Décision n° 2018-717/718.

DIRITTO DI ASILO
E CRIMINALIZZAZIONE DELL'ASSISTENZA
AI MIGRANTI IN UNGHERIA

Angelo Raffaele Salerno*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La sentenza della Corte di giustizia del 16 novembre 2021, “Commissione europea c. Ungheria”. – 3. Osservazioni in margine.

1. *Premessa*

La sentenza in commento si colloca a valle di una vicenda che ha avuto origine in margine alle elezioni parlamentari ungheresi del 2018, in cui il partito populista *Fidesz* otteneva la maggioranza dei due terzi dopo una campagna elettorale accompagnata da una retorica fortemente ostile ai migranti. La rinnovata Assemblea nazionale ungherese, introducendo alcune disposizioni particolarmente controverse in materia migratoria, traduceva sul piano legislativo le istanze securitarie avanzate durante la campagna elettorale.

Da un lato, veniva introdotta una nuova causa di inammissibilità della richiesta di protezione internazionale che si configura nell'ipotesi in cui «il richiedente sia arrivato in Ungheria attraversando un paese in cui egli non è esposto a persecuzioni (...) o al rischio di danno grave (...) o in cui è garantito un adeguato livello di protezione» (art. 51, par. 2, lett. f della legge ungherese sul diritto di asilo del 29 giugno 2007).

Per altro verso, veniva prevista una nuova e controversa fattispecie di reato che prevede l'incriminazione di chiunque, nell'ambito di un'attività organizzata, fornisca assistenza nella presentazione o nell'inoltro di una domanda di asilo nella consapevolezza che, alla luce del diritto nazionale, tale domanda non possa essere accolta (art. 353/A, par. 1, lett. a del Codice penale ungherese).

Il 19 luglio 2018 la Commissione europea apriva la fase precontenziosa con l'invio di una lettera di messa in mora all'Ungheria, contestando la conformità di tali innovazioni legislative al diritto dell'Unione e, decorso inutilmente il termine previsto dal parere motivato, proponeva ricorso per infrazione dinanzi alla Corte di giustizia.

* Dottorando di ricerca in Diritto dei mercati europei e globali. Crisi, diritti, regolazione, Università degli Studi della Tuscia.

2. *La sentenza della Corte di giustizia del 16 novembre 2021, “Commissione europea c. Ungheria”*

La Corte di giustizia ha accolto larga parte delle argomentazioni addotte dalla Commissione, accertando la violazione, da parte dell’Ungheria, degli obblighi derivanti dal diritto dell’Unione in materia di asilo sotto tre distinti profili, che sono di seguito esaminati.

Quanto all’introduzione della nuova causa di inammissibilità della domanda di protezione internazionale, la Corte ha dichiarato la violazione da parte dell’Ungheria degli obblighi derivanti dall’art. 33, par. 2, direttiva 2013/32/UE¹ (direttiva “procedure”).

Quest’ultimo elenca in maniera tassativa i casi in cui uno Stato membro può ritenere una domanda di protezione internazionale inammissibile, tra i quali l’ipotesi in cui un Paese terzo sia considerato «sicuro» a norma dell’art. 38. Ebbene, la Corte rammenta che gli Stati membri possono adottare norme interne «che richiedono un legame tra il richiedente e il paese terzo in questione, secondo le quali sarebbe ragionevole per detta persona recarsi in tale paese» (par. 2, lett. a). Tuttavia, nel farlo, devono attenersi ai criteri previsti dal primo comma della disposizione, per cui – contrariamente a quanto previsto dall’art. 51, par. 2, lett. f), della legge ungherese sul diritto di asilo – la mera circostanza che un richiedente sia giunto in Ungheria attraversando il territorio di un Paese terzo «non può, di per sé, costituire una valida ragione per ritenere che detto richiedente possa ragionevolmente rientrare in tale paese» (punto 38).

Peraltro, la Corte rileva come l’obbligo di cui all’art. 38, par. 2, lett. b), direttiva 2013/32/UE, che impone agli Stati membri di prevedere norme sul metodo di accertamento del requisito della sicurezza che tengano conto della necessità di assicurare l’esame caso per caso della sicurezza di un Paese terzo per un determinato richiedente, non troverebbe giustificazione se il semplice attraversamento del Paese terzo interessato costituisse di per sé «un legame sufficiente o significativo a tal fine» (punto 40). Di conseguenza, il «mero transito» in un Paese terzo non è sufficiente a instaurare un «legame» con lo stesso ai sensi dell’art. 38, par. 2, lett. a), e la causa d’inammissibilità introdotta dall’Ungheria nel 2018 «non può costituire un’applicazione del motivo di inammissibilità relativo al paese terzo sicuro, previsto all’articolo 33, para-

¹ Direttiva (UE) 2013/32 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione).

grafo 2, lettera c), di tale direttiva (...) e non può, di conseguenza, contrariamente a quanto affermato dall'Ungheria, costituire una corretta trasposizione di detta disposizione» (punto 41).

Il secondo profilo di inadempimento riguarda, come detto, la criminalizzazione di chiunque, nell'ambito di un'attività organizzata, fornisca assistenza nella presentazione o nell'inoltro di una domanda di asilo nella consapevolezza che, alla luce del diritto nazionale, tale domanda non possa essere accolta. Sul punto, la Corte rileva il venir meno dell'Ungheria agli obblighi su di essa incombenti in forza degli artt. 8, par. 2 (*Informazione e consulenza nei centri di trattenimento e ai valichi di frontiera*), e 22, par. 1 (*Diritto all'assistenza e alla rappresentanza legali in ogni fase della procedura*) della direttiva 2013/32/UE, nonché dell'art. 10, par. 4, della direttiva 2013/33/UE² (direttiva "accoglienza").

Secondo la Corte, la normativa ungherese comprime in maniera ingiustificata la possibilità per le organizzazioni e le persone che prestano assistenza e consulenza di entrare in contatto con i richiedenti presenti ai valichi di frontiera e di comunicare con gli stessi, diritto sancito dall'art. 10, par. 4, direttiva 2013/33. Quest'ultimo consente limitazioni all'accesso «soltanto se obiettivamente necessarie, in virtù del diritto nazionale, per la sicurezza, l'ordine pubblico o la gestione amministrativa del centro di trattenimento, e purché non restringano drasticamente o rendano impossibile l'accesso». Il richiamo a tale previsione da parte dell'Ungheria è stato ritenuto ingiustificato alla luce degli obiettivi dichiarati: né dalla repressione del sostegno offerto ai fini del ricorso abusivo alla procedura di asilo (punto 111 e ss.), né dalla «lotta contro l'immigrazione illegale fondata sull'inganno» (punto 134 e ss.).

Quanto al primo fine, la Corte sottolinea anzitutto che l'art. 353/A, par. 1, lett. a) del Codice penale ungherese finisce per sanzionare anche un'attività che non potrebbe essere in alcun modo considerata fraudolenta o abusiva. La norma rende infatti punibile anche chi presta assistenza ai richiedenti asilo «nel rigoroso rispetto delle norme procedurali previste al riguardo e senza la volontà di indurre materialmente in errore l'autorità accertante».

Le considerazioni della Corte si sviluppano intorno a tre argomenti che possono così riassumersi:

1) *se una domanda di asilo non può essere ritenuta inammissibile solo perché il richiedente non ha subito (o non è stato esposto) al rischio di persecu-*

² Direttiva (UE) 2013/33 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione).

zioni in un Paese terzo che abbia attraversato prima di giungere in Ungheria, allora il sostegno offerto nella presentazione di tale domanda non può essere considerato una pratica fraudolenta o abusiva;

2) *l'esposizione di chi intenda offrire questo tipo di sostegno al rischio di una sanzione penale presenta conseguenze inaccettabili su più livelli.* Anzitutto, costringe di fatto chi presta tale sostegno a non limitarsi a «un'assistenza puramente formale» e ad esercitare un controllo di merito già al momento della presentazione della domanda di asilo. Tuttavia, spesso, al momento del loro arrivo, i richiedenti asilo non dispongono di prove sufficienti a dimostrare che beneficiano dello *status* di rifugiato, per cui un controllo di questo tipo è per la Corte inesigibile. Inoltre, i Giudici del Kirchberg sottolineano che la normativa ungherese, ammantando di incertezza la legittimità di qualsiasi sostegno relativo alla presentazione e all'inoltro di una domanda di protezione, può generare un incisivo *chilling effect*, ovvero l'effetto di inibire tali persone dal prestare assistenza alla luce del rischio di essere esposte a una sanzione penale;

3) *la fattispecie incriminatrice dissuade gli avvocati dall'assistere i richiedenti nella presentazione o nell'inoltro di una domanda, impedendo così a questi ultimi di contestare, nelle fasi successive della procedura di asilo, l'aderenza del diritto nazionale applicabile al diritto dell'Unione europea: ciò priva di effettività il diritto di difesa riconosciuto dall'art. 47 CDFUE e contrasta con la direttiva 2013/32 (che garantisce «un accesso effettivo, facile e rapido alla procedura di protezione internazionale»).* Non solo, di fronte all'argomento addotto dall'Ungheria per cui la persona sottoposta a procedimento penale potrebbe comunque sostenere in tale sede il contrasto del diritto ungherese con il diritto dell'Unione ed essere eventualmente assolta, la Corte rileva che costringere una persona a esporsi al rischio di una sanzione penale per poter adire un giudice competente a garantire il rispetto dei diritti che gli sono riconosciuti dal diritto dell'Unione sarebbe parimenti in contrasto con l'art. 47 della Carta di Nizza.

Alla luce di tali argomenti, l'art. 353/A, par. 1, lett. a) del Codice penale ungherese non soltanto dissuade l'attività di sostegno ai richiedenti anche quando volta esclusivamente a consentire l'esercizio del diritto fondamentale di richiedere asilo in uno Stato membro (art. 18 CDFUE), ma eccede «quanto può essere considerato necessario per conseguire l'obiettivo della lotta contro le pratiche fraudolente o abusive» (punto 133).

Peraltro, non giustifica le violazioni riscontrate neppure il fine della «lotta contro l'immigrazione illegale fondata sull'inganno». Per la Corte, l'attività di assistenza nel presentare o inoltrare una domanda di asilo in uno Stato

membro, pur nella consapevolezza della mancanza degli elementi per il suo accoglimento, «non può essere considerata un'attività che facilita l'ingresso o il soggiorno irregolari» (punto 138). Il cittadino di un Paese terzo o l'apolide che presenta una domanda di asilo acquista infatti sin da quel momento la qualità di richiedente protezione internazionale, e il richiedente protezione internazionale non può essere considerato in una situazione di soggiorno irregolare fino al momento dell'adozione di una decisione sulla stessa in primo grado.

La Corte ha infine accertato un'ulteriore violazione degli obblighi europei da parte dell'Ungheria in relazione all'art. 8, par. 2 (diritto di accesso ai richiedenti presenti ai valichi di frontiera), all'art. 12, par. 1, lett. c) (per cui «non è negata al richiedente la possibilità di comunicare con l'UNHCR o con altre organizzazioni che prestino assistenza legale o altra consulenza ai richiedenti a norma del diritto dello Stato membro interessato») e all'art. 22 (che riconosce il diritto all'assistenza e alla rappresentanza legali in ogni fase della procedura) della direttiva 2013/32, oltre all'art. 10, par. 4, direttiva 2013/33 (diritto di accesso ai richiedenti asilo trattenuti) in conseguenza del disposto dell'art. 46/F della legge sulla polizia.

Alla luce di tale disposizione, i servizi di polizia sono infatti tenuti a impedire a chiunque sia sospettato di aver commesso il reato previsto dall'art. 353/A, par. 1, lett. a) del Codice penale di avvicinarsi a meno di otto chilometri dalle frontiere esterne ungheresi. Le persone sospettate di aver commesso tale reato si vedono così private dei diritti loro garantiti dalle direttive citate, nonostante la fattispecie incriminatrice sia ritenuta in contrasto con il diritto dell'Unione: in base a quest'argomento, la Corte di Giustizia ha dunque ritenuto la compressione dei diritti garantiti dalle direttive non ragionevolmente giustificata.

3. *Osservazioni in margine*

Preliminarmente, è interessante notare come la questione posta all'attenzione della Corte di Giustizia si collochi nel quadro di una vicenda politico-istituzionale più ampia di quella del ricorso per infrazione promosso dalla Commissione europea.

Infatti, il procedimento legislativo volto ad adottare la cosiddetta legge "Stop Soros" (che includeva le disposizioni oggetto della sentenza in commento) aveva già portato il Presidente della Commissione Affari legali e Diritti umani dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa a richiedere

alla Commissione di Venezia un parere circa la compatibilità delle stesse con gli *standard* minimi di tutela dei diritti umani. Nell'ambito della relativa procedura, l'Assemblea nazionale ungherese aveva però disatteso la richiesta di posticipare l'approvazione del disegno di legge all'indomani dell'adozione del parere³ (fissata per il 22 giugno 2018) deliberando in via definitiva il 20 giugno. In margine alla sessione plenaria del 22 e 23 giugno, la Commissione di Venezia aveva quindi manifestato il proprio disappunto per la decisione dell'Assemblea, esprimendo un giudizio assai negativo sull'art. 353/A del Codice penale ungherese ed auspicandone l'abrogazione. Una vicenda, parallela a quella del ricorso proposto dinanzi alla Corte di Giustizia, la quale non è che uno dei marcatori di una più ampia difficoltà di far valere i principi dello Stato di diritto nel contesto politico-istituzionale ungherese.

Nel caso in esame, la motivazione a supporto della sentenza evidenzia due diverse tipologie di lesione di diritti che trovano espresso riconoscimento nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e puntuale precisazione nelle direttive europee: l'una afferente al diritto di asilo (art. 18), l'altra al diritto di difesa (art. 47).

Quanto al diritto di difesa (e alle relative declinazioni dello stesso, delineate dalle direttive 2013/32 e 2013/33), può dirsi che la sua violazione è essenzialmente incentrata sul marcato *chilling effect* evidenziato dalla Corte di Giustizia. Invero, la possibile incidenza di un effetto di questo tipo nei confronti di chiunque avesse cercato di assistere i migranti contribuendo alla garanzia di diritti fondamentali, quali il diritto a un giusto processo, era già stata ampiamente prevista in seguito all'approvazione delle modifiche al codice penale ungherese⁴. Sul punto, è interessante ricordare che la Corte costituzionale ungherese si era già espressa nel senso della legittimità dell'art. 353/A, par. 1, lett. a) del codice penale a mezzo della sentenza n. 3 del 2019⁵. Una pronuncia che – si è sostenuto – seppur a prima vista appaia assai rispettosa della discrezionalità del legislatore ungherese avrebbe notevolmente mitigato gran parte del potenziale repressivo della legge attraverso un'interpretazione restrittiva della fattispecie in termini di reato intenzionale, che richiederebbe la sussistenza dello specifico intento di facilitare

³ COMMISSIONE DI VENEZIA, *Hungary - "Stop Soros" draft legislative package - meeting with the Minister of Foreign Affairs*, 18 maggio 2018.

⁴ D.G. SZABÓ, *Criminalizing Migrant's Helpers and Establishing Special Administrative Courts in Hungary*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 22 giugno 2018, p. 3.

⁵ Cort. Cost. ungherese, sentenza del 25 febbraio 2019, n.3.

l'immigrazione illegale⁶. Tuttavia, va osservato come, per stessa ammissione dell'Ungheria, sulla base di tale legge siano stati comunque avviati dei procedimenti penali.

Quanto al diritto di asilo, la sua compressione avviene invece tanto per via diretta quanto per via mediata. Da un lato, l'introduzione della nuova causa di inammissibilità della domanda di protezione internazionale lo vulnera in maniera diretta ed evidente nella misura in cui determina in potenza un incremento dei rigetti sulla base di una norma in contrasto con il diritto dell'Unione. D'altro canto, si è visto come la previsione della fattispecie incriminatrice possa privare potenzialmente i richiedenti di una fondamentale assistenza nella presentazione o nell'inoltro della domanda di protezione internazionale, con ciò svuotando di effettività il diritto di difesa riconosciuto dalla Carta di Nizza e vulnerando, per questa via, lo stesso diritto di asilo.

Dall'analisi di tali profili di inadempimento emerge dunque, anzitutto, l'inscindibilità del diritto di asilo dal diritto di difesa nonché dal divieto di *refoulement*, a garanzia del quale è previsto l'esame individuale della domanda. Ed è proprio quest'inscindibilità a far sì che il diritto di asilo sia ricondotto in una dimensione di effettività, a riprova del carattere intrinsecamente relazionale dei diritti fondamentali.

Ma la vicenda complessiva in cui la sentenza in esame si inserisce può essere letta anche attraverso una diversa lente e collocata in un quadro più ampio.

Se da un lato è vero che la pronuncia dei Giudici del Kirchberg delegittima – per lo meno sul piano dell'aderenza al diritto dell'Unione – le disposizioni introdotte dall'Ungheria nel 2018, rimane il fatto che tale sentenza riveste comunque carattere di mero accertamento. E d'altronde, la Corte costituzionale ungherese, unica istituzione eventualmente legittimata ad annullare la norma, ha ritenuto la fattispecie di reato non in contrasto con la Costituzione: pur restringendo la portata della fattispecie che incrimina le attività di assistenza ai migranti tramite un'operazione interpretativa, rimane dubbio che ciò sia bastato a evitare una compressione del diritto di asilo e del diritto di difesa dei richiedenti asilo come riconosciuti dalla Carta di Nizza.

Al netto dell'accertato venir meno dell'Ungheria agli obblighi europei, a rimanere dunque sullo sfondo è una grave, ineludibile ed irrisolta questione di rispetto della *rule of law* e di garanzia dei diritti fondamentali dei migranti.

La vicenda, in definitiva, illumina una volta di più la perenne tensione tra la garanzia del diritto di asilo e le varie declinazioni giuridiche della regola-

⁶ V.Z. KAZAI, *Stop Soros Law Left on the Books – The Return of the “Red Tail”?*, in *VerfassungsBlog*, 5 marzo 2019.

mentazione del fenomeno migratorio da parte dello Stato (in questo caso anche attraverso il ricorso alla sanzione penale). Una tensione che rappresenta l'autentico *leitmotiv* delle principali questioni di politica del diritto in materia migratoria nell'epoca delle migrazioni di massa e che finisce, su un piano più generale, per riproporre la questione del conflitto tra volontà della maggioranza e rispetto della *rule of law* e dell'equilibrio tra questi due elementi. Un equilibrio dinamico, sfuggente e pur tuttavia necessario alla costruzione e alla tenuta di una democrazia costituzionale.

“PREZZO DELLA SPOSA” E IMPIEGO DI MINORI
NELL’ACCATTONAGGIO:
L’INCIDENZA DEL FATTORE CULTURALE

Francesca Curi*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Vendita in sposa: Cassazione 4/8/2021 n. 30538. – 3. Impiego di un minore in accattonaggio: Cassazione 1/3/2022 n. 7140. – 4. Identità culturale e diritti fondamentali: prove di convivenza giuridica. – 5. Abbandonare il modello ghezzante per un’inclusione attiva.

1. *Introduzione*

La riflessione che segue prende spunto da due sentenze recenti della Corte di Cassazione in tema di reati culturalmente condizionati. Si tratta di arresti giurisprudenziali che sembrano raccogliere il testimone di un orientamento ormai ampiamente consolidato e diffuso in dottrina, che legge la matrice culturale della condotta illecita in chiave *pro reo*. Senza spingersi fino al punto di considerarla una causa di esclusione dell’antigiuridicità o della colpevolezza, la più recente giurisprudenza di legittimità ha pronunciato sentenze di condanna nelle quali il fattore culturale concorre a commisurare la pena verso il limite inferiore della cornice edittale o, addirittura, consente di diminuirla ulteriormente, grazie alle circostanze attenuanti generiche¹.

Certamente, la presenza, statisticamente sempre più rilevante, di migranti nei Paesi occidentali sfida le strutture dello Stato democratico, indebolendo le radici identitarie nazionali dei suoi cittadini. A queste strutture i migranti rivolgono la richiesta di un riconoscimento multietnico non solo dei loro diritti individuali, ma della loro stessa identità. Se non vogliamo assistere alla trasformazione dei Paesi occidentali dalla forma dello stato democratico a quella di una società repressiva e penitenziaria², bisogna invertire la rotta innanzitutto sul piano sociale ed economico.

* Professoressa associata di Diritto penale, Università di Bologna.

¹ C. GRANDI, *I reati contro la famiglia e contro la persona culturalmente motivati: teoria ed evoluzione della prassi*, in *www.archiviopenale.it*, n. 3/2022, pp. 1-24.

² D. ZOLO, *Tramonto globale. La fame, il patibolo, la guerra*, Firenze 2010, pp. 114-115.

2. *Vendita in sposa: Cassazione 4/8/2021 n. 30538*

La prima vicenda ha riguardato un caso di “cessione” in matrimonio di una ragazza di etnia rom, minore di sedici anni, avvenuta in cambio di una somma di denaro, definito “prezzo della sposa”³. Il padre della giovane ragazza è stato condannato in primo grado per riduzione in schiavitù, aggravata ai sensi dell’art. 602-ter, commi 5 e 6 c.p. (fatto commesso ai danni di un minore di sedici anni e da un ascendente). La Corte d’Assise d’appello di Firenze, confermando l’imputazione, ha invece ritenuto di operare un giudizio di equivalenza tra le contestate aggravanti e le circostanze attenuanti generiche.

I giudici di legittimità hanno rigettato *in toto* il ricorso dell’imputato, considerandolo infondato e a tratti inammissibile. Invece, hanno accolto uno dei motivi del Procuratore Generale, rinviando ad altro giudice di secondo grado la commisurazione della pena, perché hanno rilevato che era stato operato un calcolo errato nel giudizio di bilanciamento tra le circostanze aggravanti, ad effetto speciale, dell’art. 602-ter e quelle attenuanti generiche, di cui all’art. 62-bis c.p. Infatti, l’ultimo comma dell’art. 602-ter c.p. prescrive che le circostanze attenuanti non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto alle aggravanti descritte nei commi precedenti e le diminuzioni di pena si possono operare solo sulla quantità della pena «risultante dall’aumento conseguente alle predette aggravanti».

Degno di nota il passaggio nel quale è argomentata l’insussistenza della matrice culturale, che la difesa asserisce viceversa di rinvenire nel comportamento dell’imputato. La decisione, anzitutto, assegna un perimetro alla tematica dei cosiddetti “reati culturali”: «Semplificando, il problema può definirsi quello della rilevanza di un conflitto normativo determinato dall’antinomia tra la norma penale ed una regola di matrice culturale ai fini dell’affermazione della responsabilità di colui che ha violato la prima per conformarsi alla seconda»⁴.

L’asfittica alternativa tra assimilazionismo alla francese, da un lato, e relativismo culturale all’inglese, dall’altro, ha prodotto nei due rispettivi contesti giuridici una legislazione che oscilla tra previsioni che non diversificano i giudizi a seconda dell’identità culturale dell’autore del reato, fino all’inasprimento della risposta penale per il gruppo etnico minoritario; e

³ Cass. Pen., sez. V, sentenza del 13 maggio 2021, n. 30538 (dep. 4/8/2021), in www.sistemapenale.it, 15 febbraio 2022.

⁴ Pagina 6 della motivazione.

un'esaltazione del principio di uguaglianza sostanziale, a scapito di quella formale, tale da disciplinare analiticamente le rispettive diversità culturali tra i consociati. Nel nostro ordinamento, la dottrina si è orientata per un indirizzo più moderato, in base al quale spetta all'interprete, al giudice, il compito di valorizzazione caso per caso la matrice culturale della condotta penalmente rilevante, attraverso una prudente applicazione di quelle clausole, già presenti nel codice, permeabili al fattore culturale⁵.

Partendo dalla necessaria presa d'atto che i confini fisici degli Stati non coincidono più con i confini culturali di un dato territorio e la cosiddetta omogeneità culturale, che aveva contribuito al rafforzamento dello Stato-nazione, è ormai venuta meno, bisogna ripensare come integrare, in un ordine politico stabile, le sempre più presenti differenze culturali⁶. Nei Paesi europei del Mediterraneo – in cui l'immigrazione di individui portatori di culture e religioni diverse non è ipotizzabile che possa arrestarsi o addirittura cambiare segno e per i quali il confine politico e culturale tra un «noi» e un «loro» è difficile da definire una volta per tutte – si impone la necessità di elaborare nuovi modelli teorici e soluzioni operative alle questioni poste dalle specificità culturali. Si tratta indubbiamente di una sfida all'idea liberale di una struttura giuridica e politica omogenea, ma chiaramente non più eludibile. Va affrontata innanzitutto un'essenziale questione di meta-eguaglianza, ovvero va deciso in chiave politica un preciso modo di integrare il trattamento eguale della diversità, con il trattamento da eguali⁷. Il primo consente quelle capacità che rendono effettive le libertà, il secondo consente di declinare in modo culturalmente differenziato le scelte di capacità. In secondo luogo, va potenziato l'impegno dello Stato a favorire modalità concrete di confronto interculturale, dalle quali derivi la possibilità di comprendere le ragioni di una precisa scelta fra le due declinazioni dell'eguaglianza. Si può cogliere nel multiculturalismo uno strumento di ricomposizione della frattura-

⁵ Si pensi ai concetti di “buon costume”, di “senso comune del pudore”, di “atto sessuale”, di “violenza” fisica o psichica, di “maltrattamenti”, di “offesa all'onore o alla reputazione”, di “abbandono”; per non parlare delle attenuanti c.d. “generiche” ex art. 62-bis e dei parametri ex art. 133 c.p.: C. GRANDI, *I reati contro la famiglia*, cit., 9.

⁶ C. GRANDI, *I reati contro la famiglia*, cit. 6 e ss.

⁷ A. RAUTI, “A che punto è la notte?” *L'approccio interculturale all'immigrazione fra capacità e accomodamenti*, in *Consulta online*, n. 1/2022, pp. 266-297, 296; D. ZOLO, *La strategia della cittadinanza*, in ID. (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, 1994, pp. 3-46; e nello stesso Volume: L. FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, pp. 263-293.

ra postcoloniale, che separa la sponda nord da quella sud del Mediterraneo, e un impulso alla capacità integrativa della cittadinanza come pratica sociale, purché si tracci una visione antitetica a quella dello “scontro tra civiltà”⁸.

Nel codice Rocco non si rinviene alcuna espressa apertura alla specificità culturale dell'imputato, ma ai tempi della sua entrata in vigore mancavano anche le condizioni sociali affinché potesse farsi sentire la rilevanza sul piano penale di motivazioni culturalmente condizionate, estranee alle tradizioni italiane. A quel tempo l'Italia non era un Paese di immigrazione, ma semmai di emigrazione, come la storia del nostro Paese e la presenza nel codice penale del delitto di frode in emigrazione (art. 645 c.p.), fattispecie oggi del tutto desueta, chiaramente testimoniano⁹. Nel 2006 viene introdotta la fattispecie di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 583-bis c.p.), che incrimina una condotta autonoma severamente punita, sebbene fosse già disponibile un presidio penale a questo specifico bene giuridico (ovvero la fattispecie di lesioni gravi e gravissime). Con l'introduzione di questo reato, il legislatore si è chiaramente mosso in direzione opposta al possibile riconoscimento dell'incidenza in *favorem rei* del fattore culturale, in quanto il conseguente aggravamento della disciplina sanzionatoria riflette la squalificazione del fattore culturale, che quelle pratiche esprimono. Nel medesimo solco si è inserita la più recente fattispecie di cui all'art.558-bis c.p., rubricata: “costrizione o induzione al matrimonio”.

Bisogna guardare al formante giurisprudenziale per poter cogliere qualche segnale di attenzione alle caratteristiche culturali dell'autore. In una prima fase c'è stata una tendenza piuttosto uniforme a non considerare rilevante questo aspetto. Emblematica, in tal senso, è la pronuncia della Suprema Corte sull'ormai famoso caso del porto del kirpan, pugnale rituale dei sikh (Cass., sez. I, sentenza 31 marzo 2017, n. 24048)¹⁰. Più recentemente, invece, si segnalano sentenze che sembrano orientarsi a favore di una valorizzazione del condizionamento culturale in *bonam partem*, naturalmente con differenti esiti a seconda del profilo sistematico sul quale vanno a incidere. Le più fre-

⁸ R. PIROSA, *La prospettiva pluralistica e multiculturalista in Danilo Zolo*, in *Jura Gentium* 1/2021, *In mare aperto. Pensare il diritto e la politica con Danilo Zolo*, pp. 216 – 229, 219.

⁹ M. PELISSERO, *Il ruolo incerto del fattore culturale-religioso nel sistema penale. Il caso islam*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1/2019, pp. 155-174, 157.

¹⁰ F. BASILE, M. GIANNOCOLI, *Il coltello kirpan, i valori occidentali e gli arcipelaghi culturali confliggenti. A proposito di una recente sentenza della Cassazione*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2017, pp. 1-7; A. BERNARDI, *Populismo giudiziario? L'evoluzione della giurisprudenza penale sul kirpan*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2017, pp. 671-709.

quenti ricadute si apprezzano essenzialmente sul versante sanzionatorio, sia in relazione all'applicabilità delle circostanze o al loro bilanciamento, sia limitatamente alla commisurazione infraedittale.

Nel caso pronunciato ad agosto 2021, i giudici romani hanno escluso la configurabilità di una "scriminante culturale", poiché l'esercizio del diritto dell'agente, nel rimanere fedele alle regole sociali del proprio gruppo identitario di riferimento, si è tradotto nella negazione di beni e diritti fondamentali configurati dall'ordinamento costituzionale e presidiati dalle norme penali violate. Si tratta di un orientamento condiviso anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (cfr. *Leyla Şahin v. Turkey* 10/11/2005; *Eweida and others v. The United Kingdom* 15/1/2013)¹¹ e conforme all'art. 2 della Convenzione di Parigi del 2005, in base al quale la protezione del diritto alla diversità culturale non può essere invocata per violare i diritti umani e le libertà fondamentali, come consacrati dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo o come garantiti dal diritto internazionale¹².

Più lapidariamente si afferma che, in conformità a quanto già deciso dalla Corte in precedenza, il titolo di reato contestato esclude qualsivoglia possibilità di attribuire valenza scriminante alla supposta volontà del padre di aderire alle regole ed alle consuetudini della comunità Rom, «atteso che il bene tutelato dall'art. 600 è la libertà individuale intesa come *status libertatis*», ossia come quel complesso di manifestazioni che si riassumono in tale condizione e la cui negazione comporta l'annientamento della stessa personalità dell'individuo¹³.

Per ragioni di spazio non è possibile neppure fare cenno a quella che dovrebbe essere un'imprescindibile analisi antropologica, che allontana il ri-

¹¹ Corte Edu, sentenza 10/11/2005, *Leyla Şahin v. Turkey*: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-70956>; Corte Edu, sentenza 15/01/2013, *Eweida and others v. The United Kingdom*: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115881>

¹² «Articolo 2, Linee direttrici, 1. Principio del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: La diversità culturale può essere protetta e promossa solo se vengono garantiti i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali, quali la libertà d'espressione, dell'informazione e della comunicazione, nonché la possibilità per gli individui di scegliere le proprie espressioni culturali. Nessuna disposizione della presente convenzione può essere invocata per ledere o limitare i diritti umani e le libertà fondamentali proclamati dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo o garantiti dal diritto internazionale.» Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali, Parigi 20 ottobre 2005, Ratificata con la Legge 19 febbraio 2007, n. 19.

¹³ Pagina 9 della motivazione.

schio di interpretazioni semplicistiche e riduzionistiche, come quelle che qualificano i rom “premoderni”, “barbari” o “espressione di cultura arretrata”¹⁴. Solo una precisazione: il *bridewealth* (la ricchezza della sposa) non è da intendersi come compravendita della sposa, quanto, piuttosto, una sorta di “compensazione” per la famiglia di origine della donna, la quale porterà avanti la discendenza di un’altra famiglia, quella del marito. Il flusso di beni è inverso a quello della dote, ed è forse per questo motivo che, in base al sapere comune dei *gagé* (i non Rom), la comprensione risulta più difficile. Il *bridewealth* ha una funzione di mediatore fra le due famiglie e assume un ruolo centrale nello stabilire legami e alleanze tra gruppi familiari¹⁵.

Sebbene rispetto alla valorizzazione della matrice culturale del fatto prevalga un atteggiamento da parte del formante giurisprudenziale moderatamente cauto¹⁶, questa pronuncia dimostra il favore per un approccio progressivamente più flessibile, con effetti tangibili quanto meno sul piano della commisurazione della pena. Al di là del comprensibile dilemma nel quale si dibatte il giudice, costretto a oscillare tra l’assumere il ruolo di *gate keeper* rispetto al messaggio culturale veicolato dall’*expert testimony*, oppure – ma andrebbero definiti preventivamente gli strumenti – di colui che interviene per decodificare e disambiguare il precetto vincolante¹⁷, nel caso di specie non c’è stata alcuna esitazione nell’affermare che il disvalore del fatto non risulta intaccato dal sommario inquadramento antropologico poc’anzi richiamato. È stato comprovato il dissenso della ragazza, che non voleva aderire alla tradizione, tant’è che ha deciso di scappare e di denunciare il padre.

¹⁴ Il popolo rom è la più numerosa minoranza etnica «transnazionale e non territoriale» d’Europa: L. PIASERE, *I Rom d’Europa. Una storia moderna*, Bari 2004, (IV rist.) 2009; S. ROMANO, *Dall’inclusione sociale forzata alla costruzione della marginalità. I rom nell’Europa post-socialista tra inclusione ed esclusione*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, n. 1/2016, pp. 3-21, 8 ss.; G. LAINO, *Superare i campi rom: cosa e come fare*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, n. 1/2016, 45-64, 47. Dalla prospettiva giuridica: I. RUGGIU, *Il giudice antropologo: costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano 2012; ID., *Il giudice antropologo e il test culturale*, in *www.questionegiustizia.it*, n. 1/2017, pp. 1-17.

¹⁵ S. TOSI CAMBINI, *Matrimoni romane e interpretazioni gagikane nello spazio pubblico, giuridico e scientifico dei gage*, in *L’Uomo Società Tradizione Sviluppo*, 1/2015, pp. 55-75, 59.

¹⁶ Già segnalava un filone giurisprudenziale attento a soppesare l’effettiva rimproverabilità dell’immigrato di cultura diversa, rispetto ad uno stesso identico fatto commesso da un imputato di cultura italiana: F. BASILE, *I reati cd. «culturalmente motivati» commessi dagli immigrati: (possibili) soluzioni giurisprudenziali*, in *www.questionegiustizia.it*, n. 1/2017.

¹⁷ G. CANZIO, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, in *www.disCrimen.it*, 19.11.2018, pp. 1-12, 12.

Ciò non di meno, il condizionamento culturale dell'imputato ha assunto comunque rilievo nel momento commisurativo della pena, calcolata tenendo conto di un concorso eterogeneo di circostanze: da un lato l'art. 602-ter c.p., quinto e sesto comma; dall'altro l'art. 62-bis c.p.

3. *Impiego di un minore in accattonaggio: Cassazione 14/12/2021 n. 7140*

Nel secondo caso, la Corte d'appello di Catanzaro confermava la decisione del Tribunale di Cosenza, che aveva condannato un uomo di etnia rom per il reato di cui all'art. 600-octies c.p., previa concessione delle circostanze attenuanti generiche. È dimostrato che l'uomo, di fronte al Tribunale della città, sotto una pioggia battente, avesse indotto una bambina di sei anni a chiedere l'elemosina e a farsi consegnare quanto raccolto dai passanti¹⁸.

La Corte ha rigettato il ricorso dell'imputato e ha affermato che la dedotta connotazione culturale della pratica di chiedere l'elemosina non può certamente condurre – come evidenziato nell'impugnata sentenza – a “decriminalizzare” la condotta posta in essere dall'imputato. «I “valori” della cultura rom non rilevano quando – come nel caso di specie – contrastino con i beni fondamentali riconosciuti dall'ordinamento costituzionale, quali il rispetto dei diritti umani e la tutela dei minori.» Inoltre, per l'integrazione del reato contestato non è richiesto che il minore sia sottoposto a “sofferenze e/o mortificazioni”, come risulta chiaramente dal tenore della norma incriminatrice, che punisce, «salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque si avvale per mendicare di una persona minore degli anni quattordici e, comunque, non imputabile.»¹⁹

È utile evidenziare incidentalmente che la legge n. 94/2009 ha riformato il reato di impiego di minori nell'accattonaggio, tramutandolo da contravvenzione concernente l'ordine pubblico e la tranquillità pubblica in delitto contro la personalità individuale.

4. *Identità culturale e diritti fondamentali: prove di convivenza giuridica*

Le due sentenze richiamate si allineano perfettamente sulla direttrice che

¹⁸ Cass. Pen., Sez. I, sentenza del 14 dicembre 2021 (dep.1° marzo 2022), n. 7140, https://i2.res.24o.it/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/QUOTIDIANI_VERTICALI/Online/_Oggetti_Embedded/Documenti/2022/03/29/cassa71402022.pdf.

¹⁹ Pagina 3 della motivazione.

la giurisprudenza di legittimità sembra aver imboccato nell'affrontare la tematica complessa e densa di implicazioni – anche extragiuridiche – rappresentata dalla presenza di un conflitto culturale.

Il limite insuperabile, tracciato anche dai giudici sovranazionali nel riconoscimento dell'identità culturale, coincide con la salvaguardia dei diritti fondamentali. C'è reato quando viene menomato un diritto inviolabile della persona. Quindi, ferma l'impossibilità di configurare difetti di tipicità, colpevolezza o eccezioni al carattere antigiuridico del fatto, sembra invece dischiudersi, nei più recenti orientamenti giurisprudenziali, uno spiraglio che consente di intravedere la peculiarità identitario-culturale dell'autore nel momento in cui si determina la dosimetria sanzionatoria, che può avere il perimetro della sola cornice edittale, oppure può allargarsi attraverso il riconoscimento delle attenuanti generiche, oppure di altre attenuanti comuni o speciali, che consentono di abbassare ulteriormente la pena in concreto inflitta.

Accanto a un formante giurisprudenziale apprezzabilmente più attento a cogliere le sfumature di una materia che, rispetto alla rigida sistematica del reato, conserva un alto indice di fluidità e che è destinata a subire forti variazioni politico-criminali, si può oggi, più che in passato, pensare a nuovi scenari – in una prospettiva *de iure condendo* di politica sociale – che permettano di creare legami interculturali, di comprensione reciproca, fondati su una serie di incentivi, capaci di stimolare la conformità alla legge. Imboccata questa direzione, il diritto penale verrebbe in parte sollevato dall'inane compito di risolvere ogni tipo di conflittualità all'interno della società contemporanea, riguadagnando un più appropriato ruolo di *extrema ratio*.

5. *Abbandonare il modello ghetizzante per un'inclusione attiva*

L'Italia, sebbene non sia l'unico Stato europeo ad avere “campi nomadi” sul proprio territorio, viene etichettata come “Paese dei campi”, in quanto sarebbe la nazione maggiormente impegnata nella politica dei villaggi etnici per le comunità Rom e Sinti e Caminanti (RSC), anche dette *romaní*, dal nome della lingua parlata. Negli ultimi anni si assiste a un cambio di strategia politica e narrativa, che sembra lasciare alle spalle l'approccio di tipo emergenziale (capace di riprodurre ed esasperare le condizioni di marginalità, esclusione e segregazione sociale delle minoranze), per fare spazio a interventi sistematici di inclusione sociale di un gruppo etnico che ad oggi resta og-

getto di una forma di «ostilità trasversale» in molte zone d'Europa²⁰. Le azioni ordinarie di politica sociale, opportunamente calibrate nel contesto in cui si interviene, se rivolte a sviluppare percorsi inclusivi individualizzati e strutturati sulle esigenze dei singoli nuclei familiari²¹, non possono che relegare in una posizione sussidiaria il diritto penale, per sua essenza punitivo e in questo specifico frangente del tutto incapace di sovrintendere efficacemente alle sue essenziali prerogative di prevenzione generale e speciale. Sono necessari strumenti flessibili, mentre il diritto penale è costitutivamente un mezzo rigido di soluzione dei conflitti, legato al perimetro obbligato della fattispecie penale.

Inoltre, da un lato esso sviluppa una logica di esclusione, antitetica al percorso di integrazione a cui dovrebbe tendere la coabitazione tra culture; dall'altro lato, la sanzione più severa di cui l'ordinamento dispone si presenta fragile quanto a capacità di deterrenza e di orientamento sociale, laddove il fatto sia sorretto da una motivazione sedimentata in costumi e tradizioni che fanno parte delle *Kulturnormen* dell'autore del reato, ben più introiettate dei precetti penali vigenti nel Paese ospitante²².

Una indicazione incoraggiante viene dal recepimento, il 23 maggio 2022, della raccomandazione del Consiglio dell'Unione europea del 12 marzo 2021 (2021/C 93/01), nella quale si delinea la strategia nazionale di uguaglianza, inclusione e partecipazione di Rom e Sinti (2021-2030)²³. Questo documento afferma un nuovo approccio, integrando l'inclusione socioeconomica dei rom emarginati con la promozione dell'uguaglianza e partecipazione. I dati sono confortanti: dal 2016 al 2021 i “campi rom” sono diminuiti in Italia da 149 a 109 e, nello stesso periodo, il numero di persone al loro interno è cala-

²⁰ «La questione del trattamento del grave disagio sociale ed abitativo delle minoranze rom resta un nervo scoperto delle capacità di realizzare buon governo nelle aree urbane. La questione va trattata su diversi livelli e alle varie scale, assumendo che già dal punto di vista culturale e politico è agente una qualche aporia che determina la distanza fra dichiarazioni di principio democratiche e inclusive e pratiche sociali che, di fatto, non consentono di superare le discriminazioni esistenti. Accanto ad una riflessione di fondo occorre poi un effettivo rinnovamento del modo di pensare e costruire le politiche, con un approccio fertile e adattivo, capace di individuare principi validi e condivisi che devono ispirare soluzioni adattate ai contesti e alle fasi»: G. LAINO, *Superare i campi rom*, cit., 57.

²¹ V. PIERGIGLI, *Politiche migratorie e integrazione: quali indicazioni dalla Corte di Giustizia UE?*, in *Democrazia e sicurezza*, n. 1/2018, pp. 3-36, 7.

²² M. PELISSERO, *Il ruolo incerto del fattore culturale-religioso*, cit., 156.

²³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32021H0319%2801%29>.

to del 36%. Un nuovo modello di relazione interculturale nel pieno rispetto del pluralismo è possibile, purché il processo necessariamente dinamico che lo governa sia condiviso, con eguale impegno, dagli attori istituzionali, dai decisori politici, dal terzo settore e dall'intera società civile.

I DIRITTI E LE GARANZIE PROCESSUALI
COME LIMITE ALL'USO DELLE DICHIARAZIONI
DEI TESTIMONI ASSENTI AL DIBATTIMENTO
IN *AL ALO C. SLOVACCHIA*

Valentina Faggiani*

SOMMARIO: 1. La dichiarazione resa dai “testimoni assenti” al dibattimento come prova decisiva ai fini della condanna per favoreggiamento dell’immigrazione illegale nel caso *Al Alo c. Slovacchia*. – 2. La progressiva riconfigurazione della “*only or decisive rule*” e le conseguenti deroghe al principio del contraddittorio nella giurisprudenza della Corte Edu. – 3. Le reciproche interazioni dei diritti della difesa e la loro funzionalità all’equità processuale.

1. *La dichiarazione resa dai “testimoni assenti” al dibattimento come prova decisiva ai fini della condanna per favoreggiamento dell’immigrazione illegale nel caso Al Alo c. Slovacchia*

Nella sentenza *Al Alo c. Slovacchia*¹, del 10 febbraio 2022, la Corte Edu si occupa della violazione del diritto a un processo equo a causa dell’impossibilità di convocare ed esaminare e/o fare esaminare i testimoni, le cui dichiarazioni rese nella fase preliminare sono state considerate prove determinanti ai fini della condanna per traffico di migranti del ricorrente (art. 6, co. 1, e 6, co. 3, Cedu).

Il Sig. Al Alo, cittadino siriano, fu visto nel 2017 a Bratislava dalla polizia, nell’ambito di un’operazione, con due stranieri, C. e D., entrati in un taxi diretto verso il confine slovacco con l’Austria. Sia i due migranti sia il ricorrente furono arrestati. I primi, a seguito dell’interrogatorio, furono espulsi perché irregolari, mentre il Sig. Al Alo fu accusato di concorso nel reato di traffico di persone.

Quest’ultimo, nella fase pre-dibattimentale, decise di non farsi assistere da un avvocato, rinunciò a essere presente all’audizione dei testimoni e non

* Profesora Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Granada. Il presente contributo è stato realizzato nell’ambito del Progetto I+D+i del *Programa Operativo FEDER Andalucía: “Políticas de Integración de los Inmigrantes y Refugiados en Perspectiva Nacional, Autonómica y Europea”*, 2021-2023, B-SEJ-442-UGR20.

¹ Corte Edu (I^a sez.), sentenza 10 febbraio 2022, *Al Alo c. Slovacchia*, ric. n. 32084/19.

si pronunciò sul contenuto dei capi di accusa, rimanendo in silenzio, semplicemente perché ignorava la rilevanza dell'accusa e delle conseguenze.

Nel corso del processo, si giustificò, eccependo che, nonostante fosse stato informato nel verbale dell'interrogatorio di quanto disposto nell'art. 213 c.p.p., ai sensi del quale una persona imputata può essere autorizzata ad assistere a tali audizioni e a interrogare i testimoni, soprattutto se l'imputato non ha un avvocato e vi sono motivi per ritenere che non sarebbe possibile ascoltare detti testimoni nel processo, non gli era stata comunicata né la gravità della fattispecie né gli effetti processuali derivanti dal mancato esercizio dei suoi diritti. A suo parere, in realtà, le autorità non avevano mai avuto alcuna reale intenzione di favorire l'esercizio dei suoi diritti di difesa.

Durante il colloquio, si avvale solo dell'assistenza di un interprete, che traduceva in arabo, poiché aveva manifestato di non riuscire a comprendere in modo adeguato le questioni legali. Non avendo terminato gli studi secondari, aveva difficoltà a leggere e scrivere. La sua situazione era inoltre aggravata dal fatto che, essendo straniero, proveniva da un background culturale e giuridico completamente diverso. Il ricorrente fu assistito da un avvocato solo quando fu messo in custodia cautelare, essendo la rappresentanza legale in quella fase obbligatoria.

Il Sig. Al Alo negava di aver commesso il reato che gli era stato imputato. Ammise, tuttavia, di aver fornito alloggio e trasporto ai due testimoni, a loro spese, credendo che fossero dei "turisti", figli di un conoscente del padre. Non pensava che stesse commettendo un illecito. Al contrario, C. e D. sostenevano che il ricorrente avesse contribuito a facilitare il loro viaggio verso l'Europa occidentale, organizzando il trasferimento in Germania, secondo quanto accordato e previo pagamento. Avevano ricevuto il suo numero di telefono da un trafficante in Turchia.

Il Sig. Al Alo, condannato dal Tribunale distrettuale di Bratislava a cinque anni di reclusione, presentò ricorso dinanzi alla Corte Regionale di Bratislava (CRB), sostenendo, da una parte, che i due testimoni non erano stati ascoltati nel processo, malgrado ne avesse fatto richiesta, e che non erano state realizzate le indagini necessarie per considerarli "irreperibili". Dall'altra, lamentava che seppur avesse manifestato sin dal principio l'incapacità di difendersi in modo adeguato, ai sensi dell'art. 37.2 CCP, aveva potuto avvalersi di un avvocato solo successivamente.

La CRB rigettò il ricorso, considerando che i vizi nella fase istruttoria non erano così gravi da rendere inutilizzabili le deposizioni dei due testimoni e che le conclusioni, cui il tribunale era pervenuto, erano corrette. A suo parere, il ricorrente era stato informato dell'interrogatorio preliminare; tuttavia,

aveva deciso liberamente di non parteciparvi, non essendo stato pertanto violato il diritto al contraddittorio. Inoltre, il suo diritto di difesa non era stato lesso perché era stato assistito da un interprete, aveva vissuto in Slovacchia per circa dieci anni, era integrato nella società locale ed era in grado di comunicare in almeno tre lingue. Infine, per quanto riguarda il merito della causa, anche secondo la CRB le prove fornite da C. e D. erano state decisive (*nosné dôkazy*) per stabilire la colpevolezza del ricorrente.

Questi, non soddisfatto, impugnò la sentenza di appello prima dinanzi alla Corte Suprema e poi davanti alla Corte costituzionale (art. 127 Cost. slovacca). Tuttavia, entrambe rigettarono il ricorso. Una volta esauriti i rimedi giurisdizionali interni, il Sig. Al Alo decise di adire la Corte Edu. Nella sentenza *Al Alo c. Slovacchia*, del 10 febbraio 2022, la Corte di Strasburgo dichiara la violazione da parte delle autorità giudiziarie slovacche (art. 6, co. 1, e 3 (d)) del diritto di esaminare e di fare esaminare i testimoni a carico nella fase dibattimentale, i quali costituiscono aspetti specifici dell' "equità processuale"², essendo "interconnessi"³. Nel caso di specie, la Corte Edu, attraverso un'interpretazione garantista della regola della prova unica o determinante e avuto riguardo alla situazione di vulnerabilità del ricorrente, ribadisce la necessità di rispettare i diritti e le garanzie processuali, i quali devono rappresentare un limite alla prova senza contraddittorio.

2. *La progressiva riconfigurazione della "only or decisive rule" e le conseguenti deroghe al principio del contraddittorio nella giurisprudenza della Corte Edu*

Le dichiarazioni dei testimoni assenti, rese durante le indagini e in seguito usate come prova nel dibattimento, presentano importanti profili di criticità dal punto di vista del rispetto del *fair trial*. L'impossibilità per il convenuto di contestare le prove a suo carico, infatti, incide direttamente sul contraddittorio nella formazione della prova, come elemento costitutivo e inderogabile del diritto di difesa e in generale dell'equo processo, e sulla presunzione d'innocenza, rompendola in uno stadio previo alla fase dibattimentale.

La Corte di Strasburgo elaborò una prima ricostruzione della regola della prova unica o determinante nella sentenza *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*⁴, in cui, discostandosi dalle precedenti pronunce, ha individuato una

² Corte Edu, *Al Alo c. Slovacchia*, cit., § 42.

³ Corte Edu, *Al Alo c. Slovacchia*, cit., § 41.

⁴ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c.*

fattispecie complementare, diretta a giustificare l'assenza di un confronto e pertanto la restrizione dei diritti della difesa, dinanzi all'esistenza di una ragione oggettiva.

In tal modo, la Corte Edu ha cercato di compensare l'assenza di dialogo tra il convenuto e i testimoni a carico, fondamentale ai fini del corretto sviluppo del processo penale, e la conseguente riduzione dello standard di protezione, articolando il giudizio di ammissibilità della prova resa da un testimone irreperibile in due fasi. Nella prima, valuta se esiste un "motivo fondato", costituito da una situazione non imputabile alle autorità giudiziarie, come il decesso del testimone o il timore di soffrire ritorsioni; nella seconda esamina se il deficit di contraddittorio è compensato dalla presenza di solide garanzie processuali.

Il caso *Al-Khawaja e Tabery* fu il primo passo verso la relativizzazione della regola della prova unica. Nella giurisprudenza successiva, il test è stato ulteriormente modulato attraverso la soppressione del requisito della valida giustificazione. Infatti, affermando che la mancanza di una buona ragione che impedisca al testimone di partecipare non produce, di per sé, la violazione dell'equo processo ex art. 6 Cedu, si è ammesso un insieme indeterminato di deroghe al principio della formazione della prova nel contraddittorio⁵.

L'applicazione estensiva di tale regola è senza dubbio problematica, poiché contribuisce a sfumarne i contorni e rischia di favorire un'applicazione da parte dei giudici nazionali contraria al nucleo essenziale della dialettica processuale. Secondo la Corte questa progressiva riconfigurazione sarebbe giustificata dalla necessità di dotare il sistema di maggior flessibilità, al fine di adattare la soluzione alle caratteristiche del caso concreto.

Ciononostante, è consapevole che i mezzi di prova ottenuti in fase pre-dibattimentale in assenza del contraddittorio potrebbero violare i diritti processuali del convenuto. Per questo, nella sentenza *Schatschaschwili c. Germania*, ha individuato dei "fattori di contro-bilanciamento" o "contrappesi"⁶, in

Regno Unito, ric. n. 26766/05 e n. 22228/06, §§ 119-147. Al riguardo, si rinvia a: F. ZACCHÈ, *Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti*, Nota a Corte Edu (Grande camera), sentenza del 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tabery c. Regno Unito*, <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1331043096Zacche.pdf>, 2012, pp. 1-6.

⁵ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*, ricorso n. 9154/10, §§ 111-131. Su questa pronuncia, v. R. CASIRAGHI, *Conferme e smentite della Grande Camera in materia di testimoni assenti*, Cassazione penale, Vol. 56, Fasc. 6, 2016, pp. 2626-2639.

⁶ Corte Edu (Grande Camera), *Schatschaschwili c. Germania*, ric. n. 9154/10, §§ 125-131.

funzione garantista, al fine di cercare di compensare il mancato confronto o la presenza di un controesame “limitato”, “indebolito” o comunque “deficiente”.

Tali fattori avrebbero la funzione di equilibrare gli handicap sofferti dalla difesa dall’uso nel processo di prove senza contraddittorio, assicurando nei limiti del possibile un’equa e corretta valutazione della loro attendibilità. Attraverso tali criteri si è cercato di circondare di maggiori garanzie le eccezioni al contraddittorio, che se in alcune fattispecie non viene del tutto soppresso risulta comunque fortemente limitato.

L’esistenza di tali fattori di contrappeso permetterebbe di controbilanciare le deficienze processuali nel processo di formazione della prova. Spetterà agli organi giurisdizionali nazionali coinvolti, in virtù del principio di leale collaborazione e del dovere di diligenza, realizzare un accertamento più approfondito dell’attendibilità delle informazioni presentate dai testimoni assenti, verificando la presenza di tali elementi, i quali devono essere accompagnati da solide tutele procedurali.

Questo significa che la condanna potrebbe basarsi su prove di questo tipo solo nel caso in cui siano sufficientemente attendibili, avuto riguardo alla loro importanza per il caso concreto e alle altre prove disponibili, essendo possibile ammettere mezzi alternativi, come la riproduzione nel dibattimento della videoregistrazione dell’interrogatorio svoltosi durante le indagini per consentire non solo al giudice ma anche all’accusa e alla difesa di osservare il suo comportamento e di valutarne l’attendibilità.

Allo stesso tempo, si possono ammettere le dichiarazioni *de relato* o indirette rese nel processo da persone, alle quali il testimone assente ha riferito i fatti subito dopo l’accaduto, ulteriori prove fattuali, forensi e perizie, o descrizioni degli eventi che coincidono con quelle di altri testimoni, in particolare se questi sono stati interrogati nella fase dibattimentale, o la possibilità per la difesa di formulare domande al teste indirettamente, ad esempio per iscritto, nel corso del processo. Infine, si deve concedere all’imputato l’opportunità di fornire la propria versione dei fatti, segnalando eventuali incoerenze o contraddizioni con le dichiarazioni di altre persone.

3. *Le reciproche interazioni dei diritti della difesa e la loro funzionalità all’equità processuale*

La sentenza *Al Alo c. Slovacchia* si colloca in linea di continuità con la giurisprudenza della Corte edu sulla regola della prova unica o determinante,

elaborata in relazione alle dichiarazioni rese in sede pre-dibattimentale da testimoni assenti, costituendo quanto affermato in *Al-Khawaja e Tabery e Schatschaschwili* il punto di partenza per risolvere il caso *de quo*.

In questa pronuncia, la Corte si sforza di realizzare una lettura equilibrata e garantista. È, infatti, consapevole dell'impatto che un'interpretazione estensiva di detta regola potrebbe avere sui diritti processuali del convenuto. Per questo, per attenuarne gli effetti negativi, cerca di mostrarsi particolarmente attenta alle caratteristiche della fattispecie concreta, considerando che l'equità complessiva della procedura richiede di tener conto non solo dei diritti della parte passiva del processo penale ma anche degli interessi della collettività e della vittima alla persecuzione del reato e dei diritti dei testimoni⁷.

Secondo la Corte le dichiarazioni rese nella fase istruttoria da C. e D. erano ammissibili ai sensi dell'art. 263 § 3 (a) CCP. Nonostante, al contrario di quanto affermato dagli organi giurisdizionali slovacchi, a suo parere, l'onere di dimostrare che i due testimoni irreperibili sarebbero potuti rientrare in Slovacchia non ricadeva sul ricorrente, non esistendo una previsione legislativa o una prassi in tal senso, bensì sullo Stato convenuto⁸.

L'inadempimento delle autorità slovacche è inoltre aggravato da due fattori: dall'assenza di diligenza delle autorità giudiziarie sin dalla fase delle indagini nei confronti del diritto del convenuto di esaminare i testimoni di carico e dalla loro indifferenza verso la situazione di vulnerabilità in cui si trovava il Sig. Al Alo⁹. Queste non avevano fatto il minimo sforzo per adottare le misure positive necessarie per consentire all'imputato di esercitare i suoi diritti processuali.

Una conferma si può rinvenire nel fatto che nella fase preliminare le autorità slovacche avessero mostrato interesse a interrogare C. e D. solo perché erano consapevoli che successivamente non sarebbe stato possibile. Era, infatti, evidente che per loro la Slovacchia era solo una stazione di transito verso l'Europa occidentale. Per questo, nelle varie fasi del processo, non avevano apportato nessuna informazione che potesse giustificare l'avvenuta espulsione, come la data in cui C. e D. erano stati allontanati dal paese, ma si erano limitate ad affermare che gli indirizzi forniti dal ricorrente, insieme alle copie dei loro documenti d'identità, rilasciati dalla Romania e dalla Danimarca, in cui si riconosceva lo status di richiedente asilo, erano meramente "amministrativi" o "fittizi" e che non vi fossero ragioni per fare rientrare i

⁷ Corte Edu, *Al Alo c. Slovacchia*, cit., § 42.

⁸ Corte Edu, *Al Alo c. Slovacchia*, cit., § 50.

⁹ Corte Edu, *Al Alo c. Slovacchia*, cit., § 61.

testimoni¹⁰. Non si può quindi escludere che in quel momento si trovassero ancora in Slovacchia. Inoltre, se si considera che l'esito del processo penale a carico del Sig. Al Alo è dipeso dalle prove fornite dai testimoni assenti al dibattimento, le autorità nazionali avrebbero dovuto cercare di adottare delle misure alternative come la comparizione dei testimoni al processo a distanza, ai sensi della Convenzione sulla mutua assistenza in materia penale tra gli Stati membri dell'UE¹¹.

Infine, dall'analisi della fattispecie si deduce che il ricorrente non avesse intenzione di rinunciare a partecipare all'interrogatorio preliminare dei due testimoni. La rinuncia è piuttosto la conseguenza della violazione del diritto di essere informato dei propri diritti processuali, il quale è strettamente vincolato al diritto di difesa. Sebbene avesse manifestato le sue difficoltà sin dall'inizio, le autorità non lo informarono correttamente delle conseguenze di tale decisione sul contraddittorio. Il Sig. Al Alo ebbe accesso solo al verbale, che non conteneva nessun riferimento né al diritto di essere presente agli atti procedurali nella fase istruttoria e di formulare domande ai testimoni durante l'interrogatorio, né al fatto che tali deposizioni potessero essere utilizzate come prove nel processo penale qualora il testimone fosse divenuto "irreperibile".

Da tali elementi, che sono fondamentali, secondo la Corte di Strasburgo, si evince che le autorità giudiziarie slovacche hanno violato il diritto del Sig. Al Alo di controinterrogare i testimoni di carico, non ravvisandosi la presenza né di validi motivi che potessero giustificare l'assenza di C. e D., le cui dichiarazioni erano state determinanti ai fini della condanna del ricorrente, né di sufficienti fattori di bilanciamento¹².

Si tratta di una soluzione senza dubbio garantista, attenta non solo alle esigenze del contraddittorio che costituisce la colonna vertebrale, l'asse portante dell'equo processo, ma anche alle difficoltà degli stranieri nell'accesso alla giustizia. Questo non significa che la Corte abbia fatto un passo indietro rispetto ai casi *Al-Khawaja e Tahery* e *Schatschaschwili*, in cui ha riformulato la *only or decisive rule*, concepita in precedenza in termini assoluti, come unico limite al confronto tra le parti nella formazione della prova, modulandola. Tutto il contrario, la sentenza *Al Alo* si colloca nel solco di dette pronunce, che rappresentano i suoi principali referenti.

La Corte ribadisce la nuova configurazione attenuata e relativa della regola della prova decisiva e le conseguenti deroghe alla formazione della pro-

¹⁰ Corte Edu, *Al Alo c. Slovacchia*, cit., § 52.

¹¹ Corte Edu, *Al Alo c. Slovacchia*, cit., § 51.

¹² Corte Edu, *Al Alo c. Slovacchia*, cit., §§ 67-68.

va senza contraddittorio, consapevole degli effetti negativi sull'equo processo, rimettendo la corretta applicazione di tale giurisprudenza agli organi giurisdizionali nazionali, sui quali ricade la responsabilità di valutare se nella fattispecie concreta è possibile limitare il diritto al controinterrogatorio dei testimoni a carico assenti. In tal caso, sono tenuti ad assicurare la presenza di solide garanzie processuali, al fine di pervenire a un equilibrato bilanciamento degli interessi in gioco. Infatti, se le autorità slovacche avessero valutato la fattispecie con la dovuta diligenza e avessero considerato la speciale vulnerabilità del convenuto, non avrebbero applicato detta regola e il Sig. Al Alo non sarebbe stato condannato ingiustamente.

L'INCRIMINAZIONE DELLE CONDOTTE DI SOCCORSO E ASSISTENZA AI MIGRANTI AL VAGLIO DELLA *CRIMMIGRATION*

Giulia Mentasti*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La *crimmigration*. – 3. Il passato. – 4. Il presente. – 5. Il futuro: qualche osservazione conclusiva... e un barlume di speranza.

1. *Introduzione*

Se la stagione dei «porti chiusi» può ritenersi finita, lo stesso non può dirsi per la criminalizzazione delle attività di soccorso prestate ai migranti alle frontiere di terra e di mare, in Italia e in Europa. Ritornare a quei giorni, agli strumenti utilizzati, è un'occasione per riflettere sui toni repressivi e sanzionatori che continua ad assumere la gestione del fenomeno migratorio, nonché sulle conseguenze di questa tendenza.

Il tema della criminalizzazione delle attività di soccorso, infatti, ben può inserirsi tra le maglie di un processo ampio e sfaccettato che, sotto il nome di *crimmigration*, offre una interessante chiave di lettura di molte questioni che oggi si pongono ai confini dell'Italia e dell'Europa.

Il presente contributo si pone, quindi, l'obiettivo di rileggere questi fenomeni con le lenti della *crimmigration*, osservando il quadro normativo italiano ed europeo che oggi rende possibile l'incriminazione delle attività di soccorso. A tal fine, dopo una rapida definizione di *crimmigration*, l'esposizione verrà suddivisa in tre parti, ciascuna rispondente a una diversa fase della incriminazione delle attività umanitarie: il passato, il presente e il futuro. Resteranno sullo sfondo di questa scansione temporale, per poi riemergere nella conclusione, tre questioni: gli effetti e i danni di una eccessiva criminalizzazione (simbolica?) del fenomeno migratorio; la perdurante incapacità del legislatore di distinguere il vero *smuggling* da condotte che, pur risolvendosi in un aiuto all'ingresso nel territorio nazionale di stranieri irregolari, *smuggling* non sono; la dubbia rispondenza degli strumenti messi in campo ai principi dettati dalla Costituzione e dal diritto europeo.

* Assegnista di ricerca in Diritto penale, Università degli Studi di Milano.

2. *La crimmigration*

Esplicitando l'efficace crasi coniata negli Stati Uniti quasi venti anni fa¹, la *crimmigration* è un fenomeno giuridico-criminologico di sovrapposizione e ibridazione di strumenti amministrativi e penali nella gestione (e repressione) dei flussi migratori. Le sue caratteristiche sono riconducibili, essenzialmente, a un uso sovrabbondante dello strumento penale (cd. *over-criminalization*) o, altrettanto frequentemente, all'impiego di strumenti di natura amministrativa che, tuttavia, incidono su diritti fondamentali delle persone migranti con un'intensità del tutto assimilabile a quella dello *ius terribilis*, rimanendo però svincolati da quelle garanzie con cui normalmente lo Stato circonda l'esercizio della forza.

L'incriminazione delle condotte di soccorso e assistenza ai migranti sembra rientrare appieno nella prima ipotesi. Al pari di quanto, specialmente in passato, è accaduto per la criminalizzazione dello straniero irregolare (si pensi, per quanto riguarda l'Italia, al tanto discusso reato di ingresso e soggiorno irregolare), l'incriminazione di soggetti che, per fini di solidarietà o assistenza, prestano aiuto ai migranti in prossimità delle frontiere di mare o di terra presenta i caratteri di una *over-criminalization*, risolvendosi in un uso non solo non necessario ma anche distorto dello strumento penale. In questo ambito, infatti, la formulazione di reati nei termini che si vedranno sembra essere del tutto asservita alla tutela dei confini e sorda ai principi e valori che pure ispirano la Costituzione e le Carte europee.

3. *Il passato*

Il passato cui si fa riferimento è sicuramente quello prossimo. L'incriminazione delle condotte delle ONG trova il suo momento di maggior esasperazione a partire dal 2017 e prosegue sino al 2019. Ciò, tuttavia, non significa che gli strumenti impiegati per ostacolare e incriminare le condotte di dette organizzazioni in quel biennio siano un'eccezione riconducibile e limitata a quei giorni. Il delitto di «favoreggiamento dell'immigrazione clandestina» infatti è presente nel nostro ordinamento da oltre vent'anni e, almeno,

¹ J. STUMPF, *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*, in *American University Law Review*, Vol. 56/2006, pp. 367 ss. Sempre sul tema, G.L. GATTA, *La pena nell'era della 'Crimmigration': tra Europa e Stati Uniti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2/2018, pp. 675-724.

fino alla recentissima pronuncia n. 63/2022 della Corte costituzionale (di cui daremo conto nel paragrafo conclusivo), pur essendo stato protagonista di diversi interventi di riforma, non ha mai subito sostanziali ridimensionamenti. L'art. 12 è stato ed è tuttora lo strumento cardine con cui si estrinseca l'incriminazione delle condotte di cittadini e ONG che prestano soccorso ai migranti.

Accanto a questo delitto, tuttavia, nel 2019 si sono aggiunti i tanto discussi divieti di ingresso e transito nelle acque territoriali, che, nati come pesantissime sanzioni amministrative, dal 2020 sono stati ricondotti a una fattispecie penale. Pur permanendo nell'ordinamento, la irrilevante frequenza del loro utilizzo li ha resi uno strumento secondario, se non una reliquia del passato. Più del loro contenuto, quindi, ci sembra in questa sede interessante rievocare le coordinate storico-politiche che hanno portato alla loro emanazione in quello che possiamo definire il "picco" della lotta delle istituzioni alle operazioni delle ONG nel Mediterraneo.

Con il concludersi nel 2014 dell'operazione italiana *Mare Nostrum*, la gestione delle operazioni di soccorso nel Mediterraneo passa all'operazione *Triton* dell'Unione europea la cui priorità, sin da subito, risulta essere il controllo delle frontiere esterne dell'Unione, più che il soccorso ai migranti in difficoltà. In questo contesto, puntellato di naufragi in cui centinaia di persone perdono la vita, assumono progressivamente importanza le ONG che, quantomeno fino al 2017, vengono continuamente coinvolte da Frontex (l'Agenzia europea per la gestione delle frontiere esterne dell'UE) e dalla Guardia costiera italiana nelle attività di *search and rescue*.

La situazione cambia drasticamente nel 2017 quando, in un contesto di continuo aumento degli sbarchi, Frontex pubblica il proprio Risk Analysis Report² e, riportando che da giugno 2016 le operazioni SAR delle ONG hanno raggiunto il 40% sul totale delle attività, lascia più o meno implicitamente intendere, da un lato, che le richieste di aiuto sembrerebbero essere state dirottate direttamente verso le ONG e, dall'altro, che proprio il cospicuo intensificarsi delle attività delle ONG abbia agito da *pull factor* sulle partenze, agevolando seppur involontariamente i trafficanti.

I sentimenti nei confronti delle ONG attive nel Mediterraneo cambiano repentinamente e – in una vera e propria *escalation* di misure – si fa largo il sospetto di presunti legami tra ONG e trafficanti, alimentato da una (tuttora presente) confusione tra soggetti, ruoli e condotte³. Un punto di non ritorno

² Frontex, *Risk Analysis Report for 2017*, consultabile sul sito www.frontex.europa.eu.

³ Per un approfondimento, S. BERNARDI, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 1/2018, pp. 134-144.

si raggiunge a luglio 2017 quando il Governo italiano diffonde il cd. Codice di condotta per le ONG⁴ che, tra le molte previsioni, subordina la possibilità per le ONG di collaborare con le autorità italiane alla sottoscrizione di un impegno «a non entrare nelle acque territoriali libiche [...] e a non ostacolare l'attività di *search and rescue* da parte della Guardia costiera libica» (pt. 1). È l'inizio della stagione della sistematica chiusura dei porti alle imbarcazioni delle ONG che, rifiutando di riconoscere la Libia quale *place of safety*, chiedono di sbarcare in Italia i migranti soccorsi. Si moltiplicano in questa fase le vicende giudiziarie delle ONG e dei loro capitani (per le quali, ad oggi, non vi è mai stata alcuna condanna né tantomeno alcun rinvio a giudizio) nonché i dinieghi di sbarco, dapprima ostentati in via informale e, successivamente, cristallizzati nei già citati divieti di ingresso, transito e sosta nelle acque territoriali italiane.

4. *Il presente*

Nel 2020, la conversione in legge del decreto Lamorgese⁵ e, soprattutto, l'abbandono della prassi di impedire gli sbarchi ha di fatto segnato la fine di quella drammatica stagione dove gli stalli forzati a largo dei porti italiani sembravano essere diventati un'allarmante quotidianità.

Venuti meno i toni emergenziali – sostituiti dalla nuova (vera) emergenza sanitaria – gli sbarchi sono ovviamente continuati. Questi i numeri raccolti da Ministero dell'interno: 119.369 (2017), 23.370 (2018), 11.471 (2019), 34.154 (2020), 67.477 (2021) e, infine, 6.263 (al 15 marzo 2022)⁶. Alla “fine dei porti chiusi”, dunque, non è corrisposta una fine degli sbarchi, né, lo vedremo, la fine della incriminazione dei soccorsi.

⁴ Ministero dell'interno, *Codice di condotta per le ONG impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare*, 2017. Per un commento in tema L. MASERA, *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, in *federalismi.it*, n. 2/2018.

⁵ L. 18 dicembre 2020, n. 173, Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, recante *Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare* [...]. In tema. S. ZIRULIA, *Dai porti chiusi ai porti socchiusi: nuove sanzioni per le navi soccorritrici nel Decreto Lamorgese*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, marzo 2021; sia consentito altresì il rinvio a G. MENTASTI, *Il decreto 'immigrazione-sicurezza' (d.l. n. 130/2020) diventa legge (l. 18 dicembre 2020, n. 173): le novità introdotte in sede di conversione*, in *Sistema penale*, 15 gennaio 2021.

⁶ Ministero dell'interno, Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, *Cruscotto statistico giornaliero* (www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov).

Lasciando da parte, come detto, i divieti di ingresso, l'art. 12 t.u.imm. è ben saldo al suo posto, così come il quadro giuridico europeo di cui è diretta emanazione. Ancora oggi, infatti, è proprio sull'art. 12 che si poggiano i capi di imputazione per i capitani e gli equipaggi delle ONG.

Il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare esiste nel nostro ordinamento dal 1990 e, dal 1998, si trova nel Testo unico immigrazione. All'ipotesi base, descritta al comma 1 e oggi sanzionata con la *reclusione da due a sei anni*, nonché la *multa di 15.000 euro per ogni persona* 'favorita', sono state negli anni aggiunte svariate ipotesi aggravanti – oggi contenute nei commi 3, 3 *bis* e 3 *ter* – che innalzano la pena ben oltre i vent'anni di reclusione.

Tale fattispecie è da sempre legata a doppio filo al diritto europeo. La sua stessa formulazione si deve alla spinta della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen⁷ che – in un'ottica di bilanciamento rispetto all'abbattimento delle frontiere interne – ha vincolato gli Stati membri «a stabilire sanzioni appropriate nei confronti di chiunque aiuti o tenti di aiutare, a scopo di lucro, uno straniero ad entrare o a soggiornare nel territorio di una Parte contraente in violazione della legislazione di detta Parte contraente relativa all'ingresso ed al soggiorno degli stranieri». Risale al 2002, invece, la previsione da parte dell'Unione europea di veri e propri obblighi di incriminazione, introdotti con la contestuale adozione di una combinazione di previsioni alle quali si è soliti riferirsi con l'etichetta di *Facilitators package*⁸. Questo 'pacchetto' si compone della direttiva 2002/90/CE⁹ (che, all'art. 1 par. 1 dà una definizione dei comportamenti illeciti) e della decisione quadro 2002/946/GAI¹⁰ (il cui art. 1, par. 1 introduce un vero e proprio obbligo di incriminazione per le condotte illecite descritte dalla direttiva).

⁷ *Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni firmata a Schengen il 19 giugno 1990, 22 settembre 2000.*

⁸ *Ex multis*, M. MINETTI, *The Facilitators Package, penal populism and the Rule of Law: Lessons from Italy*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2020; AA. VV. in G.L. GATTA, V. MITSILEGAS, S. ZIRULIA (a cura di), *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, Hart Publishing, 2021.

⁹ Direttiva 2002/90/CE del Consiglio del 28 novembre 2002, volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali.

¹⁰ 2002/946/GAI, Decisione quadro del Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali.

Molto è stato detto a proposito di questi strumenti. Qui ci limitiamo a ricordare che nelle richieste di incriminazione provenienti dal *Facilitators Package* il profitto è un elemento costitutivo della sola fattispecie di favoreggiamento della *permanenza* irregolare, mentre costituisce una mera circostanza aggravante nell'ipotesi di favoreggiamento dell'*ingresso* irregolare. È proprio questa formulazione – peraltro non in linea con l'idea di *smuggling* delineata dal Protocollo di Palermo nel 2000¹¹ – ad aver, di fatto, consentito agli Stati membri di prevedere norme incriminatrici che colpiscono, oltre che le azioni dei veri trafficanti, anche le (ben diverse) condotte di coloro che senza alcun fine di lucro ma per altruismo, ragioni umanitarie o legami familiari, prestano soccorso o assistenza a stranieri irregolari, agevolando il loro ingresso entro i confini europei. Tutte queste condotte, in definitiva, sono state oggetto di una equiparazione giuridica.

A questa situazione non riesce a porre rimedio la previsione, sempre a livello europeo (art. 1, par. 2 della direttiva 2002/90/CE) della facoltà per gli Stati membri di adottare una causa di esclusione della punibilità da applicarsi qualora i comportamenti posti in essere abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria. L'impossibilità per questa disposizione di arginare i rischi di una *over-criminalization* deriva essenzialmente da due motivi: in primo luogo, dalla facoltatività della sua adozione da parte per gli Stati; in secondo luogo, dalla estrema vaghezza dei contorni di tale previsione che in Italia, ad esempio, è stata recepita con riferimento alle sole attività di soccorso e assistenza prestate nei confronti di stranieri in stato di bisogno *già presenti* sul territorio italiano (art. 12 co. 2 t.u. imm.).

I timori e le critiche rivolte al *Facilitators package* si sono ben presto rivelati fondati. Come era prevedibile, nella trasposizione nelle norme interne delle indicazioni provenienti dall'UE, gli Stati – *in primis* l'Italia – hanno finito, da un lato, per estendere la repressione penale anche alle condotte umanitarie e, dall'altro, a fare di queste fattispecie penali un vero e proprio strumento di protezione dei confini europei. Non può stupire, quindi, che il serpeggiante sentimento di ostilità nei confronti delle ONG, dilagato a partire dal 2017, si sia tradotto in un atteggiamento di sospetto che ha continuato a vedere nella solidarietà – quandonche evidente – una latente finalità elusiva delle regole sull'immigrazione, come tale meritevole di una sanzione. Sono nati così il *délit de solidarité* e i casi giudiziari che hanno coinvolto le ONG.

¹¹ V. l. 16 marzo 2006, n. 146, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001.*

La circostanza che, almeno in Italia, non vi siano state condanne per questi reati non può essere una buona notizia: da un lato, la ripetuta conferma da parte dei giudici (si pensi, per citare alcuni episodi, al caso della comandante della Sea Watch 3 Carola Rackete¹² o al (dis)sequestro della nave di Open Arms¹³) che le condotte incriminate sono in realtà condotte lecite o, anzi, doverose non fa che consolidare i dubbi sulla coerenza e legittimità della normativa italiana ed europea; dall'altro, il *chilling effect* della minaccia di una sanzione penale ha avuto come sola vera conseguenza l'aumento del numero dei morti alle frontiere di terra e, soprattutto, di mare.

5. *Il futuro: qualche osservazione conclusiva... e un barlume di speranza*

Lo sguardo al passato, al presente e agli strumenti in campo sembra confermare che il problema della «criminalizzazione della solidarietà» ben può essere letto come una nuova deriva della *crimmigration*. Quel che si scorge, in particolare, è un uso sovrabbondante del diritto penale i cui effetti (indesiderati?) sono ormai evidenti. In primo luogo, l'appiattimento della fattispecie del favoreggiamento all'interno della quale, senza ogni possibilità di distinzione, ricadono con pari conseguenze lo *smuggling*, condotte prive di un fine di profitto (e magari mosse da fini solidarietà o legami familiari) ed anche attività di puro soccorso e assistenza, che la giurisprudenza e altri rami del diritto ritengono *doverose*. In secondo luogo, preoccupa il *chilling effect* che tale quadro giuridico inevitabilmente crea. Una volta disincentivate, con la minaccia di pesanti sanzioni penali, le attività di soccorso delle ONG, stante l'insufficienza delle attività di *search and rescue* istituzionali, i migranti sono lasciati morire nel Mediterraneo o in altrettanto inospitali confini di terra. Infine, da un punto di vista strettamente giuridico, non può lasciare indifferenti la commistione di strumenti e fini. In questo quadro il diritto penale, perdendo il suo carattere di *extrema ratio*, diviene strumento cardine nella difesa dei confini messi in pericolo da un'emergenza la cui portata, guardando ai fatti, è sempre più difficile da individuare.

¹² S. ZIRULIA, *Caso Sea Watch (Carola Rackete): archiviate le accuse di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e rifiuto di obbedienza a nave da guerra*, in *Sistema penale*, 17 gennaio 2022; C. RUGGIERO, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare. Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Thalassa e Rackete*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2020, pp. 185-214.

¹³ M. PATARNELLO, *Dissequestrata la nave Open Arms: soccorrere i migranti non è reato*, in *Questione Giustizia*, 19 aprile 2018.

Molte e autorevoli sono le voci che invocano una radicale riforma del *Facilitators package*; le proposte sul tavolo in tal senso sono indirizzate a: riformulare gli obblighi di incriminazione, limitandoli ai soli veri casi di *smuggling*, distinguendoli, una volta per tutte, dalle condotte umanitarie; fare dell'ingiusto profitto un elemento costitutivo anche della fattispecie di favoreggiamento dell'ingresso irregolare; o ancora, prevedere l'obbligatorietà dell'adozione da parte degli Stati membri di efficaci scriminanti umanitarie.

Ad, oggi, tuttavia, non si intravede ancora quella volontà politica indispensabile a simili riforme, né in Europa, dove pure non mancano le dichiarazioni di intenti¹⁴, né in Italia.

Proprio nel nostro Paese, tuttavia, *qualcosa è avvenuto* dando ragione a chi¹⁵, già qualche anno fa, aveva scorto nella strada giurisdizionale «la via dotata di maggiori chances» per la correzione, quantomeno, dei profili più controversi del quadro giuridico vigente.

In una recentissima pronuncia di febbraio 2022¹⁶, la Corte costituzionale, per la quale ADiM aveva presentato un'opinione scritta in qualità di *amicus curiae*, ha dichiarato incostituzionale il comma 3 lett. d) dell'art. 12 t.u. imm., nella parte in cui prevedeva quale circostanza aggravante della fattispecie l'utilizzo di «servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti». La sentenza è importantissima: è la prima volta in Italia (e la seconda in Europa, dopo la decisione del *Conseil constitutionnel* francese sul caso Herrou del 2018¹⁷) che la Corte costituzionale si pronuncia sul delitto di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare giungendo, altresì, a un primo ridimensionamento della fattispecie, storicamente oggetto di interventi espansivi del legislatore. Pur lasciando ad altre sedi un più ampio e ponderato commento della decisione in questione, ci preme quantomeno evidenziare che la Corte ha ravvisato nel comma sottoposto al suo scrutinio una manifesta violazione del principio di proporzionalità della pena, si legge: «[I]e elevatissime pene stabilite per le ipotesi aggra-

¹⁴ European Commission, *A fresh start on migration: Building confidence and striking a new balance between responsibility and solidarity*, Press Release, 23 settembre 2020.

¹⁵ S. ZIRULIA, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 3/2020, pp. 143 ss.

¹⁶ Corte cost. sent. 8 febbraio 2022 (dep. 10 marzo 2022), n. 63, con un commento di S. ZIRULIA, *La Corte costituzionale sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: illegittima l'aggravante che parifica il trattamento sanzionatorio dei trafficanti a quello di coloro che prestano un aiuto per finalità solidaristiche*, in *Sistema penale*, 23 marzo 2022.

¹⁷ Conseil constitutionnel, Décision n° 2018 – 717 /718 QPC.

vate di favoreggiamento dell'immigrazione si possono ragionevolmente spiegare solo in chiave di contrasto al traffico internazionale di migranti, gestito da organizzazioni criminali che ricavano da questa attività ingenti profitti, ma sono evidentemente sproporzionate rispetto a situazioni diverse, nelle quali non risulta alcun coinvolgimento in tali organizzazioni». Ancora un passaggio: dopo aver ravvisato l'esistenza di «due “tipi” criminologici» nell'art. 12, la Corte afferma che «né l'una né l'altra delle condotte ora all'esame, allorché compiute senza scopo di lucro, sono plausibilmente indicative del coinvolgimento dell'agente in un'attività di traffico internazionale di migranti, risultando per contro ordinariamente compatibili con situazioni in cui lo straniero venga aiutato a entrare illegalmente in Italia per finalità assai lontane da quelle del traffico internazionale». La Corte, in sostanza, ci mostra – e mostra al legislatore – che è possibile e, anzi, doveroso, distinguere le condotte sulla base della loro concreta offensività, nonché, quando presente, del loro carattere solidaristico.

L'auspicio è che il monito non resti inascoltato.