

ADiM
Accademia Diritto e Migrazioni



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DELLA
TUSCIA

ANNUARIO ADiM

2024

Raccolta di scritti di diritto dell'immigrazione

A cura di

Barbara Giovanna Bello

Giampiero Cassola

Giulia Del Turco

Federica Passarini

Mario Savino

Michela Tuozzo

Flavio Valerio Virzì

ADiM
Accademia Diritto e Migrazioni



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



Finanziato
dall'Unione europea
NextGenerationEU



Ministero
dell'Università
e della Ricerca



Italiadomani
PIANO NAZIONALE
DI RIPRESA E RESILIENZA



IntOME
Integration of Migrants in Europe

Jean Monnet
Centre of Excellence
UNIVERSITY OF TUSCIA

Tutti i diritti sono riservati

© Editoriale Scientifica srl 2025
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
979-12-235-0477-2

INDICE

<i>Introduzione</i>	10

PARTE I

VERSO LA PROCEDURA DI FRONTIERA IN ALBANIA?

IL PROTOCOLLO ITALIA-ALBANIA E LA SUA ATTUAZIONE

MARIO SAVINO, La legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo Italia-Albania: tre problemi di sostenibilità giuridica e amministrativa	23
FATIMA ZAHRA EL HARCH, Il Protocollo Italia-Albania al vaglio della Corte costituzionale albanese	34
ELISA RUOZZI, Il Protocollo fra Italia e Albania come fondamento di un regime di <i>territorial lease</i> : alcune riflessioni in tema di responsabilità internazionale	42
ELENA VALENTINI, <i>Habeas corpus sine corpore?</i>	49
MARIO SAVINO, Il nuovo decreto sulla garanzia finanziaria: via libera alla procedura di frontiera in Italia e in Albania?	59

LA QUERELLE SUI PAESI DI ORIGINE SICURI

AGOSTINA PIRRELLO, Paesi di origine: sicuri che siano sicuri?	69
GIAMPIERO CASSOLA, Il controllo giurisdizionale sulla designazione dei Paesi di origine sicuri: l'istruttiva esperienza della Francia	78
MARIO SAVINO, La mancata convalida dei trattenimenti in Albania: alcuni dubbi sulla decisione del Tribunale di Roma	89
MARIO SAVINO, Se i giudici tornassero a occuparsi del caso concreto? L'impasse sui Paesi sicuri e una possibile via di uscita	104
MARIO SAVINO, Il Diritto è morto? Lunga vita al Diritto! Come la Cassazione ha risolto il rebus dei Paesi sicuri e quali implicazioni trarne	120

PARTE II

GLI STRUMENTI DELLA DETERRENZA

RESPINGIMENTI E NON-REFOULEMENT

CHIARA RAUCEA, Fifty Shades of Non-Refoulement: The CJEU's Distorting Reading of Article 1D Refugee Convention for Refugees of Palestinian Origin	149
FRANCESCA RONDINE, <i>H.T. c. Germania e Grecia</i> : i respingimenti alla frontiera tra finzioni, presunzioni e tutele effettive	157
FRANCESCA TASSINARI, Il diritto all'informazione e il respingimento indiretto dei richiedenti asilo nel Sistema Dublino	165

LA DETENZIONE AMMINISTRATIVA

LORENZO BERNARDINI, <i>L'habeas corpus</i> dei migranti secondo la Consulta, ovvero: il ritratto di un diritto fondamentale sempre più sbiadito?	176
GIAMPIERO CASSOLA, La "valutazione caso per caso" nel trattenimento dei richiedenti protezione internazionale: attività vincolata o discrezionale?	184
GIULIA FABINI, I numeri della detenzione amministrativa in Italia	194
MIRIANA LANOTTE, <i>Errare humanum est, perseverare autem diabolicum</i> : la doppia condanna dell'Ungheria in materia di asilo	204
FRANCESCA RONDINE, Quante pareti ha una prigione? Il trattenimento nelle zone di transito (ungheresi) nuovamente al vaglio della Corte EDU	214
PAOLA REGINA, Il "caso CPR" alla luce del diritto europeo	222
MARIA FALCONE, Brevi note sulla tutela della salute nei C.P.R.	227

ESPULSIONE E PERICOLOSITÀ SOCIALE

SIMONA D'ANTONIO, Automatismi espulsivi e discrezionalità amministrativa	235
CLAUDIO COSTANZO, Espulsioni per pericolosità sociale e fenomeno migratorio, tra prevenzione e sanzione	244
LUIGI PREVITI, Pericolosità sociale e sopravvenienze fattuali: il tortuoso sentiero della giurisprudenza amministrativa alla ricerca della miglior tutela	252

PARTE III CORTI E LEGISLATORI: LE ALTRE NOVITÀ

DANIEL THYM, Judicial Dynamism and Its Limits: the Role of National Courts and their Interaction with the CJEU	262

LA GIURISPRUDENZA INTERNAZIONALE

LAURA SALVADEGO, L'ampiezza dell'obbligo positivo di ammettere un cittadino straniero nel caso <i>Ghadamian c. Svizzera</i>	275
MARIA CRIPPA, I procedimenti italiani sui crimini contro i migranti in Libia alla luce del sistema di giustizia penale internazionale	285

LA GIURISPRUDENZA EUROPEA

MARIA FIORE ANGORI, Migrazioni femminili: la Corte di Giustizia dell'Unione europea riconosce lo status di rifugiato alle donne vittime di violenza di genere	294
PAOLA PANNIA, L'identificazione con il valore della parità tra donne e uomini come motivo di persecuzione: la Corte di Giustizia e le trappole della dimensione assiologica	302
SILVIA RIZZUTO FERRUZZA, La Corte di Giustizia torna sul concetto di atti persecutori in una prospettiva di avanzamento del diritto internazionale sui rifugiati	312
VALENTINA FAGGIANI, L'assimilazione dello "stile di vita occidentale" basato sulla parità di genere come nuovo motivo per la concessione della protezione internazionale: una categoria indeterminata e di difficile applicazione	320

LA GIURISPRUDENZA NAZIONALE

ANGELO RAFFAELE SALERNO, Centralità del discorso sulle fonti e tutela dei diritti fondamentali nella sentenza della Corte costituzionale n. 15 del 2024	329
CARLA DI MARTINO, L'accesso (negato) degli stranieri alle provvidenze sociali e il ruolo delle Corti	338
LAURA RICCI, Protecting the Vulnerable Offender: the Non-Punishment of the Victim of Trafficking Within the Italian Penal System	346
AMINA MANEGGIA, La giurisdizione dello Stato della bandiera sugli individui soccorsi da navi private: un'analisi sull'onda del caso <i>Asso 28</i>	353

LE NORME EUROPEE

GORAN SANDIC JANJA POPOVIĆ, A Rarity in Action: Temporary Protection in the EU – Here to Stay?	362
ELENA ARDITO, La revisione della Direttiva UE anti-tratta: un testo ancora da migliorare	369

LE NORME NAZIONALI

MADIA D'ONGHIA, CLAUDIO DE MARTINO, Le novità in materia di lavoro nell'ultimo Decreto flussi: qualche buon proposito, semplificazioni (apparenti) e rischi di ineffettività	380
CHIARA PREVETE, Il riconoscimento dello status di richiedente permanente ai cittadini europei nel Regno Unito: criticità e conseguenze sul diritto amministrativo inglese	389
ALICE STEVANATO, Il paradosso della contemporaneità. La protezione giuridica del migrante ambientale nei più recenti sviluppi normativi	396
MICHELA GIACHETTI FANTINI, L'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza del familiare come istituto di garanzia del superiore interesse del minore e del diritto all'unità familiare	405
MICHELA TUOZZO, Corridoi umanitari: chiaroscuri del processo selettivo e della garanzia dei diritti	416

PARTE IV

LE TENDENZE GENERALI

LA DIGITALIZZAZIONE

MICHELA LEGGIO, The Dual Nature of Digitalization of Asylum Procedure: Analyzing the CBP One	429
MICHELA LEGGIO, La digitalizzazione della funzione conoscitiva pubblica nel settore migratorio	440
CECILIA MANZOTTI, A European Language Detection Software to Determine Asylum Seekers' Country of Origin: Questioning the Assumptions and Implications of the EUAA's Project	452
CRISTIANA NAPOLITANO, Digitalizzazione delle procedure di ingresso: il trattamento dei dati e il difficile equilibrio tra la sicurezza pubblica e il rispetto dei diritti fondamentali degli immigrati	462

FRANCESCA TASSINARI, From Eurodac to Interoperability and Back: Transferring Personal Data for Resettlement and Admission Purposes	472
LORENZA TOMASSI, La digitalizzazione dalla pubblica amministrazione come possibile condizione di discriminazione degli stranieri nell'accesso ai servizi <i>welfare</i> . L'importante ruolo del terzo settore	482
ZORANCO VASILKOV, Artificial Intelligence in the Service of Border Control in the EU	491

ALTRI PARADIGMI E TENDENZE

FILIPPO ROSSI, Costanti storico-giuridiche del “governo” delle migrazioni. Riflessioni a margine del convegno ADiM 2024	499
LORENZO PACINOTTI, Dalla cittadinanza sociale alla persona umana? Qualche considerazione storica	507
NATALIA PANOU, The Paradoxes of the European Migration “Emergency”	515
MARIA LUDOVICA GUALTIERI, La protezione dello straniero nella tradizione arabo-islamica	523
GIUSEPPE TERRANOVA, Dal Marocco al Global South: come cambia la geografia della popolazione	531
MARIA VITTORIA FORTE, L'Italia e la gestione delle migrazioni dalla Libia: tra blocchi all'arrivo indiscriminati e corridoi umanitari esclusivi	539

INTRODUZIONE

L'Annuario 2024 si inserisce in una fase di forte trasformazione del diritto dell'immigrazione e dell'asilo, tanto a livello europeo quanto nazionale. La rapida successione di riforme, pronunce giurisprudenziali e prassi amministrative rende necessario un lavoro di sistematizzazione e di riflessione critica che consenta di cogliere i nessi profondi tra gli sviluppi più recenti e le traiettorie di lungo periodo. Il volume si propone di offrire una ricognizione ragionata dei principali snodi emersi nel 2024, adottando uno sguardo che coniuga attenzione alle fonti, sensibilità per l'impatto sui diritti fondamentali e capacità di individuare le tendenze evolutive. L'articolazione in parti tematiche consente di valorizzare la varietà degli approcci senza smarrire l'unità del discorso complessivo: le scelte politiche e legislative, l'interpretazione giudiziaria, le dinamiche amministrative vengono lette nella loro interconnessione, al fine di restituire un quadro complessivo del governo delle migrazioni.

Parte I. Verso la procedura di frontiera in Albania?

La prima parte del volume esplora due nodi centrali del recente dibattito giuridico in tema di immigrazione e asilo: l'attuazione del Protocollo Italia-Albania e la controversa qualificazione dei cosiddetti Paesi di origine sicuri. I contributi raccolti nella prima sezione si concentrano sull'accordo bilaterale firmato nel novembre 2023 tra il Governo italiano e quello albanese, destinato a consentire l'istituzione di centri per migranti in territorio albanese, gestiti dall'Italia.

Mario Savino apre la riflessione con l'individuazione di tre profili problematici che emergono dalla legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo: la sua compatibilità con le riserve di legge previste in Costituzione, l'armonizzazione con il Sistema europeo comune di asilo e la sostenibilità amministrativa dell'intero progetto. La disciplina appare lacunosa e pone interrogativi tanto sul piano della legalità quanto su quello dell'effettiva realizzabilità. A questi rilievi si affianca l'analisi di Fatima Zahra el Harch, che prende in esame il giudizio della Corte costituzionale albanese sulla conformità del Protocollo al diritto interno. Pur confermando la legittimità dell'intesa, la Corte offre una motivazione che sembra in contrasto con la *ra-*

tio sostanziale del Protocollo, alimentando perplessità sull'uso crescente di accordi in forma semplificata, che tendono a eludere il controllo parlamentare più che a snellire le procedure.

Il contributo di Elisa Ruozzi sposta l'attenzione sul piano del diritto internazionale, interrogandosi sulla possibilità di qualificare il regime giuridico dei centri albanesi come un "*territorial lease*". Vengono esaminati i potenziali profili di responsabilità dell'Italia e dell'Albania per eventuali violazioni dei diritti umani, con particolare riguardo alle clausole risarcitorie previste dal Protocollo, che attribuiscono rilievo anche alle azioni intentate da soggetti terzi.

Il tema delle garanzie processuali nei confronti dei migranti trattenuti in Albania è oggetto del saggio di Elena Valentini, che denuncia una disciplina incerta e frammentaria, soprattutto per quanto riguarda il ruolo del difensore e l'uso della partecipazione a distanza nei procedimenti giurisdizionali. Ne emerge un quadro in cui le esigenze di efficienza rischiano di compromettere le prerogative difensive fondamentali.

Sempre Mario Savino affronta, in un ulteriore contributo, le novità introdotte dal decreto sulla garanzia finanziaria, che mira a rafforzare le alternative al trattenimento attraverso un sistema più flessibile e proporzionato. Tuttavia, la nuova disciplina – con tempi meno stringenti e maggiore discrezionalità nella determinazione dell'importo – apre a un possibile cortocircuito con i principi costituzionali in materia di libertà personale, rivelando una tensione non risolta tra finalità di controllo e garanzie individuali.

La seconda sezione si concentra invece sulla nozione di "Paesi di origine sicuri" e sui suoi riflessi nei procedimenti accelerati di asilo. Agostina Pirrello offre una prima valutazione critica dell'aggiornamento della lista italiana, evidenziando in particolare l'inclusione controversa di Stati come la Nigeria e la Tunisia. Due le principali criticità: da un lato, l'opacità e l'incoerenza della procedura con cui l'elenco viene stilato; dall'altro, la difficoltà per i richiedenti di superare la presunzione legale di sicurezza davanti al giudice. Il contributo sottolinea come la crescente centralità di questo strumento richieda una riflessione approfondita sulla sua compatibilità con il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva. Giampiero Cassola amplia la prospettiva in chiave comparata con l'esperienza francese, analizzata alla luce della sentenza della CGUE del 4 ottobre 2024. In Francia, la verifica sulla designazione come Paese sicuro è affidata sia alla *Cour nationale du droit d'asile*, che valuta caso per caso, sia al *Conseil d'État*, che esercita un sindacato in astratto sulla legittimità della designazione. Secondo l'Autore, questo doppio livello di controllo potrebbe offrire spunti utili anche per il sistema italiano, ca-

ratterizzato da una minore articolazione e da maggiori incertezze interpretative.

Il ruolo della giurisprudenza italiana viene approfondito nei successivi contributi di Mario Savino, che ricostruisce la dinamica istituzionale innescata dal mancato avvio del progetto di gestione extraterritoriale dei richiedenti asilo. In particolare, la decisione del Tribunale di Roma del 18 ottobre 2024 – che non ha convalidato i trattenimenti in Albania – si inserisce in un conflitto più ampio tra autorità giudiziaria e potere esecutivo sulla procedura di frontiera. Tale procedura, di natura coercitiva, solleva forti dubbi di compatibilità con le garanzie costituzionali poste a tutela della libertà personale, ma è destinata a essere resa obbligatoria dal 2026 con l'entrata in vigore del Nuovo Patto europeo sulla migrazione e l'asilo. Le ordinanze dell'11 novembre 2024 del medesimo Tribunale ampliano ulteriormente la riflessione, sollevando interrogativi sul significato concreto di "Paese terzo sicuro" e sulla legittimità della designazione in assenza di una verifica in concreto. Ne deriva un interrogativo fondamentale: il concetto di sicurezza deve essere valutato in astratto, per la generalità dei cittadini, oppure in relazione alla situazione individuale del richiedente? Il contributo invita a recuperare la distinzione tra il piano legislativo, che opera su base generale, e quello giurisdizionale, che deve invece concentrarsi sul caso concreto.

Proprio su questa distinzione si innesta l'ultimo intervento della sezione, che analizza due pronunce della Corte di Cassazione del dicembre 2024. Le sentenze adottano una posizione innovativa rispetto al prevalente orientamento dei tribunali ordinari, affermando che l'interesse alla coerenza delle politiche migratorie può essere conciliato con la necessità di garantire una tutela effettiva ai diritti del richiedente asilo. La Corte invita a riportare il giudizio del giudice sul terreno della posizione soggettiva dedotta in giudizio, evitando derive che trasformino il procedimento individuale in un sindacato generalizzato sulla legittimità dell'elenco dei Paesi sicuri. In questa prospettiva, la Cassazione sembra indicare una via d'uscita dall'*impasse*: tenere insieme diritti e politiche, senza che l'uno prevalga sistematicamente sull'altro. Resta da vedere se i tribunali ordinari si conformeranno a tale impostazione.

Nel complesso, la prima parte del volume evidenzia come l'equilibrio tra esigenze di controllo migratorio e salvaguardia dei diritti fondamentali sia sempre più difficile da mantenere. L'intreccio tra fonti internazionali, diritto dell'Unione e ordinamenti nazionali rende necessaria una continua attività di interpretazione e adattamento. I contributi offrono strumenti analitici essenziali per orientarsi in una materia in rapido mutamento, restituendo un quadro d'insieme che coniuga rigore giuridico, attenzione critica e consapevolezza istituzionale.

Parte II. Gli strumenti della deterrenza

La seconda parte del volume analizza le principali misure di deterrenza ai movimenti di immigrazione, ponendo l'attenzione su tre ambiti distinti: i respingimenti alla frontiera, la detenzione amministrativa e i provvedimenti di allontanamento fondati su automatismi connessi a situazioni di pericolosità sociale.

Nella prima sezione, dedicata ai respingimenti, Chiara Raucea riflette sull'interpretazione da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE) dell'art. 1D della Convenzione di Ginevra, relativo ai rifugiati palestinesi assistiti dall'United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East (UNRWA). La sentenza *SN & LN* affronta il problema della cessazione della protezione dell'UNRWA nei casi di estremo degrado umanitario, come attualmente accade nella Striscia di Gaza, valutando due momenti: quello in cui i richiedenti protezione hanno lasciato l'area UNRWA e quella di rimpatrio. L'Autrice mette in evidenza dubbi sull'efficacia temporale del test adottato dalla Corte e sulla sua coerenza in riferimento al principio di *non-refoulement*. Francesca Rondine commenta la sentenza della Corte EDU nel caso *H.T. c. Germania e Grecia*, riguardante un respingimento fondato su un accordo amministrativo di riammissione. La pronuncia solleva questioni sulla legittimità di tali accordi, sulla loro compatibilità con la CEDU e sulle implicazioni della "frontierizzazione" del diritto d'asilo all'interno dell'Unione. In questo quadro si inserisce anche l'analisi di Francesca Tassinari, incentrata sulla sentenza *D.G. et al. c. Ministero dell'Interno*, con cui la CGUE si è espressa sui limiti alla trasferibilità dei richiedenti asilo tra Stati membri ai sensi del Regolamento Dublino III. La Corte riconosce il diritto al ricorso in caso di trasferimento non preceduto da un colloquio personale o da un'adeguata informazione, ma conferma la validità della misura anche quando sussista il rischio di *refoulement* indiretto, salvo carenze sistemiche nello Stato di destinazione. L'Autrice, tuttavia, coglie profili di problematicità nei divergenti orientamenti tra Corte di Lussemburgo e Corte di Strasburgo.

La seconda sezione è dedicata alla detenzione amministrativa: dai diversi contributi sul tema emergono le profonde tensioni alle garanzie costituzionali e sovranazionali che tuttora attraversano l'istituto. Lorenzo Bernardini analizza la sentenza n. 212/2023 della Corte costituzionale, che definisce il momento *a quo* per la convalida del trattenimento dei richiedenti già detenuti. L'interpretazione adottata appare eccessivamente formalistica e poco aderente allo spirito dell'art. 13 Costituzione, aprendo scenari problematici anche

rispetto al diritto dell'Unione. Giampiero Cassola, a partire da due ordinanze interlocutorie della Cassazione, discute se il trattenimento nella procedura di frontiera sia da considerarsi frutto di un'attività discrezionale o vincolata. L'interrogativo riguarda la compatibilità della normativa italiana con gli articoli 8 e 9 della direttiva 2013/33/UE e anticipa i possibili effetti del Nuovo Patto su migrazione e asilo. A livello europeo, Miriana Lanotte commenta la condanna dell'Ungheria per inadempimento delle precedenti sentenze della CGUE: una decisione dalla portata esemplare, che ha comportato la più alta sanzione pecuniaria mai imposta e che potrebbe fare giurisprudenza per altri casi futuri. Francesca Rondine, in un secondo contributo, affronta la questione del trattenimento nelle zone di transito ungheresi, con particolare riferimento alla decisione della Corte Edu sul centro di Röske. Applicando la cosiddetta "teoria della prigione con tre pareti", l'Autrice riflette sulla definizione stessa di privazione della libertà ai sensi dell'art. 5 Cedu e sulla valutazione, da parte della Corte, delle effettive possibilità di fuga dei migranti. Sul piano empirico, Giulia Fabini ricostruisce i dati sulla detenzione amministrativa in Italia, evidenziando forti discrepanze tra i diversi CPR sia nei tassi di espulsione sia nella durata del trattenimento. Alcuni centri risultano più funzionali all'effettiva esecuzione del rimpatrio, altri sembrano invece produrre una detenzione fine a se stessa, svuotata di efficacia. Paola Regina ricostruisce il caso del CPR di via Corelli a Milano, oggetto di un'ispezione che ha rivelato condizioni inumane e illeciti gestionali. A partire da questo episodio, l'articolo analizza gli strumenti europei di contrasto alle violazioni dei diritti fondamentali e la condizionalità connessa all'uso dei fondi Ue, tema centrale per la sostenibilità giuridica del sistema dei CPR. Infine osservando la prospettiva del diritto alla salute, Maria Falcone mette in luce le gravi criticità connesse ai modi del trattenimento. Il focus dell'analisi riguarda il momento dell'accertamento dell'idoneità alla permanenza nei CPR da parte delle autorità sanitarie. L'analisi condotta su normativa, atti locali e prassi evidenzia un'applicazione disomogenea e insufficiente a proteggere il diritto alla salute dei migranti trattenuti.

La terza sezione è, infine, dedicata alle misure di espulsione fondate su valutazioni di pericolosità sociale. Simona D'Antonio commenta la pronuncia della Corte costituzionale sul cosiddetto automatismo espulsivo. La Corte ha ribadito la necessità che l'amministrazione operi una valutazione discrezionale, risultato di un bilanciamento, da condurre secondo i canoni della proporzionalità e della ragionevolezza, comparando l'interesse pubblico specifico perseguito, con quello dello straniero a restare sul territorio. Siffatta valutazione discrezionale è sindacabile dal giudice con lo strumento e nei li-

miti dell'eccesso di potere e non con una aprioristica valutazione che si fonda sulla pericolosità dello straniero. Claudio Costanzo si sofferma sulla natura ibrida delle espulsioni per motivi di sicurezza, che si collocano al confine tra misure di prevenzione e strumenti di governo del fenomeno migratorio. L'analisi problematizza la coerenza di tali misure con i principi che regolano le misure di prevenzione rivolte ai cittadini, evidenziando come l'allontanamento degli stranieri possa finire per assumere una funzione sanzionatoria impropria. Luigi Previti chiude la sezione con un commento alla sentenza n. 643/2023 del TAR Emilia-Romagna, che ha annullato la revoca di un permesso di soggiorno per lungo soggiornanti alla luce di fatti sopravvenuti. Il contributo mette in rilievo l'importanza di una valutazione aggiornata e individualizzata nelle decisioni amministrative, in linea con i più recenti sviluppi della giurisprudenza.

L'intera sezione mostra come le misure di deterrenza nei confronti dei migranti, pur formalmente inquadrate in procedure amministrative, pongano rilevanti problemi di coerenza costituzionale, compatibilità europea e proporzionalità nell'uso del potere pubblico. I saggi qui raccolti documentano, con rigore e varietà di approcci, come le incoerenze costituzionali e sovranazionali possano derivare, in alcuni casi, dai singoli istituti che si discostano dalle garanzie previste in materia di libertà personale e di divieto di respingimento; in altri, da interpretazioni giurisprudenziali inadeguate a garantire l'effettiva tutela dei diritti fondamentali. L'analisi sul campo mette inoltre in luce aspetti difficilmente sanzionabili dalle Corti, che evidenziano la necessità di una protezione diffusa dei diritti, affidata a tutti i soggetti che, a vario titolo, entrano in contatto con i "diritti degli altri".

Parte III. Corti e legislatori

Sul versante delle altre novità giurisprudenziali e normative, il 2024 è stato segnato dal dibattito sul ruolo che ha o dovrebbe avere la giurisprudenza internazionale, sovranazionale e nazionale in un periodo di crescente politicizzazione del diritto dell'immigrazione. In particolare, la dottrina si è interrogata sulla portata e i possibili effetti del potere dei giudici di interpretare estensivamente le norme in materia di asilo in un contesto in cui le scelte politiche e legislative tendono a restringere la tutela dei migranti.

In questo quadro, il contributo di Laura Salvadego analizza il caso *Ghadamian c. Svizzera* la Corte EDU, il quale ha stabilito che il rifiuto del permesso di soggiorno da parte della Svizzera e la conseguente decisione di

allontanare il ricorrente verso il Paese di origine sulla base di esigenze di ordine pubblico integrassero una violazione dell'art. 8 CEDU. Coerentemente con la sua giurisprudenza, la Corte ha affermato che gli Stati godono di discrezionalità nel bilanciare le prerogative statali in materia di controllo dei flussi migratori con gli obblighi internazionali in materia di tutela della vita privata e dell'unità familiare. Tale bilanciamento tuttavia deve tener conto delle circostanze concrete. Nel caso di specie, il fattore decisivo per la condanna della Svizzera è stato il lungo periodo di soggiorno del ricorrente nel territorio dello Stato elvetico.

Sul piano internazionale, meritano attenzione altresì gli sviluppi delle indagini del Procuratore della Corte penale internazionale sui crimini di guerra e contro l'umanità commessi nei centri di detenzione per migranti in Libia. Alcuni ordinamenti interni sono privi di strumenti legislativi adeguati a far valere la responsabilità penale di coloro che sono coinvolti nella detenzione e nel traffico illecito di migranti. In Italia, ad esempio, l'assenza di questi strumenti ha mostrato le sue criticità nei procedimenti contro i presunti scafisti coinvolti nel naufragio di Cutro. In quest'ottica, la Corte penale internazionale può svolgere un ruolo fondamentale nel sopperire a tale assenza e far valere la responsabilità degli Autori di gravi violazioni dei diritti umani ai danni dei migranti.

Sul versante della giurisprudenza della CGUE, nel 2024 si segnalano due tendenze: l'elevato numero di rinvii pregiudiziali presentati dalle corti interne su questioni di diritto dell'immigrazione e la crescente sensibilità della CGUE per le prospettive di genere in ambito migratorio. A quest'ultimo proposito, come evidenzia Maria Fiore Angori, nella sentenza relativa al caso *WS e altri c. Bulgaria*, la Corte ha riconosciuto per la prima volta la possibilità di concedere lo *status* di rifugiato alle donne che nel loro Paese di origine sono esposte al rischio concreto di subire violenze fisiche o mentali in ragione della loro appartenenza al genere femminile.

Nel caso *K e L contro Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, Paola Pannia e Valentina Faggiani spiegano che la CGUE ha dato un'interpretazione ancor più estensiva dell'art. 10, paragrafo 1, lettera d), della Direttiva 2011/95 (Direttiva qualifiche) riconoscendo come l'identificazione di una donna nel valore della parità di genere possa costituire un motivo di persecuzione in caso di rimpatrio.

In continuità con le tendenze emerse nei casi *WS* e *K e L*, nel caso *AH e FN* (cause riunite C-608/22 e C-609/22) – analizzato da Silvia Rizzuto Ferruzza – l'Avvocato Generale della CGUE ha ritenuto che a partire dal 2021, anno del ritorno al potere dei talebani in Afghanistan, l'appartenenza al ge-

nere femminile per una donna afghana può di per sé costituire una condizione sufficiente per il riconoscimento dello status di rifugiata, a prescindere dalla situazione personale della richiedente asilo.

Per quanto riguarda la giurisprudenza nazionale, con la sentenza n. 15/2024, esaminata da Angelo Raffaele Salerno, la Corte costituzionale ha spostato l'asse del proprio approccio al rapporto fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea sulle dinamiche relative alle fonti, allontanandosi dall'impostazione che aveva caratterizzato la sua giurisprudenza successiva alla sentenza n. 269/2017.

In tema di accesso degli stranieri alle provvidenze sociali, gli interventi normativi nazionali e regionali hanno evidenziato un contrasto con la giurisprudenza costituzionale consolidata e con l'orientamento della CGUE, finendo per essere considerati come forme di "populismo legislativo".

In ambito penale, la giurisprudenza nazionale ha sottolineato la non punibilità della vittima di tratta per reati connessi alla propria condizione, interpretando l'art. 54 del Codice penale in relazione alla vulnerabilità della vittima, pur rilevando la necessità di meccanismi legislativi specifici per evitare ulteriori "vittimizzazioni".

In materia di soccorsi in mare ad opera di navi private, il contributo di Amina Maneggia evidenzia come, benché la Corte europea dei diritti dell'uomo sostenga la giurisdizione *de jure* dello Stato di bandiera, la Corte di Cassazione, nel caso "Asso 28", abbia affermato che la qualifica di "incaricato di pubblico servizio" del comandante comporta la giurisdizione *de facto* dell'Italia sui naufraghi soccorsi, evidenziando le implicazioni delle norme internazionali sul diritto interno.

Sul versante delle novità legislative, il 2024 ha confermato la centralità del diritto dell'immigrazione quale terreno di sperimentazione di strumenti normativi, tanto a livello europeo quanto nazionale. In particolare, le recenti iniziative dei legislatori si collocano lungo un asse che oscilla tra esigenze di protezione e logiche securitarie, segnando un quadro composito in cui emergono sia innovazioni di rilievo, sia persistenti criticità.

In ambito UE, il primo elemento di novità riguarda l'inedita attivazione della Direttiva 2001/55/CE in materia di protezione temporanea, a seguito dell'invasione russa dell'Ucraina nel 2022. La sua applicazione ha rappresentato un passaggio cruciale, facendo uscire dall'oblio un meccanismo rimasto inattuato per oltre vent'anni. La protezione temporanea ha garantito ai cittadini ucraini una serie di diritti significativi, dallo spostamento sul territorio all'accesso a lavoro e servizi essenziali. Ora che il periodo di vigenza si avvia alla scadenza, l'attenzione del legislatore europeo si concentra sulle prospet-

tive future, tra cui l'eventuale proroga, l'integrazione nei sistemi ordinari di asilo o la creazione di nuovi canali giuridici di protezione, con l'obiettivo di evitare che i beneficiari rimangano privi di uno status stabile.

Sempre sul piano UE, il 23 gennaio 2024 il Parlamento Europeo e il Consiglio hanno raggiunto un accordo politico provvisorio sulla proposta della Commissione per la revisione della Direttiva UE anti-tratta. Il testo, sebbene accolto come un passo in avanti, mostra ancora margini di miglioramento, in particolare per quanto riguarda le misure a tutela delle vittime. La revisione evidenzia, infatti, la volontà di aggiornare uno strumento centrale della politica europea di contrasto al traffico di esseri umani, ma al contempo mette in luce le difficoltà di coniugare l'efficacia repressiva con la garanzia di adeguati standard di protezione per chi subisce lo sfruttamento.

Passando al livello nazionale, il d.l. 11 ottobre 2024, n. 145 (decreto flussi) ha introdotto innovazioni connesse all'accesso al lavoro dei cittadini stranieri. Il decreto mira, da un lato, a semplificare le procedure di accesso e a contrastare la mancata stipula del contratto di soggiorno; dall'altro, introduce modalità di ingresso extra-quote per lavoratori nazionali e strumenti di tutela per le vittime di sfruttamento lavorativo, con l'intento di favorire l'emersione degli illeciti. L'impianto, tuttavia, conserva un'impostazione prevalentemente securitaria e rischia di restare privo di effettività sotto diversi aspetti, rivelando la distanza tra le finalità dichiarate e la concreta operatività.

Un diverso scenario normativo si osserva con riferimento al Regno Unito, dove le procedure di riconoscimento del *settled* e del *pre-settled status* previste dal *Withdrawal Agreement* sollevano non poche criticità. Chiara Prevete illustra come l'*Home Office* gestisca tali procedure in modo negligente, inscrivendosi nella cornice di una politica migratoria "ostile". Ne risulta un rafforzamento del potere esecutivo a discapito di quello giudiziario, con ricadute significative sul diritto amministrativo inglese e sulla tutela effettiva dei cittadini europei residenti.

Sul fronte della protezione legata a fattori ambientali, analizzati da Alice Stevanato, la riflessione giuridica si concentra sui "migranti ambientali". Si delineano tre direttrici di analisi: in primo luogo, l'esame delle possibilità di applicazione del permesso di soggiorno per calamità (art. 20 bis d.lgs. 286/1998) e della protezione umanitaria o speciale; in secondo luogo, l'impatto del d.l. 10 marzo 2023, n. 20 e del decreto interministeriale del 17 marzo 2023 sulla tutela giuridica dei migranti ambientali; infine, il confronto con il contesto internazionale ed europeo, anche alla luce del Nuovo Patto su immigrazione e asilo.

Un ulteriore profilo di rilievo è rappresentato dall'istituto

dell'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza del familiare del minore straniero (art. 31, co. 3, del d.lgs. 286/1998), a tutela dell'interesse superiore del minore e del diritto all'unità familiare. La recente giurisprudenza della Corte di Cassazione contribuisce a stabilire il contenuto e la portata della clausola generale dei "gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore", mediante un bilanciamento tra la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale e la tutela del diritto all'unità familiare.

Infine, le politiche di accesso protetto attraverso i corridoi umanitari per motivi di asilo pongono nuove sfide di legittimità. La selezione dei beneficiari avviene infatti in sede extraterritoriale, prima dell'ingresso nello Stato, sollevando interrogativi sul rischio di arbitrarietà e sulla necessità di criteri chiari e imparziali.

Nel complesso, le iniziative legislative del 2024 evidenziano la costante tensione tra esigenze di gestione dei flussi e tutela effettiva dei diritti, mostrando come il legislatore, tanto europeo quanto nazionale, si trovi di fronte alla sfida di conciliare sicurezza, solidarietà e protezione.

Parte IV. Le tendenze generali

La digitalizzazione costituisce un laboratorio privilegiato per osservare la trasformazione delle procedure migratorie e di asilo. I contributi qui raccolti mettono in luce la duplice natura di tali innovazioni: da un lato, la promessa di maggiore efficienza e semplificazione; dall'altro, il rischio di nuove forme di esclusione e vulnerabilità.

Michela Leggio analizza, in due distinti contributi, tanto l'esperienza del sistema CBP One quanto la progressiva digitalizzazione della funzione conoscitiva pubblica in materia migratoria, evidenziando i limiti e le criticità di strumenti che affidano a piattaforme tecnologiche decisioni altamente discrezionali. Cecilia Manzotti si sofferma invece sul progetto EUAA di software per il riconoscimento linguistico, interrogandosi sulla solidità delle premesse e sulle implicazioni, anche epistemologiche, di un simile approccio. Cristiana Napolitano affronta il tema della gestione dei dati personali nelle procedure di ingresso, sottolineando la difficile ricerca di un equilibrio tra sicurezza e diritti fondamentali.

Il contributo di Francesca Tassinari ripercorre l'evoluzione di Eurodac e dei sistemi di interoperabilità, mostrando come la circolazione dei dati tra banche dati europee possa incidere in profondità sui diritti dei richiedenti, anche in vista dei programmi di reinsediamento. Lorenza Tomassi amplia la

prospettiva, interrogandosi sul rischio che la digitalizzazione della pubblica amministrazione possa tradursi in una nuova barriera di accesso per gli stranieri ai servizi di welfare, con un ruolo sempre più rilevante del terzo settore nel colmare le lacune. Infine, Zoranko Vasilkov indaga l'impiego dell'intelligenza artificiale nel controllo delle frontiere, illustrando le potenzialità ma anche i pericoli di un modello in cui l'automazione tende a spostare le decisioni fuori dall'ambito del controllo democratico.

Accanto alla digitalizzazione, il volume esplora ulteriori linee di sviluppo che aiutano a collocare le trasformazioni attuali entro orizzonti più ampi.

Filippo Rossi e Lorenzo Pacinotti offrono due chiavi di lettura storiche: il primo rintraccia le costanti giuridiche che hanno plasmato il "governo" delle migrazioni; il secondo riflette sul passaggio dalla cittadinanza sociale alla centralità della persona umana come categoria ordinante. Natalia Panou mette in luce i paradossi insiti nella ricorrente retorica europea dell'"emergenza migratoria", mentre Maria Ludovica Gualtieri richiama la tradizione arabo-islamica per mostrare come la protezione dello straniero abbia radici giuridiche più antiche e trasversali.

Giuseppe Terranova affronta la questione dal punto di vista demografico, ricostruendo il cambiamento della geografia della popolazione dal Marocco al più ampio cd. Global South. Maria Vittoria Forte concentra, infine, l'attenzione sul ruolo dell'Italia nella gestione dei flussi dalla Libia, oscillante tra pratiche di blocco indiscriminato e aperture selettive tramite corridoi umanitari, esemplificando le ambivalenze delle politiche migratorie contemporanee.

Tra riforme europee e sfide interne

Le parti che compongono questo volume mostrano come il diritto dell'immigrazione viva oggi una stagione di transizione: l'adozione del Nuovo Patto europeo su migrazione e asilo segna un punto di svolta, destinato a incidere in profondità sugli ordinamenti nazionali e a rimodellare gli equilibri tra garanzie individuali e logiche di controllo. L'entrata in vigore delle nuove norme sulle procedure di asilo, l'uso più esteso della detenzione amministrativa e l'introduzione di criteri omogenei per la qualificazione dei Paesi sicuri rappresentano soltanto alcune delle novità che porranno i giudici, le amministrazioni e la dottrina di fronte a questioni inedite.

Parallelamente, sul piano interno, si accentuano due linee di tendenza: da un lato, il ricorso crescente a strumenti normativi emergenziali e a forme di

legislazione securitaria; dall'altro, l'attivismo giudiziario volto a garantire un nucleo incompressibile di diritti. Ne emerge un diritto in movimento, in cui la certezza delle regole convive con l'incertezza delle loro applicazioni e interpretazioni.

Queste dinamiche non si esauriscono nei confini nazionali o dell'Unione europea. Gli sviluppi in materia di protezione internazionale, i rapporti con Paesi terzi, il ruolo delle organizzazioni internazionali e la crescente attenzione al nesso tra migrazioni e cambiamenti climatici dimostrano la dimensione globale della sfida.

In questa prospettiva, l'Annuario intende registrare quanto accaduto, ma anche offrire strumenti per interpretare le trasformazioni in corso e per contribuire a orientare i futuri sviluppi. La molteplicità di voci raccolte nel volume è, in questo senso, la testimonianza di una comunità scientifica plurale, aperta al dialogo e capace di analizzare le decisioni del legislatore e delle corti riaffermando la funzione critica e costruttiva della ricerca giuridica.

Buona lettura!

Le Curatrici/I Curatori

PARTE I

VERSO LA PROCEDURA DI FRONTIERA IN ALBANIA?

IL PROTOCOLLO ITALIA-ALBANIA E LA SUA ATTUAZIONE

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

Mario Savino*

SOMMARIO: 1. Una extraterritorialità “giuridicamente neutra”? – 2. Una disciplina legislativa carente. – 3. I costi dell’estraneità al Sistema comune europeo di asilo (SECA). – 4. Il rischio di fallimento amministrativo – 5. Conclusioni.

1. *Una extraterritorialità “giuridicamente neutra”?*

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

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

* Professore ordinario, Università della Tuscia.

¹ *Memorandum of Understanding between the Government of the United Kingdom and the Government of the Republic of Rwanda for the provision of an asylum partnership arrangement* (14 April 2022), disponibile qui: <https://www.gov.uk/government/publications/memorandum-of-understanding-mou-between-the-uk-and-rwanda>.

² La pronuncia è disponibile qui: https://assets.caselaw.nationalarchives.gov.uk/uksc/2023/42/uksc_2023_42.pdf. Per un commento, si v. V. MITSILEGAS, *The Supreme Court rules the UK-Rwanda policy unlawful*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 21 November 2023.

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

Le parti dell'accordo sono entrambe impegnate nel processo di ratifica. Sul versante albanese, dopo aver sospeso l'accordo per ragioni procedurali, la Corte costituzionale ha rigettato, con pronuncia del 29 gennaio 2024, i ricorsi di legittimità presentati in via preventiva dai parlamentari dell'opposizione, spianando la strada alla ratifica parlamentare³. Sul versante italiano, il 24 gennaio la Camera dei deputati ha approvato il disegno di legge di “ratifica ed esecuzione” del Protocollo tra l'Italia e l'Albania⁴, ora all'esame del Senato, e destinato a essere approvato senza modifiche.

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

2. Una disciplina legislativa carente

Nell'impostazione del d.d.l., le esigenze di coordinamento normativo sono risolte attraverso un rinvio generale ai principali atti legislativi in tema di immigrazione e di asilo e alla «*disciplina italiana ed europea concernente i re-*

³ Si v. F.Z. EL HARCH, Il Protocollo Italia-Albania al vaglio della Corte costituzionale albanese, in ADiM Blog, Osservatorio della giurisprudenza, gennaio 2024.

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

quisiti e le procedure relativi all'ammissione e alla permanenza degli stranieri nel territorio nazionale» (art. 4, c. 1). Questa scelta minimalista determina lacune legislative che attengono a tre profili principali: le procedure amministrative applicabili ai migranti nei siti albanesi (§ 1.1); il diritto di difesa (§ 1.2); il trasferimento in Italia dei migranti non trattenibili in Albania (§ 1.3).

2.1. *Sulle procedure applicabili*

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

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

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

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

2.2. *Sul diritto di difesa*

Anche in riferimento al diritto di difesa, il d.d.l. detta una disciplina scarna, racchiusa nei commi 3-5 dell'art. 4. Per un verso, vi si stabilisce che il migrante partecipi a distanza all'udienza che lo riguarda (e conferisca nel medesimo modo, salvo eccezioni, con il proprio difensore), con inversione della regola processuale ordinaria (art. 133-*bis* c.p.p.). Per altro verso, si rimette al responsabile italiano di ciascuna area il compito di adottare «le misure necessarie a garantire il tempestivo e pieno esercizio del diritto di difesa dello straniero» (art. 4, c. 3). Si «amministrativizza», così, un diritto fondamentale, rimettendo all'autonoma valutazione di un funzionario scelte che incidono su diritti fondamentali, senza la predeterminazione di criteri e opzioni da parte della legge.

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

2.3. *Sui trasferimenti dall'Albania*

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

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

Nessuna norma individua le ipotesi di trasferimento in Italia, riconducibili almeno ai seguenti casi: *i*) minori non accompagnati, donne in gravidanza e altri soggetti vulnerabili, non sottoponibili a trattenimento; *b*) richiedenti asilo non sottoponibili alla procedura di frontiera; *c*) richiedenti ai quali sia riconosciuta la protezione internazionale o comunque da trasferire per decorso infruttuoso del termine della procedura di frontiera (attualmente, di 28 giorni); *d*) migranti trattenuti a fini di rimpatrio, nei casi di mancata convalida, rigetto della proroga o raggiungimento del termine massimo. Tutte queste ipotesi di trasferimento, implicando l'esercizio di poteri amministrativi (ablatori ma anche coercitivi), richiederebbero una disciplina legislativa che non è ricavabile, neppure in via interpretativa, da altre norme.

Analogo rilievo vale per l'innovazione prospettata dal viceministro Cirielli⁶: l'ipotesi allo studio, già «avallata anche dalla Commissione europea», consisterebbe nell'introdurre, dopo il soccorso in alto mare, uno «screening preventivo da esperire a bordo di strutture idonee in mare», al fine di «escludere che coloro che presentino vulnerabilità siano condotti in Albania». Costoro resterebbero «a bordo delle navi che hanno effettuato il soccorso per essere condotti in Italia», con l'obiettivo di «alleviare l'impatto delle attività sui soggetti fragili, riducendo il numero di stranieri da trasportare in Italia in un momento successivo» rispetto alla procedura ordinaria di *screening* nel punto di crisi albanese. Quest'ultima procedura, d'altro canto, resterebbe ferma, per «effettuare eventuali, ulteriori valutazioni di condizioni di vulnerabilità» dei migranti sbarcati in Albania.

A livello internazionale, vi è concordia nel ritenere che un vero e proprio esame delle richieste di asilo a bordo delle navi sarebbe inappropriato, per l'oggettiva difficoltà di assicurare garanzie necessarie e la presenza a bordo di interpreti, consulenti giuridici e personale formato per condurre colloqui individuali dalla presenza⁷. Tuttavia, una attività di pre-selezione a bordo, seguita da un esame formale della domanda di protezione dopo lo sbarco, appare compatibile con il quadro normativo vigente, nazionale ed europeo⁸. L'art. 1, c. 2-*bis*, lett. b) del d.l. n. 130/2020 (come modificato dal d.l. n.

⁶ V. *supra*, nota n. 5.

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

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

1/2023) già assegna alle navi di soccorso private – ma soltanto ad esse – un compito assimilabile, disponendo che esse «avvi[ino] tempestivamente iniziative volte a informare le persone prese a bordo della possibilità di richiedere la protezione internazionale e, in caso di interesse, [raccolgano] i dati rilevanti da mettere a disposizione delle autorità». La condizione è che l'attività di screening preventivo a bordo delle navi italiane sia regolata da una legge che prescriva le garanzie necessarie e la presenza del personale qualificato. Le modalità e i tempi di sbarco dovrebbero, infine, tener conto della esigenza di tutelare i bisogni delle persone vulnerabili individuate⁹.

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

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

Questa limitazione non può essere motivata dall'intento di evitare tensioni con il principio di *non refoulement*. Anche quando il salvataggio avviene in acque internazionali, ciò non basta a escludere l'operatività del principio, in quanto le navi italiane sono comunque considerate «territorio italiano» (art. 4 cod. nav.; v. anche art. 94 UNCLOS). Ne consegue la piena applicabilità del *non refoulement*, imposto comunque dalla CEDU e dalle norme italiane. Ma tale principio, anche nella sua accezione più ampia di obbligo di esame individuale¹⁰, non sembra assumere, nella fattispecie, un rilievo specifico: la giurisdizione italiana sui siti albanesi comporta, infatti, che le autorità italiane restino le sole responsabili tanto dell'allontanamento dei migranti verso Paesi terzi sicuri (tra i quali, peraltro, rientra la stessa Albania), quanto dell'esame individuale della loro posizione migratoria.

⁹ V., ad es., OHCHR, *Lethal Disregard: Search and rescue and the protection of migrants in the central Mediterranean Sea*, 30 May 2021, p. 29.

¹⁰ Per tutti, F.L. GATTA, *Il divieto di espulsione collettiva di stranieri nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, 2023.

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

L'intenzione di preservare l'integrità extraterritoriale della fattispecie serve, appunto, a escludere l'applicazione extraterritoriale del diritto UE e, in particolare, conflitti con l'impostazione rigidamente territoriale del SECA, che si applica inderogabilmente a chi chieda asilo nel territorio UE. L'art. 9 della dir. UE 32/2013 riconosce ai migranti il "diritto di rimanere" nel territorio dello Stato membro in cui abbiano presentato domanda di protezione internazionale¹¹.

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

Né il diritto UE sembra frapporre ostacoli. In base all'art. 3, par. 2, TFUE, l'Unione ha una competenza esclusiva a concludere accordi internazionali soltanto quando «tale conclusione è prevista in un atto legislativo dell'Unione o è necessaria per consentirle di esercitare le sue competenze a livello interno o nella misura in cui può incidere su norme comuni o modificarne la portata», o, comunque, quando serva a scongiurare il rischio di interferenze, anche potenziali, con il funzionamento delle norme comuni UE¹². Nel caso in esame, il diritto UE non regola l'applicazione extraterritoriale delle norme sull'asilo. La disciplina di questo aspetto rientra, perciò, nella competenza residuale degli Stati membri, i quali possono «esaminare le domande di asilo al di fuori del proprio territorio, applicando il proprio diritto, incluso quello da essi adottato in attuazione del diritto UE», a un'unica condizione: che l'applicazione extraterritoriale del diritto UE non ostacoli

¹¹ Sulle implicazioni che ne derivano, ai fini dell'attuazione del Protocollo, v. *amplius* M. SAVINO, F.V. VIRZI, *Il protocollo tra Italia e Albania in materia migratoria: prime riflessioni sui profili dell'extraterritorialità*, in *ADiM Blog*, Editoriale, novembre 2023, spec. § 3.

¹² CGUE, sentenza 2 giugno 2005, causa C-266/03, e sentenza 8 settembre 2020, causa C-265/19.

l'applicazione interna e sia ad esso conforme, «il che di nuovo ci porta ad affermare che vi deve essere coincidenza [tra] il diritto applicato in Albania e quello applicato in Italia»¹³.

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

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

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

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

¹³ V. l'audizione informale della prof.ssa Chiara Favilli alle Commissioni riunite Affari costituzionali e Affari esteri della Camera dei deputati 9 gennaio 2024, disponibile qui: <https://documenti.camera.it/leg19/documentiAcquisiti/COM01/Audizioni/leg19.com01.Audizioni.Memoria.PUBBLICO.ideGes.26889.11-01-2024-11-46-29.403.pdf>.

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

4. *Il rischio di fallimento amministrativo*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Infine, la scelta di trattenere in Albania migranti in concreto non espellibili potrebbe produrre un "effetto *boomerang*": allo spirare del termine di

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

5. Conclusioni

La scarsa disciplina legislativa di ratifica del Protocollo con l'Albania non si fa carico di regolare numerosi aspetti che toccano la condizione giuridica dei migranti e i loro diritti fondamentali. La maggioranza parlamentare – ignorando le raccomandazioni degli esperti auditi¹⁴ – sembra, così, disattendere l'obiettivo dichiarato di realizzare una extraterritorialità giuridicamente "neutra", che assicuri eguali tutele ai migranti in Albania. Questa scelta, se non sarà corretta, alimenterà il contenzioso costituzionale e finirà per rimettere agli apparati ministeriali l'improprio compito di individuare, mediante circolari, le norme applicabili e le prassi amministrative da seguire, al di fuori di una chiara cornice legislativa che tuteli le libertà primarie in gioco.

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

¹⁴ La registrazione integrale delle audizioni è disponibile al seguente link: <https://webtv.camera.it/evento/24210>.

IL PROTOCOLLO ITALIA-ALBANIA AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE ALBANESE

Fatima Zahra El Harch*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'intervento della Corte costituzionale albanese. – 2.1 La tentata via dell'informalità. – 3. La decisione della Corte. – 3.1 Quale giurisdizione sulle strutture istituite in Albania? – 3.2 Quali diritti in regime di extraterritorialità?

1. *Introduzione*

A dicembre del 2023, la Corte costituzionale dell'Albania è stata chiamata a esprimersi in merito al tentativo inedito di gestione extraterritoriale dei migranti concordato tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania con il Protocollo per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, firmato a Roma il 6 novembre 2023¹.

La questione sottoposta alla Corte è sorta nell'ambito di un conflitto di attribuzione promosso da 28 deputati dell'area "Rifondazione" del Partito Democratico albanese (PD), guidata dall'ex Presidente del Consiglio dei mi-

* Dottoranda in Studi giuridici comparati ed europei, Università di Trento.

¹ Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, disponibile qui: <https://i2.res.24o.it/pdf2010/S24/Documenti/2024/11/14/AllegatiPDF/PROTOCOLLO-ITALIA-ALBANIA-in-materia-migratoria%20GRIGIO.pdf>. Sull'accordo, cfr. E. CELORIA, A. DE LEO, *Il protocollo Italia-Albania e il diritto dell'Unione europea: una relazione complicata*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2024; A. De Leo, *On the incompatibility of the Italy-Albania protocol with EU Asylum Law*, in *SIDIBlog*, 15 novembre 2023; A. SPAGNOLO, *Sull'illegittimità del protocollo Italia-Albania in materia migratoria*, in *SIDIBlog*, 9 novembre 2023; G. GRATTAROLA, *Il disegno di legge di autorizzazione alla ratifica del protocollo italia-albania: profili di (in)compatibilità con il diritto dell'unione europea*, in *Sidiblog*, 13 febbraio 2024; L. MASERA, *Il Disegno di legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo tra Italia ed Albania in materia di immigrazione: analisi del progetto e questioni di legittimità*, in *Sistema Penale*, 28 dicembre 2023. Relativamente all'iter albanese che ha portato alla conclusione dell'accordo si rimanda a D. VESHI, E. KOKA, K. HAXHIA, *Comments on the albanian constitutional court v2-24: is the italy-albanian protocol regarding irregular migration constitutional?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2/2024.

nistri Sali Berisha, e due deputati del Partito della Libertà dell'ex Presidente della Repubblica Ilir Meta. Più precisamente, la questione è stata sollevata ai sensi dell'art. 131 della Costituzione, che stabilisce un vaglio preventivo della Corte sulla compatibilità dei trattati internazionali con i dettami della Carta costituzionale.

I membri dell'opposizione hanno denunciato il mancato rispetto, da parte del Consiglio dei ministri, della procedura di negoziazione e firma prevista dall'art. 121, paragrafo 1, lettere a) e b) della Costituzione², il quale prevede che la ratifica e la denuncia degli accordi internazionali della Repubblica d'Albania si effettuino con legge nei casi in cui i trattati abbiano ad oggetto: a) il territorio, la pace, le alleanze, le materie politiche e militari; b) i diritti e le libertà dell'uomo, i doveri dei cittadini, come previsti dalla Costituzione; c) l'adesione della Repubblica d'Albania alle organizzazioni internazionali; d) l'assunzione di obblighi finanziari dalla parte della Repubblica albanese; e) l'approvazione, la modifica, l'integrazione o l'abrogazione delle leggi.

I deputati dell'opposizione, inquadrando il nuovo accordo di cooperazione tra Italia e Albania nei trattati che hanno ad oggetto il territorio dello Stato e i diritti e le libertà dell'uomo, hanno quindi ritenuto che la sua negoziazione e la relativa ratifica dovessero essere preventivamente autorizzate dal Presidente della Repubblica, al quale l'art. 92 della Costituzione riconosce il potere di concludere i trattati internazionali secondo legge. I ricorrenti evidenziano infatti che il Governo ha manifestato il proprio consenso alla creazione, in territorio albanese, di zone sottoposte alla giurisdizione dello Stato italiano senza tuttavia essere stato autorizzato in tal senso dal Presidente della Repubblica.

Com'è noto, in base a questo Protocollo - di durata quinquennale, rinnovabile tacitamente per un ulteriore periodo di 5 anni - il Governo albanese si impegna a concedere all'Italia l'utilizzo, a titolo gratuito, di due aree del territorio albanese per l'istituzione di altrettanti centri dedicati alle procedure di ingresso e all'accertamento dei presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale e per il rimpatrio dei migranti non aventi diritto all'ingresso e alla permanenza nel territorio italiano. Tali strutture, destinate ad accogliere al massimo 3.000 persone alla volta, saranno «gestite dalle competenti autorità del Governo italiano secondo la pertinente normativa italiana ed europea» (art. 4, c. 1) e le eventuali controversie sorte tra «le sud-

² Costituzione della Repubblica albanese, disponibile qui in una versione (non ufficiale) tradotta in italiano e aggiornata a gennaio 2022: <https://giurcost.org/contents/giurcost//links/CostituzioneAlbania.pdf>.

dette autorità e i migranti accolti nelle suddette strutture sono sottoposte esclusivamente alla giurisdizione italiana» (art. 4, c. 2).

Oltre alla cessione temporanea all'Italia della sovranità territoriale su un'area del porto di Shëngjin e dell'area di Gjadër, i ricorrenti lamentano che anche alla luce dei diritti umani e diritti fondamentali dei migranti implicati nell'accordo, la negoziazione e la firma del Protocollo avrebbe dovuto essere autorizzata dal Presidente della Repubblica.

Alla luce delle suddette eccezioni di incostituzionalità e all'avvio, da parte del Governo, delle procedure di ratifica parlamentare accelerata, in origine calendarizzata per il 14 dicembre 2023, i ricorrenti, con ulteriori richieste successive al deposito dei ricorsi, domandavano altresì la sospensione dell'esame e delle votazioni della legge di ratifica.

2. *L'intervento della Corte costituzionale albanese*

In questo contesto si inseriscono le decisioni della Corte costituzionale dell'Albania di sospendere, preventivamente, le procedure parlamentari di ratifica e di riconoscere infine la legittimità costituzionale del Protocollo.

L'11 dicembre, dopo un breve esame preliminare, una sezione della Corte composta da tre giudici ha ritenuto di trasmettere i ricorsi all'adunanza dei giudici. In questa sede, considerati soddisfatti i criteri di ammissibilità, il 13 dicembre i giudici hanno deciso di trasferire la causa in udienza plenaria in camera di consiglio. In base all'art. 52, co. 3, della legge albanese 8577/2000 che disciplina il funzionamento della Corte, tale decisione, ossia il trasferimento della causa in udienza plenaria, ha sospeso le procedure di ratifica sino alla decisione ultima della Corte costituzionale pervenuta il 29 gennaio 2023³.

In tale data, con cinque voti a favore e quattro contrari, la Corte ha dichiarato la legittimità costituzionale del Protocollo. Respingendo il ricorso dei 30 deputati dell'opposizione, la Corte ha precisato, come riportato dai quotidiani nazionali, che «il Protocollo non stabilisce i confini territoriali né altera l'integrità territoriale della Repubblica d'Albania, pertanto non costituisce un accordo relativo al territorio dal punto di vista fisico». La Corte avrebbe quindi constatato che «per i diritti e le libertà umane opera una giu-

³ Cfr. comunicato stampa Corte costituzionale albanese: https://giurcost.org/contents/giurcost//casi_scelti/AlteCortistraniere/Cortecostituzionalealbanese.pdf.

risdizione duplice, il che significa che la giurisdizione italiana nelle due zone in questione non esclude la giurisdizione albanese». La Corte ha valutato che nelle due aree del territorio albanese concesse gratuitamente all'Italia «si applica il diritto albanese, oltre al diritto italiano». Il Protocollo, specifica infine la Corte, «non crea nuovi diritti e libertà costituzionali e non impone restrizioni aggiuntive ai diritti e alle libertà umane esistenti, al di là di quanto previsto dall'ordinamento giuridico albanese». Relativamente al potere dell'esecutivo di negoziare e firmare il Protocollo in assenza dell'autorizzazione del Presidente della Repubblica, la Corte ha ritenuto che il Trattato di amicizia e cooperazione tra la Repubblica d'Albania e la Repubblica italiana del 1995 costituisce un accordo quadro internazionale che, ai sensi dell'articolo 180 della Costituzione, si considera ratificato nel rispetto delle previsioni della Costituzione, rappresentando così una base giuridica alla negoziazione e firma del Protocollo da parte del Primo Ministro albanese.

2.1. *La tentata via dell'informalità*

Il caso in commento è esplicativo delle pratiche sviluppatesi con la crisi migratoria del 2015. Originariamente concepito come un accordo in forma semplificata che sarebbe entrato in vigore «alla data concordata tra le parti con successivo scambio di note» (art. 13, c. 1), il Protocollo si inserisce infatti nella lista di accordi conclusi dall'Italia e dall'Unione europea in forma ipersemplificata⁴, non rispettando le procedure volte ad assicurare all'atto una efficacia giuridicamente vincolante. Questi accordi, sostenuti a livello politico e (soprattutto) finanziario anche dall'Ue, hanno giocato un ruolo importante nella carenza di democraticità delle decisioni degli Stati e dell'Ue in materia estera. Tale carenza sembrava ridursi con i processi di costituzionalizzazione e democratizzazione, ma con il filone dell'informalità sembra destinata ad aumentare⁵.

Questo fenomeno di de-formalizzazione, divenuto particolarmente evidente nella gestione delle crisi migratorie – in particolare con le politiche di rimpatrio e riammissione degli Stati membri e dell'Unione europea – porta con sé implicazioni non indifferenti su un'ampia gamma di diritti fonamen-

⁴ A. ALGOSTINO, *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017.

⁵ A. J. GOLIA, *La fortezza che resiste: potere estero, conflitto di attribuzione e prescrittività costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2019.

tali, tra cui il diritto di asilo, il principio di non respingimento e il diritto alla vita familiare dei rimpatriati che vengono sottratte al controllo dei parlamenti e in generale dell'opinione pubblica. Difatti, la scelta di accordarsi per vie informali, *considerata una valida alternativa che permette di ottenere risultati rapidi ed efficaci, viene solitamente assunta da organi esecutivi che agiscono al di fuori di procedure e forme predeterminate dalla Costituzione (per gli Stati) o dai Trattati (per l'Unione)*⁶. Non è quindi un caso che l'accordo tra il governo italiano e quello albanese sia stato siglato nell'ottobre del 2023, anno che ha segnato l'aumento vertiginoso di arrivi sulle coste italiane⁷, che in Albania esso sia stato sottratto al normale iter di negoziazione e firma e che in Italia, in un primo momento, esso sia stato sottratto all'iter costituzionalmente previsto per la ratifica e successiva entrata in vigore.

Difatti, se in Albania il Governo ha scelto di negoziare e firmare il trattato senza la previa autorizzazione del Presidente della Repubblica, in Italia il governo ha optato, almeno inizialmente, per un'attuazione del protocollo senza l'autorizzazione alla ratifica da parte delle Camere. Nonostante la Carta costituzionale italiana preveda all'art. 80 Cost. che «le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi», il Governo italiano aveva deciso di non sottoporre il Protocollo – che, lo ricordiamo, prevede diversi capitoli di spesa per la costruzione, la gestione e l'amministrazione dei centri di detenzione - alla ratifica delle Camere in quanto, secondo il Ministro per i Rapporti con il Parlamento «c'è già un accordo internazionale che regola la materia⁸».

⁶ Sul punto cfr., tra gli altri, P. J. CARDELL, R. DICKSON, *Formal informality in EU external migration governance: the case of mobility partnerships*, in *Journal of ethnic and migration studies*, Vol. 49, n. 12, 2023; M. GATTI, *The Right to Transparency in the External Dimension of the EU Migration Policy: Past and Future Secrets*, in E. KASSOTTI, N. IDRIZ (a cura di), *The Informalisation of the EU's External Action in the Field of Migration and Asylum*, Springer, 2022, pp. 97-116; J. S. VARA, *Soft international agreements on migration cooperation with third countries. A challenge to democratic and judicial controls in EU*, in S. CARRERA, J. S. VARA, T. STRIK (a cura di), *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis*, 2019, pp. 21-38.

⁷ Nel 2023, via mare sono arrivate 157.652 persone, come riportano i dati ministeriali qui disponibili: http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/cruscotto_statistico_giornaliero_31-12-2023.pdf.

⁸ Dichiarazione del Ministero degli Esteri, Antonio Tajani: <https://www.agi.it/politica/news/2023-11-06/italia-albania-accordo-gestione-migranti-23841053/>.

La tesi sostenuta dal Governo italiano, nei fatti superata dalla presentazione del disegno di legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo alle Camere, è la stessa sposata dalla Corte costituzionale albanese. Tuttavia, tale decisione è poco condivisibile in quanto il Trattato di Amicizia e Collaborazione tra la Repubblica italiana e la Repubblica di Albania⁹ tratteggia molto generalmente obblighi di cooperazione in settori che vanno dall'ambiente alla cultura; prevedendo in tema di gestione dei fenomeni migratori un altrettanto generico accordo che regoli l'accesso dei cittadini dei due paesi nel mercato del lavoro stagionale, la formazione di gruppi congiunti di lavoro e l'impegno, sempre generico, di Italia e Albania, di cooperare nella risoluzione del problema relativo al rilascio dei visti. Né potrebbe essere condivisibile la tesi secondo cui il protocollo è stato concluso nel quadro dell'impegno, assunto nelle note di accompagnamento al Trattato di amicizia, a concludere un accordo organico volto a contrastare l'immigrazione clandestina e a regolare l'accesso dei cittadini (albanesi) al mercato del lavoro. Il Protocollo del 2023, difatti, non prevede nulla in materia di lavoro¹⁰.

Ciò premesso, è il caso di sottolineare come i ricorsi dell'opposizione, basati su un istituto di controllo preliminare che costituisce un efficace contropotere nei confronti del Governo e che permette di porre da subito rimedio a eventuali violazioni dei diritti fondamentali, sono indubbiamente apprezzabile. L'opposizione ha difatti tentato di infrangere la linea di informalità che negli anni ha portato al depauperamento delle prerogative dei parlamenti in materia di relazioni internazionali.

3. *La decisione della Corte*

Venendo al merito della causa, annunciato con un comunicato stampa il 29 gennaio (pubblicato nella sola lingua albanese), la Corte avrebbe ritenuto che il Protocollo non precluda l'applicazione della giurisdizione albanese all'interno delle aree concesse all'Italia, riconoscendo una doppia tutela giurisdizionale ai diritti e alle libertà dei migranti che saranno trattenuti nei centri da istituirsi in Albania. In ragione di tale considerazione, la Corte ha deci-

⁹ Trattato Amicizia e Collaborazione tra la Repubblica italiana e la Repubblica di Albania del 13 ottobre 2015, disponibile al seguente indirizzo: <https://itra.esteri.it/Search/Allegati/40962>.

¹⁰ Così A. SPAGNOLO, *Sull'illegittimità del protocollo Italia-Albania in materia migratoria*, op cit.

so di non accogliere la richiesta, avanzata dai ricorrenti, di un parere consultivo alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

In sostanza, la Corte costituzionale albanese avrebbe concluso che il Protocollo non modifica l'integrità territoriale dell'Albania, riconoscendo una doppia giurisdizione sulle aree di cui al Protocollo, e che non ravvisa nuovi diritti e libertà, né comporta ulteriori restrizioni ai diritti e libertà esistenti, oltre a quelle previste dall'ordinamento giuridico albanese.

3.1. *Quale giurisdizione sulle strutture istituite in Albania?*

Quanto al primo profilo, ossia alla doppia giurisdizione italiana e albanese sulle aree di cui al Protocollo, permane qualche dubbio. Difatti, quanto statuito dalla Corte potrebbe contrastare con la *ratio* stessa del Protocollo, che - come evidenziato da più voci - si differenzia dai precedenti accordi in materia di immigrazione presenti sul panorama europeo, e in particolare dall'accordo concluso tra UK e Rwanda, proprio per la creazione di un regime di extraterritorialità che non prevede il trasferimento della responsabilità dell'Italia sui migranti all'Albania¹¹.

Si rileva infatti come all'art. 6 del Protocollo è previsto che le autorità albanesi assicurano il mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblica nel perimetro esterno alle Aree, mentre per accedere all'interno di queste devono ottenere l'autorizzazione dall'Italia. La decisione della Corte albanese sembrerebbe inoltre confliggere anche con la legge di ratifica del Protocollo, approvato il 24 gennaio dalla Camera dei deputati e il 21 febbraio dal Senato della Repubblica. L'articolo 4, co. 1, precisa infatti che ai migranti che saranno detenuti in Albania si **applica la disciplina italiana ed europea concernente i requisiti e le procedure relativi all'ammissione e alla permanenza degli stranieri nel territorio nazionale**, tra cui il decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, il decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, il decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e il decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142, e successive modificazioni. Tuttavia, uno spiraglio per l'esercizio della giurisdizione albanese sulle suddette aree è aperto dal comma 6 del medesimo articolo che stabilisce, in **deroga all'art. 10 c.p., che lo straniero sottoposto alle procedure di rimpatrio che commette un delitto all'interno delle aree concesse all'Italia è punito secondo la legge italiana**, salvo che il fatto sia commesso in danno di un cittadino albanese o dello Stato albanese.

¹¹ M. SAVINO, F.V. VIRZÌ, *Il protocollo tra Italia e Albania in materia migratoria: prime riflessioni sui profili dell'extraterritorialità*, in ADiM Blog, Editoriale, novembre 2023.

È, quindi, sicuramente indubbio che il Protocollo «non altera l'integrità territoriale della repubblica d'Albania», ma non è del tutto chiaro come lo Stato albanese possa esercitare appieno la propria giurisdizione relativamente ad aree chiuse dove i suoi funzionari e le sue autorità non possono accedere senza l'autorizzazione di quelle italiane.

3.2. *Quali diritti nell'extraterritorialità?*

Altrettanto controverso è l'assunto secondo cui il protocollo non implica ulteriori restrizioni ai diritti e libertà esistenti, oltre a quelle previste dall'ordinamento giuridico albanese. Va evidenziato infatti che se l'applicazione della giurisdizione italiana sulle aree situate nel territorio albanese implica l'accesso a garanzie procedurali e al diritto d'asilo in conformità alle leggi italiane ed europee, emerge chiaramente che la collocazione extraterritoriale dei centri potrebbe non assicurare un adeguato diritto all'assistenza legale e alla difesa, come sancito dall'articolo 24 della Costituzione¹².

Infine, si evidenzia come nel modello del protocollo la detenzione è l'unica opzione considerata sia per individui considerati trattenibili (ossia migranti che non abbiano manifestato la volontà di richiedere l'asilo o che, pur avendo manifestato una volontà in tal senso, siano considerati pericolosi o provengano da Paesi terzi sicuri), sia per migranti non trattenibili (quali minori non accompagnati, soggetti vulnerabili e richiedenti asilo a cui non si potrebbe applicare la procedura di frontiera). Questo approccio, rendendo la detenzione non più l'ultima risorsa - come richiesto dalla normativa europea, ma la sola misura concretamente applicabile, comprime indubbiamente i diritti degli individui che saranno interessati dall'applicazione del Protocollo.

¹² Sul punto cfr. M. SAVINO, *Nota sul d.d.l. di ratifica dell'Accordo Italia-Albania (A.C. 1620)*.

IL PROTOCOLLO FRA ITALIA E ALBANIA
COME FONDAMENTO DI UN REGIME DI *TERRITORIAL LEASE*:
ALCUNE RIFLESSIONI
IN TEMA DI RESPONSABILITÀ INTERNAZIONALE

Elisa Ruozzi*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il regime giuridico istituito dal Protocollo: extra-territorialità o “territorial lease”? – 3. Il *territorial lease* come fondamento di una responsabilità condivisa degli Stati. – 4. Nota conclusiva.

1. *Introduzione*

Il Protocollo sottoscritto da Italia e Albania il 6 novembre 2023, la cui legge di ratifica ed esecuzione¹ è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 44 del 22 febbraio 2024, solleva una serie di interrogativi in ordine al fondamento del regime territoriale da esso istituito e, in maniera collegata, ai riflessi di quest’ultimo in materia di responsabilità internazionale degli Stati. SCOPO del presente scritto è quindi quello di sviluppare alcune brevi riflessioni a questo proposito, avendo particolare riguardo alla materia della tutela internazionale del diritto alla vita e alla salute delle persone migranti. Più precisamente, il contributo intende argomentare come il modello sul quale si fonda il Protocollo stipulato fra Italia e Albania, e in particolare la delega di competenze statuali che esso istituisce, sia suscettibile di esercitare un impatto negativo su tale tutela.

Il contributo è così suddiviso: dopo un sintetico inquadramento del Protocollo all’interno della categoria della statualità e delle norme che la regolano, ne verrà preso in esame il contenuto sotto il profilo del regime territoriale che esso stabilisce (par. 2). Sulla base di questi presupposti, verranno considerate le possibili implicazioni di tale regime in tema di responsabilità internazionale, anche in relazione alle disposizioni del Protocollo in materia di ri-

* Professoressa associata di diritto internazionale, Università di Torino.

¹ L. 21 febbraio 2024, n. 14, *Ratifica ed esecuzione del Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, fatto a Roma il 6 novembre 2023, nonché norme di coordinamento con l’ordinamento interno.*

sarcimento del danno e di ripartizione dei relativi costi (par. 3). Seguirà una breve nota conclusiva (par. 4).

2. *Il regime giuridico istituito dal Protocollo: extraterritorialità o "territorial lease"?*

Scopo del Protocollo è quello di dare vita, sul territorio albanese, a due centri di "gestione" dei migranti posti sotto l'esclusiva giurisdizione italiana, conferendo quindi all'Italia i poteri e le competenze necessari a questo fine. Se, quindi, il regime che ne deriva costituisce senza dubbio un esempio di esercizio extraterritoriale delle funzioni dello Stato, a parere di chi scrive tale prospettiva può essere completata tramite il ricorso alla categoria della statualità e, più precisamente, alla nozione di effettività del potere di governo. L'accordo in parola ha infatti come oggetto e finalità la creazione di un regime giuridico internazionale di tipo pattizio, in virtù del quale lo Stato territoriale aliena alcuni elementi della propria sovranità e delega alcune competenze a beneficio di un altro Stato. Pur costituendo un'evidente eccezione all'esclusività e alla pienezza della sovranità territoriale, regimi di questo tipo sono tutt'altro che rari nella prassi del diritto internazionale, come dimostrato da numerosi esempi (si pensi in primo luogo alla base militare di Guantanamo) di ciò che la dottrina descrive come una forma di «locazione» oppure «*territorial lease*»².

Più precisamente, i diritti originati dal regime giuridico qui in oggetto sono stati suddivisi in due categorie: da un lato, i diritti funzionali al raggiungimento dell'obiettivo posto dal trattato e, dall'altro, i cosiddetti «diritti giurisdizionali», ovvero il diritto di esercitare la propria giurisdizione su fatti inerenti all'accordo o su controversie che possano discendere dall'interpretazione o applicazione dello stesso. Entrambe le categorie di diritti possono essere esercitate dall'uno o dall'altro Stato, oppure da entrambi, secondo la ripartizione di competenze stabilita dal trattato; ciò si attaglia in particolare alla seconda categoria, volta a creare un ambiente giuridico specifico di quella zona e suscettibile di prevedere la creazione di un regime condiviso.

Di là dalle specifiche forme che ciascun trattato può prevedere, la dottri-

² R. JENNINGS, A. WATTS (a cura di), *Oppenheim's International Law*, vol. 1, Harlow, 1992, IX ed., pp. 568 ss.; J.H.W. VERZIJL, *International Law in Historical Perspective*, vol. 3, Leiden, 1970, pp. 397 ss.

na è sostanzialmente concorde nel ritenere che, in virtù del persistente legame giuridico dello Stato delegante con il proprio territorio, tale Stato mantenga la propria sovranità *de jure*³. La lettura dei termini del Protocollo fra Italia e Albania sembra confermare a pieno tale idea, fornendo ulteriori elementi a favore della tesi secondo cui questo tipo di accordo, lungi dal costituire una cessione dissimulata di territori, si limita a creare un regime giuridico in cui non è esclusa la coesistenza di obblighi in capo ai due Stati coinvolti.

Esaminando più da vicino il contenuto del testo, la ripartizione fra «diritti funzionali» e «diritti giurisdizionali» menzionata poc'anzi sembra trovare chiaro riflesso nell'articolo 3, § 1, del Protocollo, che sancisce il diritto dell'Italia all'utilizzo di una porzione del territorio albanese, a titolo gratuito, al fine di realizzare le strutture di accoglienza. I «diritti giurisdizionali» sono invece previsti dal secondo paragrafo della medesima disposizione, secondo cui le strutture sono gestite secondo la «pertinente normativa italiana ed europea». A ciò si aggiunge la sottoposizione, in via esclusiva, alla giurisdizione italiana di qualsiasi controversia fra le autorità italiane e i migranti.

Se il secondo paragrafo dell'articolo 3 è in linea con quanto rilevato in precedenza circa la ripartizione di competenze fra Stato territoriale e Stato «beneficiario», in quanto lascia trasparire una competenza residuale dell'Albania in ordine alle materie non coperte dal Protocollo, è soprattutto il primo paragrafo ad assumere salienza in materia di responsabilità degli Stati per eventuali violazioni di diritti umani dei migranti. Risulta infatti evidente come l'azione delle autorità italiane, per quanto oggetto di una delega di competenza, difetti del requisito di piena effettività che invece caratterizza l'esercizio «fisiologico» della sovranità statale sul territorio. Tale circostanza assume rilievo, in particolare, in relazione alla tutela della vita e della salute delle persone trattenute nei centri in quanto l'osservanza, da parte dell'Italia, di tali diritti è necessariamente legata all'accesso a risorse e infrastrutture poste a disposizione dalla parte albanese.

L'inevitabile interdipendenza fra i due Stati nell'espletamento delle attività previste trova riflesso nelle non poche competenze che il Protocollo assegna all'Albania, la quale concorda con l'Italia il numero delle persone presenti nei centri (art. 4, § 1), facilita l'erogazione dei servizi necessari al loro

³ S.C. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, 2019, IX ed., p. 196; M.J. STRAUSS, *Territorial Leasing in Diplomacy and International Law*, Leiden, 2015, pp. 101 ss.; 145; ID., *Territorial Leases*, in A. NOLLKAEMPER et al. (a cura di), *The Practice of Shared Responsibility in International Law*, Cambridge, 2019, pp. 66 ss.

funzionamento (art. 4, § 3), nonché il disbrigo delle pratiche doganali (art. 4, § 6). Alla parte albanese spetta inoltre il mantenimento dell'ordine pubblico all'esterno dei centri (art. 6, § 2) e, eccezionalmente, all'interno, ad esempio in caso di incendio (art. 6, § 3). Tuttavia, l'aspetto di maggiore interesse concerne il dovere, in caso di esigenze sanitarie alle quali le autorità italiane non possano fare fronte, di collaborare con queste per «assicurare le cure mediche indispensabili e indifferibili» (art. 4, § 8). Risulta quindi evidente come qualsiasi considerazione circa l'osservanza del diritto alla vita e alla salute dei migranti non possa prescindere dalla presa in conto del coinvolgimento di entrambi gli Stati nella gestione dei centri. Quest'ultimo trova fondamento non solo, come già rilevato, nel persistente legame dello Stato delegante con il territorio, ma altresì, sul piano della norma primaria applicabile, nella vigenza di norme cogenti atte a derogare alla ripartizione di competenze stabilita dal Protocollo.

3. *Il territorial lease come fondamento di una responsabilità condivisa degli Stati*

Trasferendo l'analisi sul piano della norma secondaria, è noto come le norme sulla responsabilità internazionale degli Stati per la commissione di atti illeciti difficilmente contemplino forme di responsabilità condivisa, a eccezione dell'aiuto o assistenza nella commissione di un illecito, annoverata dal Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati del 2001 fra le forme di responsabilità di uno Stato «in connessione» con quella di un altro (art. 16). Più espliciti in questa direzione sono invece i Principi guida sulla responsabilità condivisa⁴, elaborati da un *Drafting Committee* sulla base di un lavoro svolto fra il 2010 e il 2016 e divulgato nel 2020. Mentre il Principio 6 concerne la complicità nella commissione di un illecito menzionata poc'anzi, il Principio 7 fonda la responsabilità condivisa sulla natura «concertata» di un'azione, che si concretizza nella partecipazione degli Stati a una medesima condotta in vista del raggiungimento di fini condivisi.

Alla luce di tali elementi, si ritiene che la prospettiva di una responsabilità condivisa fra Italia e Albania – in particolar modo, secondo i termini previsti dal sopraccitato Principio 7 – possa fornire un utile strumento concettuale al fine di inquadrare le conseguenze giuridiche dell'eventuale inosser-

⁴ *Guiding Principles on Shared Responsibility in International Law*, 2020. Il testo è riprodotto in: *European Journal of International Law*, n. 1/2020, pp. 16 ss.

vanza dei diritti umani fondamentali nella futura gestione dei centri. Forse consapevole di tali aspetti, la parte albanese ha avuto cura di “sterilizzare” – con il consenso, beninteso, della parte italiana – qualsiasi potenziale aspetto di responsabilità in questo ambito tramite le disposizioni del Protocollo in materia di riparazione e risarcimento. L’articolo 12 del Protocollo stabilisce, infatti, l’obbligo per ciascuna parte di indennizzare i danni, nonché le perdite derivanti da risarcimenti verso terzi, ove gli uni e le altre siano causati da «dolo o colpa grave» del proprio personale, categoria all’interno della quale, tuttavia, non ricadono le «carenze di servizio derivanti da limitate capacità oggettive delle parti».

L’introduzione di un regime di responsabilità che nel diritto internazionale viene denominato «per colpa» – e che in tale materia è estremamente raro, la regola essendo costituita dal regime di responsabilità oggettiva relativa – comporta innanzitutto un notevole ridimensionamento della portata degli obblighi che incombono sulle parti. Vero è che, secondo autorevole dottrina⁵, fra i pochi ambiti in cui tale regime trova applicazione, vi è proprio quello del trattamento dello straniero; al contempo, tuttavia, occorre rilevare come le norme che nel caso di specie verranno con più probabilità in rilievo travalichino questa categoria per investire quella, più ampia, della tutela dell’individuo.

Analogamente, la riserva relativa ai danni riconducibili a «limitate capacità oggettive delle parti» rischia di svuotare quasi del tutto di contenuto tale tutela in quanto, in una situazione fattuale come quella in parola, vi è necessariamente un legame diretto fra i mezzi a disposizione delle autorità statali e le prestazioni che devono essere garantite. Nonostante, in linea di principio, tale riserva possa operare a favore di entrambi gli Stati, è poi difficile evitare l’impressione che essa sia volta a ridimensionare l’eventuale responsabilità dell’Albania, ove si consideri che scopo del Protocollo è proprio la creazione di un regime giuridico fondato sulla sottoposizione dei fatti rilevanti alla giurisdizione dell’Italia. Tale impressione trova conferma nel secondo paragrafo dell’articolo 12 del Protocollo, che aggiunge, ai costi di gestione a carico dell’Italia (art. 4, § 5), quelli di rappresentanza legale, nonché quelli processuali e di risarcimento dei danni derivanti da azioni intentate *da terzi* contro l’Albania in relazione all’attuazione del Protocollo.

A parere di chi scrive, l’insieme delle disposizioni citate ha quindi l’effetto non solo di sbilanciare l’onere risarcitorio sull’Italia anche in rela-

⁵ B. CONFORTI, M. IOVANE, *Diritto internazionale*, Napoli, 2023, XII ed. con aggiornamenti, p. 441.

zione a condotte che non le sono attribuibili, ma altresì di ridurre l'intero profilo della tutela dei diritti umani a una mera questione, appunto, risarcitoria, da gestirsi tramite il meccanismo finanziario previsto dal Protocollo. La creazione di una «garanzia» a favore della parte albanese – e quindi la possibilità, per questo Stato, di prelevare somme di denaro anche in maniera forzosa –, unita all'assenza di un meccanismo di risoluzione delle controversie, nonché alla scarsa probabilità che Stati terzi intervengano a tutela dei propri cittadini tramite la protezione diplomatica, finiscono in definitiva per «internalizzare» la tutela dei diritti umani dei migranti all'interno di un quadro pattizio bilaterale. In questo contesto, tale tutela tende a configurarsi, più che come bene giuridico autonomo, come tassello dell'equilibrio contrattuale che viene a stabilirsi fra le parti, e il cui pregiudizio può essere semplicemente sanato tramite una transazione finanziaria fra queste ultime.

4. *Nota conclusiva*

Come già osservato dalla dottrina in materia⁶, la gestione dei flussi migratori tende, negli ultimi anni, ad affidarsi a meccanismi basati sulla esternalizzazione, in virtù dei quali la responsabilità delle decisioni in materia di asilo e rimpatrio viene delegata a uno Stato terzo, nel quale sovente i diritti dei migranti sono scarsamente tutelati (si veda, in questo senso, il noto accordo fra Gran Bretagna e Ruanda). Ciò che, attraverso questo breve scritto, si è cercato di evidenziare è come la compressione dei diritti umani correttamente associata a tale modello costituisca un tratto comune rispetto ai sistemi fondati invece sulla extraterritorialità, realizzata, nel caso del Protocollo fra Italia e Albania, tramite il cd. *territorial lease*.

Si è visto infatti come, essendo incentrato sulla esclusiva giurisdizione dello Stato che esercita le proprie funzioni al di fuori del territorio tramite l'invio di propri agenti in uno Stato terzo, tale modello non intenda operare, perlomeno formalmente, un trasferimento di responsabilità a favore di un altro Stato. Ciò nonostante, e avendo specifico riguardo al Protocollo in oggetto, la necessità di collaborazione nell'accoglienza e cura dei migranti da parte dello Stato che pone il proprio territorio a disposizione, unita alle profonde limitazioni che il Protocollo stesso stabilisce alla portata degli obblighi

⁶ M. SAVINO, *La legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo Italia-Albania: tre problemi di sostenibilità giuridica e amministrativa*, in G. CASSOLA et al. (a cura di), *Annuario 2023 dell'Accademia di diritto e migrazioni*, 2024, pp. 83.

che da tale collaborazione dovrebbero discendere, comporta senza dubbio l'esistenza di lacune sotto il profilo dell'effettività della tutela dei diritti umani. Tali lacune vengono aggravate dalla scarsa o nulla partecipazione dell'Albania alla riparazione di eventuali violazioni dei diritti in parola, la cui protezione finisce quindi per ricadere su un unico Stato e che, in ogni caso, appare ridotta e svilita alla sua dimensione pecuniaria.

Tali problemi sono tanto più evidenti ove si consideri come destinatari di tali regimi siano individui per definizione vulnerabili e quindi bisognosi di cure mediche, anche specialistiche. È questa infatti una delle principali caratteristiche delle persone trattate in salvo in mare, a tal punto dall'aver recentemente indotto la Corte di Cassazione italiana⁷ a configurare la consegna di un gruppo di naufraghi alle autorità libiche come una violazione del dovere di custodia previsto dall'art. 591 c.p. Tale dovere di tutela rafforzata dovrebbe quindi suggerire maggior cautela nell'adozione di soluzioni, come quella oggetto di questo scritto, che, seppur previste dal diritto internazionale, difficilmente saranno in grado di garantire i più fondamentali diritti delle persone trattate in salvo in mare.

⁷ Cass. pen., sez. V, sentenza del 10 settembre 2023, n. 4557.

HABEAS CORPUS SINE CORPORE?

Elena Valentini*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La partecipazione da remoto come paradigma necessitato. – 3. Una disciplina ostica da decifrare. – 3.1. *Segue*: il diritto di difensore di accedere al “mini-carceri” albanese. – 3.2. *Segue*: il diritto del difensore di collegarsi dal proprio studio professionale. – 3.3 *Segue*: il diritto del difensore di partecipare a interrogatori e udienze dall’Albania.

1. Premessa

Questo scritto intende soffermarsi su alcune fra le disposizioni processuali penali racchiuse nella legge 23 febbraio 2024, n. 14 (di ratifica del “Protocollo Italia-Albania”), pensate per l’eventualità in cui gli stranieri detenuti nei centri istituiti oltremare commettano reati.

Tale eventualità è esplicitamente considerata dall’art. 4, comma 6, della l. n. 14/2024, che affida al giudice italiano la giurisdizione per il delitto comune commesso dallo straniero all’estero prescindendo dalle condizioni stabilite dall’art. 10 c.p.; condizioni tra le quali spicca, come noto, la presenza dell’imputato in Italia.

Sul piano soggettivo, l’eccezione all’art. 10 c.p. è perimetrata in modo poco razionale¹, ancorché chiarissimo nei suoi intenti. Il giudice penale italiano è infatti investito del compito di giudicare solo gli stranieri trattenuti nei centri (sempre che non abbiano commesso il reato in danno di un cittadino albanese o dello Stato albanese). Non anche, dunque, gli stranieri che ivi si trovino non in stato di trattenimento; e soprattutto, non anche i cittadini italiani (e dunque *in primis* il personale in servizio a Shengjin e Gjader), cui continuano ad applicarsi le regole generali stabilite dall’art. 9 c.p. per il delitto comune commesso dal cittadino all’estero.

Sulla scorta di ciò, le considerazioni cui sono dedicate le prossime pagine si riferiscono ai soli procedimenti penali concernenti i «*migranti*» (così per la

* Professoressa associata di procedura penale, *Alma Mater Studiorum* Università di Bologna.

¹ L. MASERA, *Il Disegno di legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo tra Italia ed Albania in materia di immigrazione: analisi del progetto e questioni di legittimità*, in *Sistema penale*, 28 dicembre 2023.

prima volta denominati in un testo di legge, sulla scorta della definizione datane dall'art. 1, comma 1, lett. *d* del Protocollo) trattenuti in Albania.

2. *La partecipazione da remoto come paradigma necessitato*

La fisionomia giuridica dello spazio extraterritoriale scaturito dal Patto Italia-Albania si compone di più tasselli. Accanto all'operatività – in quanto compatibili – di alcune fonti del diritto interno (T.U.I., decreto qualifiche, decreto procedure e decreto accoglienza²), si situa il riconoscimento della giurisdizione del giudice penale italiano (come visto anche in deroga all'art. 10 c.p.) per i reati commessi dai migranti all'interno dei centri, che il comma 18 dell'art. 4 l. n. 14 del 2024 assegna alla competenza territoriale dell'autorità giudiziaria avente sede a Roma. A ciò fa riscontro l'istituzione di una sorta di “mini-carcere” nel centro di Gjader – l'art. 4 comma 11 all'uopo menziona «strutture idonee ubicate nelle aree di cui all'art. 1, par. 1, lett. c del Protocollo» –, preposto ad assicurare l'operatività *in loco* di misure cautelari e precautelari volte ad attingere il migrante-indagato, così da evitare il trasferimento di questi nel circuito penitenziario italiano.

A tali tasselli si accompagna il ricorso generalizzato alla partecipazione digitale: modalità che opera in automatico, così rendendo superflua la richiesta in tal senso da parte dell'interessato (richiesta che il codice di procedura penale esige affinché possa procedersi da remoto). La regola speciale *ex art. 4, comma 9, l. n. 14/2024* stabilisce infatti che l'interrogatorio dell'arrestato e del fermato da parte del pubblico ministero (art. 388 c.p.p.), come pure l'udienza di convalida delle misure precautelari (art. 391 c.p.p.) si svolgano *sempre* da remoto, con la persona sottoposta alle indagini connessa dal luogo in cui si trova (in Albania).

Stando all'art. 4 l. n. 14/2024, l'automatismo *ex lege* della partecipazione virtuale coinvolge i momenti del procedimento precautelare e cautelare in cui dovrebbe operare l'*habeas corpus*. Peraltro con un'omissione, concernente l'interrogatorio di garanzia svolto dal g.i.p. *ex art. 294 c.p.p.*: omissione con ogni probabilità dovuta a una dimenticanza, ma difficilmente ovviabile in via analogica senza trasgredire il principio di legalità *ex art. 111 comma 1 Cost.*

Oltre agli istituti processuali appena menzionati, nessun'altra attività de-

² E dunque, rispettivamente: il d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, il d. lgs. 19 novembre 2007, n. 251, il d. lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, il d. lgs. 18 agosto 2015, n. 142.

scritta dal codice di procedura penale risulta considerata. Infatti, la legge di ratifica del protocollo non contiene alcuna indicazione circa adempimenti o udienze diverse da quelle di convalida o di riesame (da svolgersi appunto a distanza, al pari dell'interrogatorio *ex art.* 388 c.p.p.). Inoltre, il comma 14 dell'art. 4 l. n. 14/2024 nega applicabilità all'art. 558 c.p.p. e all'13-*ter* T.U.I.: precetti che regolano rispettivamente il giudizio direttissimo dinanzi al tribunale in composizione monocratica e il binomio arresto-giudizio direttissimo obbligatori per il delitto di illecito reingresso nel territorio dello Stato. Ciò fa pensare che solo i momenti in cui si estrinseca l'*habeas corpus* previsti dalla disciplina cautelare e precautelare siano soggetti alla partecipazione a distanza. Non altre attività da realizzarsi nel contraddittorio con l'imputato e il suo difensore, e in particolare quelle successive a un ipotetico esercizio dell'azione penale: che evidentemente o non si svolgeranno affatto (visto che l'intervenuto rimpatrio fa sorgere l'obbligo di pronunciare la sentenza di non luogo a procedere *ex art.* 4, comma 7); oppure resteranno sospese (salva la possibilità di acquisire atti urgenti mediante collegamento-video) fino alla scadenza del termine di cui al terzo comma dell'art. 6-*bis* del d. lgs. n. 142 del 2015 (art. 4, comma 13 l. n. 14/2024); oppure si compiranno in Italia, previo trasferimento del migrante-imputato (l'ipotesi in cui questi sia trattenuto *ex art.* 14 T.U.I. in Albania non risulta infatti espressamente regolata).

La generalizzazione della partecipazione digitale *ex lege* accomuna la disciplina processuale penale a quella stabilita per le convalide dell'accompagnamento coattivo alla frontiera e per le distinte ipotesi di trattenimento dell'espulso e del richiedente protezione internazionale regolate dal T.U.I. e dal d. lgs. n. 142 del 2015; convalide che, anche quando svolte sul territorio nazionale, quantomeno sulla carta, già vedono in quella da remoto la modalità di partecipazione unica e necessaria.

Sul fronte amministrativo, infatti, la normalizzazione del videocollegamento è stata dapprima inaugurata con il d.l. 17 febbraio 2017, [n. 13](#) (conv. con mod. dalla L. 13 aprile 2017, n. 46), che l'ha resa obbligatoria, sempre che risulti possibile, per la convalida del trattenimento del richiedente protezione internazionale (v. art. 6, comma 5, d. lgs. n. 142/2015, il quale peraltro precisa che «è sempre consentito al difensore, o a un suo sostituto, di essere presente nel luogo ove si trova il richiedente»). La novella ha trovato la propria normazione di dettaglio solo a decorrere dall'11 aprile del 2022, con un decreto direttoriale interministeriale tra i Ministeri della Giustizia e dell'Interno³. Ma nel frattempo, l'avvento del Covid aveva comunque indotto

³ Decreto direttoriale ai sensi dell'articolo 20-*ter* del d.lgs. n. 30 del 2007 e articolo 6,

il ricorso generalizzato alle convalide da remoto, non solo per il trattenimento del richiedente asilo ma anche per quello dell'espulso e del "respinto differito". Esaurita l'emergenza pandemica, la partecipazione virtuale è stata estesa anche alle limitazioni della libertà passibili di trovare spazio in seno alla procedura esecutiva dei provvedimenti espulsivi. In particolare, il "decreto Cutro" (d.l. 10 marzo 2023, n. 20, conv. con mod. con l. 5 maggio 2023, n. 50) ha allargato tale modalità di partecipazione alle convalide tanto dell'accompagnamento coattivo alla frontiera (v. art. 13, comma 5-*bis* T.U.I.) quanto del trattenimento dell'espulso e del respinto (art. 14 comma 4-*bis*). Il richiamo operato dall'art. 14, comma 4-*bis*, T.U.I. al rispetto dei periodi dal quinto al decimo dell'art. 6, comma 5, del d. lgs. n. 142 del 2015 implica la possibilità, per il difensore del trattenuto, di partecipare all'udienza dal C.P.R., accanto al proprio assistito; al contempo, il contestuale rinvio al decreto direttoriale adottato ai sensi dell'art. 6, comma 5, d. lgs. n. 142 del 2015 – a norma del quale «non è reso disponibile il collegamento audiovisivo tra luoghi diversi dall'ufficio giudiziario e uno dei centri di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286» – esclude la facoltà, per il difensore e l'interprete, di connettersi da altri luoghi (come il proprio studio professionale).

Come vedremo, la generalizzazione della presenza da remoto ai momenti in cui si esplica il diritto all'*habeas corpus* nella procedura cautelare e precautelare a carico degli stranieri trattenuti in Albania replica quella prevista dalla medesima l. n. 14/2024 per gli ulteriori titoli di coercizione (amministrativa) destinati ad attingere gli stessi «migranti». Nel complesso, tale generalizzazione individua la tappa ultima del fisico allontanamento dello straniero irregolare dal suo giudice. Osservata *ex post*, l'evoluzione normativa apertasi nel 2017 ha dunque seguito un disegno lineare: alla normalizzazione della partecipazione telematica *ex lege* per le convalide del trattenimento e della traduzione coattiva alla frontiera (operata nel 2017 e nel 2023) ha fatto seguito l'ubicazione dei C.P.R. e degli *hotspot* fuori dal territorio nazionale; a sua volta, tale delocalizzazione ha indotto il ricorso al videocollegamento *ex lege* anche per garantire il diritto all'*habeas corpus* di matrice processualpenalistica degli stranieri che, sottoposti ad indagine, vengano detenuti nel "mini-penitenziario" di Gjader.

comma 5, del d.lgs. n. 142 del 2015, contenente Specifiche Tecniche per il collegamento audiovisivo tra gli Uffici Giudiziari e i Centri di permanenza per il rimpatrio (CPR), 28 marzo 2022, reperibile all'indirizzo https://serviziipst.giustizia.it/PST/it/pst_3_1.wp?previousPage=pst_3&contentId=NEW10494.

La somiglianza di paradigma risponde a uno scopo facile da cogliere: evitare di condurre i migranti davanti al loro giudice, a Roma, nella prospettiva di attuare il rimpatrio prima che scadano i termini di trattenimento o di detenzione cautelare.

Stando alla legge di ratifica del Protocollo, le occasioni di estrinsecazione del diritto all'*habeas corpus* davanti al p.m., al g.i.p. e al tribunale della libertà – in sede di interrogatorio *ex* art. 388, di udienza di convalida *ex* art. 391 e di riesame *ex* art. 309 c.p.p. – derogano dunque a quanto previsto dal codice di procedura penale, che ammette il videocollegamento solo su esplicita richiesta dell'indagato e del suo difensore.

Ne consegue un assetto davvero critico, visto che il mancato contatto diretto tra giudice e indagato depotenzia sensibilmente l'effettività dell'*habeas corpus*, specie considerando le difficoltà linguistiche (pur in presenza di un interprete, peraltro situato nell'aula d'udienza a Roma: v. *infra*) in genere riferibili agli stranieri.

Volendo rinvenire nell'ordinamento qualche istituto con cui raffrontare la disciplina in esame, ci si imbatte innanzitutto nell'art. 45-*bis* disp. att. c.p.p., che in effetti ammette la partecipazione a distanza alle udienze da svolgersi in camera di consiglio prescindendo dalla volontà del prevenuto. Sennonché, tale precetto è destinato a trovare applicazione solo là dove si proceda per delitti particolarmente gravi (quelli di cui all'art. 146-*bis* comma 1 disp. att. c.p.p.), o quando sussistano ragioni di sicurezza (art. 146-*bis* comma 1-*quater*): così mostrando la propria natura eccezionale, ispirata alla logica del doppio binario.

Proseguendo nella ricerca, si possono poi incontrare l'art. 205-*ter* disp. att. c.p.p. (concernente la partecipazione al processo per l'imputato detenuto all'estero) e l'art. 19, comma 6, legge 21 luglio 2016, n. 145 (che, già evocato in dottrina⁴, pone le regole da seguire nei casi di arresto in flagranza o di fermo compiuti nel corso delle missioni internazionali). Anche queste disposizioni contemplano la partecipazione digitale dell'imputato detenuto all'estero senza postularne il consenso. Sennonché, tali istituti si spiegano alla luce dell'oggettiva impossibilità di assicurare la presenza dell'imputato in Italia (art. 205 *ter* disp. att. c.p.p.), o comunque di effettuarne il trasferimento nel rispetto della serrata cronologia della procedura di convalida di arresto e

⁴ M. SAVINO-F.V. VIRZÌ, *Il protocollo tra Italia e Albania in materia migratoria: prime riflessioni sui profili dell'extraterritorialità*, in G. CASSOLA-G. DEL TURCO-F. PASSARINI-M. SAVINO-M. TUOZZO (a cura di), *AnnuArio ADiM 2023, Raccolta di scritti di diritto dell'immigrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024, p. 78 s.

fermo (art. 19 l. n. 145/2016). Viceversa, stando alle regole qui in esame, il migrante si trova all'estero in forza di una precisa scelta politica del nostro Paese, intesa a tenerlo distante dal territorio nazionale. Ciò rende difficile accostare tali regole ai due ultimi istituti appena passati in rassegna⁵; senza considerare, oltretutto, che tanto l'art. 205-ter disp. att. c.p.p. quanto l'art. 19 comma 6, l. n. 145/2016 pongono ben più robuste garanzie a presidio del videocollegamento.

3. *Una disciplina ostica da decifrare*

Al sostanziale tradimento del concetto stesso di *habeas corpus* insito nel ricorso obbligato alla partecipazione digitale si aggiungono gli altri connotati di una disciplina – quella posta dai commi 2 e seguenti dell'art. 4 l. n. 24/2014 – che sembra volutamente scritta per comprimere l'azione difensiva.

In proposito, va innanzitutto denunciata la scarsa chiarezza dell'art. 4 l. n. 14/2024, che rende arduo inquadrare i rapporti tra le regole generali, riferite a *tutti* i procedimenti destinati a trovare applicazione nei confronti del «migrante» trattenuto nei centri albanesi (dettate dall'art. 4, commi 1-5 l. n. 14/2024), e quelle specificamente dedicate agli istituti processuali penali (racchiuse nei successivi commi 6 ss. del medesimo art. 4 l. n. 14/2024).

Come già osservato, nel prevedere la partecipazione da remoto alle procedure precautelari e cautelari penali, la disciplina in esame richiama pure l'art. 133-ter c.p.p. (che delinea il paradigma comune della partecipazione a distanza nel rito penale). A tale precetto fanno infatti rinvio l'art. 4 l. n. 14/2024 comma 9 (per l'interrogatorio dell'arrestato o del fermato, come pure per le successive udienze di convalida dinanzi al g.i.p.) e 12 (per la partecipazione all'udienza di riesame cautelare personale). Tuttavia, tale richiamo menziona le sole *modalità* stabilite dalla disposizione. Ciò porta a ipotizzare che la disciplina generale (e in particolare quella posta dal quinto comma del medesimo art. 4 l. n. 14/2024) trovi applicazione anche in sede penale. Un'idea, questa, confermata dal fatto che il primo comma del medesimo art. 4 norma in un unico contesto topografico la procura speciale conferita al difensore ai fini delle procedure disciplinate dal codice di rito civile e la procura speciale di cui all'art. 122 c.p.p. (forse indebitamente confusa con la nomina difensiva ex art. 96 c.p.p., mai menzionata dall'intero testo normativo).

Se così fosse, il complesso delle regole affastellate nell'art. 4 della legge di

⁵ V. già, in tal senso, SAVINO-F.V. VIRZÌ, *op. cit.*, p. 79.

ratifica del Protocollo potrebbe rendere ancora più difficile esercitare il diritto di difesa. E ciò per tre diversi ordini di ragioni, di cui daranno conto i prossimi paragrafi.

3.1. Segue: *il diritto di difensore di accedere al “mini-carceri” albanese*

Innanzitutto, è addirittura dubbio che il difensore abbia diritto di accesso al “mini-carceri” per conferire con il proprio assistito in vista dell’udienza di convalida. Il comma 15 dell’art. 4 l. n. 14/2024 stabilisce infatti che «i colloqui previsti dall’articolo 104 del codice di procedura penale sono assicurati mediante collegamento da remoto» (così ribadendo quanto stabilito in via generale dal comma 3 del medesimo art. 4, che accorda il diritto di conferire tra il migrante e il proprio difensore «con modalità audiovisive che ne assicurino la riservatezza»).

Stando al dato legale, quella mediante collegamento da remoto sembrerebbe l’unica modalità di colloquio prevista: la modalità esclusiva, dunque, e non aggiuntiva rispetto a quella che vedesse il difensore recarsi in Albania per incontrare *de visu* l’indagato.

Sebbene ciò possa apparire incredibile (poiché in dissidio con l’art. 24 Cost.), va detto che analoga conclusione si ricava anche, più in generale, da una lettura d’insieme del Protocollo e della relativa legge di ratifica.

Da un lato, infatti, il Protocollo, che pure (al capoverso dell’art. 9) accorda il diritto di accesso all’interno dei centri, fra gli altri, anche agli avvocati e ai loro ausiliari, si riferisce espressamente ai soggetti che prestino «consulenza e assistenza ai richiedenti protezione internazionale». Tale perimetrazione nasce senz’altro dall’idea (peraltro empiricamente fondata) che tutti i migranti condotti in Albania si risolvano a presentare richiesta di protezione internazionale. Nondimeno, l’argomento prova troppo, anche perché lo straniero potrebbe trovarsi ivi trattenuto sulla scorta dell’art. 14 T.U.I. (e dunque in qualità di espulso o respinto); e comunque, manca una disposizione *ad hoc* che si faccia carico di menzionare la persona sottoposta alle indagini e il diritto all’accesso nel “mini-carceri” di Gjader.

Dall’altro lato, il terzo comma dell’art. 4 della l. n. 14/2024 consegna al responsabile del centro il compito di adottare «le misure necessarie a garantire il tempestivo e pieno esercizio del diritto di difesa dello straniero sottoposto alle procedure di cui al comma 1 del medesimo articolo»; nulla di più. Il precetto è stato giustamente tacciato di «amministrativizzare» la libertà

personale del migrante⁶, ponendo molte altre questioni oltre a quella ora in esame; in attesa che sul contrasto con il principio di legalità venga sollecitata a esprimersi la Corte costituzionale, resta dunque da verificare se la lacuna legislativa in ordine al diritto all'accesso del difensore della persona sottoposta alle indagini verrà "colmata" almeno dal responsabile dei centri.

3.2. Segue: *il diritto del difensore di collegarsi dal proprio studio professionale*

Proseguendo nell'analisi, non risulta chiaro se il difensore possa collegarsi alle udienze penali in cui si realizza il diritto all'*habeas corpus* dal proprio studio professionale (così come consentito dall'art. 133-ter comma 7 c.p.p.) oppure se sia necessariamente tenuto a farlo dall'aula del giudice, come impone la disciplina generale prevista per tutte le udienze da celebrarsi nei confronti degli stranieri confinati in Albania (art. 4 comma 5 l. n. 14/2024); disciplina che ribadisce la scelta operata per le udienze di convalida del trattenimento e dell'accompagnamento coattivo alla frontiera che già si celebrano nel territorio italiano.

Ritenendo applicabile l'art. 4, comma 5 della legge di ratifica, sicuramente ne sarebbe sfavorito un colloquio riservato tra la persona sottoposta alle indagini e il suo difensore. Infatti, il colloquio è quasi sempre possibile solo a ridosso dell'udienza, specie considerando le difficoltà di far "uscire" nomine fiduciarie dai C.P.R.⁷; difficoltà che alimentano il ricorso alla difesa d'ufficio, generando i presupposti per nomine difensive disposte dall'autorità procedente *ex art.* 97 c.p.p. a ridosso del giudizio di convalida. Se con simili premesse empiriche dovesse risultare inattuabile un colloquio prima della partecipazione dell'indagato all'udienza virtuale, l'impossibilità, per il difensore, di collegarsi da un luogo diverso dall'aula del giudice frustrerebbe la riservatezza necessaria all'incontro con l'arrestato o il fermato.

3.3. Segue: *il diritto del difensore di partecipare a interrogatori e udienze dall'Albania*

Last but not least, la questione più importante: non è chiaro se il difenso-

⁶ M. SAVINO, *La legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo Italia-Albania: tre problemi di sostenibilità giuridica e amministrativa*, in questo volume, p.

⁷ V. le ancora attuali informazioni fornite da CILD, Buchi neri. *La detenzione senza reato nei centri di permanenza per i rimpatri (CPR)*, 15 ottobre 2021 (che può leggere in bit.ly/3CL2Ily), p. 202 ss.

re possa partecipare all'udienza (o all'interrogatorio) dal "mini carcere" situato in Albania.

In proposito, il comma 5 dell'art. 4 della l. n. 14/2024 – norma riferibile a tutti i procedimenti riguardanti lo straniero, e dunque (sembrerebbe) anche a quello penale – stabilisce che «l'avvocato del migrante [...] partecipa all'udienza dall'aula in cui si trova il giudice, con collegamento in modalità audiovisive da remoto con il luogo in cui si trova il migrante».

Malgrado non sia menzionata né dal Protocollo né dalla relativa legge di ratifica, la facoltà di partecipare all'udienza accanto al proprio assistito (a Gjader) e non obbligatoriamente dall'aula del giudice (a Roma) dovrebbe ritenersi ammessa, sia pure implicitamente.

Tuttavia, nessuna norma esplicita tale diritto, né per gli adempimenti regolati dal diritto processuale penale né per quelli di natura amministrativa.

Sul punto, il comma 5 dell'art. 4 della legge 14 2024 prosegue stabilendo che «solo quando non è possibile il collegamento da remoto e il rinvio dell'udienza è incompatibile con il rispetto dei termini del procedimento, all'avvocato del migrante ammesso al patrocinio a spese dello Stato, che si reca, per lo svolgimento dell'incarico, nei centri albanesi, e all'interprete, è liquidato un rimborso delle spese di viaggio e di soggiorno. La misura, comunque non superiore a euro 500, e le condizioni del rimborso sono stabilite con decreto del Ministro della giustizia [...]».

La disposizione è poco perspicua, essendo arduo capire dove cada il suo accento precettivo: se sulla determinazione del tetto massimo per il rimborso, accordato unicamente per l'ipotesi della "trasferta obbligata", o se anche sul riconoscimento della possibilità di presenziare all'udienza dall'Albania *nella sola ipotesi in cui risulti inattuabile il collegamento da remoto* (con la conseguente necessità che non solo il difensore, ma anche il giudice debba recarsi oltremare).

Se l'esegesi preferita fosse la seconda, ci troveremmo di fronte a una clamorosa violazione dell'art. 24 Cost. Ma anche optando per la lettura costituzionalmente orientata – e dunque là dove si ritenesse che l'art. 4, comma 5 l. n. 14 del 2024 intenda "semplicemente" circoscrivere il diritto del difensore al rimborso spese, senza contestualmente precludergli la facoltà di partecipare all'udienza da remoto dall'Albania –, comunque la disciplina sarebbe ben poco rispettosa del diritto di difesa.

Infatti, il difensore sarebbe in ogni modo disincentivato a recarsi *in loco*. E ciò per due ragioni: il rimborso è infatti indubitabilmente previsto solo là dove il legale debba giocoforza partecipare in presenza in Albania per l'impossibilità del collegamento (e non anche quando scegliesse liberamente

di recarvisi); il rimborso massimo è comunque basso (non potendo superare i 500 euro: v. il decreto 5 luglio 2024 Min. Giustizia⁸), e quindi forse non sempre idoneo a coprire le spese (del difensore come pure dell'interprete).

Il tetto legale all'importo rimborsabile appare addirittura irrisorio ove rapportato alle ingenti uscite sostenute per allestire i centri. Il fatto che le esigenze di risparmio vengano scaricate sullo straniero e sul suo difensore (spesso *pro bono*) lascia dunque perplessi. Ciò detto, lo scopo delle regole qui esaminate non va cercato in ragioni economiche, quanto piuttosto nella volontà, assai chiara, di tenere il migrante (anche ove coinvolto in un procedimento penale) lontano non solo dal suo giudice, ma anche dal suo difensore.

⁸ Ministero della Giustizia, decreto 5 luglio 2024, Misura e condizioni del rimborso delle spese di viaggio e di soggiorno all'avvocato e all'interprete nei casi previsti dall'articolo 4, comma 5, della legge 21 febbraio 2024, n. 14, concernente: «Ratifica ed esecuzione del Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, fatto a Roma il 6 novembre 2023, nonché norme di coordinamento con l'ordinamento interno» (24A04432) (*GU Serie Generale* n. 198 del 24 agosto 2024).

IL NUOVO DECRETO SULLA GARANZIA FINANZIARIA: VIA LIBERA ALLA PROCEDURA DI FRONTIERA IN ITALIA E IN ALBANIA?

Mario Savino*

SOMMARIO: 1. La posta in gioco. – 2. Le nuove modalità di determinazione dell'importo: il parametro del «grado di collaborazione» del richiedente – 3. Le nuove modalità di prestazione della garanzia: verso una misura alternativa davvero effettiva? – 4. Il paradosso del comma 22.

1. *La posta in gioco*

Il decreto del 10 maggio 2024¹, pubblicato in Gazzetta ufficiale il 19 giugno, riscrive il controverso istituto della garanzia finanziaria, previsto nell'ambito della c.d. procedura di frontiera come misura alternativa al trattenimento dei richiedenti asilo. Adottato dal Ministro dell'interno, d'intesa con il Ministro della giustizia e il Ministro dell'economia e delle finanze, il nuovo provvedimento abroga il precedente decreto del 14 settembre 2023², all'origine di un acceso contrasto tra il Tribunale di Catania e il Governo, ancora non dipanato.

Con una serie di ordinanze a cavallo tra settembre e ottobre 2023³, il

* Professore ordinario, Università della Tuscia.

¹ Decreto del Ministero dell'interno del 10 maggio 2024, *Indicazione dell'importo e delle modalità di prestazione della garanzia finanziaria a carico dello straniero durante lo svolgimento della procedura per l'accertamento del diritto di accedere al territorio dello Stato e contestuale abrogazione del decreto 14 settembre 2023*.

² Decreto del Ministero dell'interno del 14 settembre 2023, *Indicazione dell'importo e delle modalità di prestazione della garanzia finanziaria a carico dello straniero durante lo svolgimento della procedura per l'accertamento del diritto di accedere al territorio dello Stato*.

³ Su cui v. V. PASSALACQUA, *Procedura di frontiera e trattenimento: profili di incompatibilità con il diritto dell'Unione*, in ADiM Blog, Osservatorio della giurisprudenza, ottobre 2023; E. VALENTINI, *Il trattenimento in Italia, tra passato, presente e futuro: verso un ricorso massiccio alla detenzione amministrativa?*, in ADiM Blog, *Analisi & Opinioni*, ottobre 2023; M. SAVINO, *Procedura di frontiera e alternative al trattenimento dei richiedenti asilo: il decreto ministeriale sulla garanzia finanziaria è legittimo?*, in ADiM Blog, Editoriale, settembre 2023; M. SAVINO, *Ancora su procedura di frontiera e misura alternativa della garanzia finanziaria: i limiti dell'approccio del Tribunale di Catania*, in ADiM Blog, Editoriale, ottobre 2023.

Tribunale di Catania ha censurato le prime applicazioni del decreto del 14 settembre 2023 e della disciplina sulla procedura di frontiera, contenuta nell'art. 6-*bis* del d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142⁴. Ritenendo tali norme in contrasto con il diritto UE, i giudici catanesi le hanno disapplicate, annullando i provvedimenti di trattenimento che su di esse si fondavano. A seguito del ricorso governativo contro quelle ordinanze, la Corte di cassazione ha proposto rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia⁵, che ha deciso di non pronunciarsi in via d'urgenza sulla questione⁶.

In attesa della decisione dei giudici europei, l'applicazione delle norme sulla procedura di frontiera – introdotte in Italia a maggio 2023⁷ e di recente potenziate a livello europeo con l'adozione del regolamento UE 2024/1349⁸, destinato a entrare in vigore tra due anni – è di fatto “congelata”.

In parallelo, com'è noto, l'Italia ha stipulato con l'Albania un accordo per realizzare in territorio albanese nuove strutture di trattenimento per migranti. Quelle strutture sono finalizzate esclusivamente a «effettuare le procedure di frontiera (...) previste dalla normativa italiana ed europea»⁹. E i

⁴ Decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142 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.

⁵ Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, ordinanze interlocutorie del 30 gennaio 2024, N.R.G. 20674/2023 (disponibile qui: https://www.eurojusitalia.eu/epdf/1708075907_104-2024.pdf) e 20668/2023 (disponibile qui: https://eurojusitalia.eu/epdf/1708076420_105-2024.pdf).

⁶ Con decisione del 28 febbraio 2024 (consultabile a questo link: https://eurojusitalia.eu/epdf/1711109491_RIGETTO%20PPU.pdf), la Corte di giustizia ha negato la procedura di urgenza alle richieste di procedimento pregiudiziale avanzate dalla Corte di cassazione in relazione alla compatibilità dell'istituto della garanzia finanziaria con gli artt. 8 e 9 della direttiva 2013/33/UE. La decisione nel merito dovrebbe giungere entro il 2025.

⁷ Legge 5 maggio 2023, n. 50, recante conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 10 marzo 2023, n. 20, recante disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare.

⁸ Regolamento (UE) 2024/1348 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2024 che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE.

⁹ Art. 4, c. 3 del Protocollo per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria del 6 ottobre 2023, disponibile qui: <https://www.eunews.it/2023/11/08/protocollo-italia-albania-migrazione/>.

tempi stringono: dopo la ratifica con legge 21 febbraio 2024, n. 14¹⁰, già ad agosto dovrebbero entrare in funzione i primi centri albanesi sotto giurisdizione italiana.

Anche per questo, il Governo italiano ha rotto gli indugi. Con il decreto in esame, ha modificato la disciplina della garanzia finanziaria per superare le obiezioni mosse alla precedente disciplina e, così, sbloccare l'attuazione delle norme sulla procedura di frontiera, non solo in Italia, ma anche, per l'appunto, in Albania. Il mezzo è adeguato al fine? Il decreto mette la garanzia finanziaria al riparo da nuove censure, che rischierebbero di paralizzare ancora l'applicazione della procedura di frontiera?

2. *Le nuove modalità di determinazione dell'importo: il parametro del «grado di collaborazione» del richiedente*

«Ove necessario e sulla base di una valutazione caso per caso, gli Stati membri possono trattenere il richiedente, salvo se non siano applicabili efficacemente misure alternative meno coercitive»: rispetto a questo principio generale, enunciato dall'art. 8, par. 2, della direttiva accoglienza (2013/33/UE), la disciplina dettata dal decreto del 14 settembre 2023 presentava due principali punti di frizione, riguardanti la rigidità dell'importo, fissato a 4.938 euro, e la dubbia effettività di questa misura alternativa, dovendo la garanzia essere prestata, in forma di fideiussione bancaria o polizza fideiussoria, unicamente dall'interessato ed entro soli tre giorni dallo sbarco. Il decreto del 10 maggio interviene su entrambi i versanti, con l'obiettivo, dichiarato nelle premesse, di «assicurare la flessibilità alla prestazione della garanzia finanziaria anche dal punto di vista soggettivo, sulla base di una valutazione effettuata caso per caso».

Sul primo versante (per il secondo si rinvia al paragrafo successivo), il nuovo decreto prevede un importo variabile, compreso tra un minimo di 2.500 euro e un massimo di 5.000 euro. L'esatto ammontare è determinato dal questore in relazione al grado di cooperazione del richiedente, «con valu-

¹⁰ Legge 21 febbraio 2024, n. 14, *Ratifica ed esecuzione del Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, fatto a Roma il 6 novembre 2023, nonché norme di coordinamento con l'ordinamento interno*. Per un commento, si v. M. SAVINO, *La legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo Italia-Albania: tre problemi di sostenibilità giuridica e amministrativa*, in *ADiM Blog, Editoriale*, gennaio 2024 e in *Questo volume*, p...

tazione compiuta caso per caso e tenuto conto della situazione individuale dello straniero» (art. 2, c. 1). La collaborazione dello straniero è, a sua volta, desunta «dalla documentazione, anche di natura elettronica, esibita ovvero dalle dichiarazioni rese dal medesimo» in riferimento ai seguenti aspetti: a) proprie generalità e cittadinanza; b) produzione di copia dei documenti a supporto; c) luogo di provenienza nel paese di origine; d) viaggio effettuato ed eventuali organizzatori; e) generalità e recapiti di eventuali parenti in Italia; f) luogo di alloggio e recapiti delle persone disponibili a offrire ospitalità in Italia (art. 2).

L'assunzione del «grado di collaborazione fornita dallo straniero nelle procedure di identificazione» (art. 2, c. 2) quale parametro per quantificare l'ammontare della garanzia rivela un interessante mutamento di approccio.

In base al decreto del 14 settembre 2023, l'ammontare fisso era ritenuto «idoneo», in quanto atto ad assicurare, per il periodo massimo di durata della procedura accelerata di asilo (28 giorni), la disponibilità di un alloggio e della somma necessaria al rimpatrio, nonché «mezzi di sussistenza minimi». Si recepiva, così, la medesima logica – di autosufficienza finanziaria – che regola l'ingresso nell'Unione dei cittadini di Paesi terzi titolari di visto: il loro ingresso, infatti, è subordinato, tra l'altro, alla condizione di «disporre dei mezzi di sussistenza sufficienti, sia per la durata prevista del soggiorno sia per il ritorno nel paese di origine» (art. 6(1)(c), codice frontiere Schengen).

Tuttavia, la logica dell'autosufficienza finanziaria mal si attaglia a cittadini di Paesi terzi che giungono senza visto e chiedono protezione. In questo caso, non si tratta di acquisire elementi utili alla valutazione del rischio di immigrazione irregolare, bensì di accertare – in coerenza con l'obiettivo della procedura di frontiera – se un richiedente, pur avendo sulla carta minori chance di ottenere protezione, abbia comunque «diritto ad entrare» nel territorio dello Stato (nel senso di cui agli art. 6-*bis*, c. 1, d.lgs. 142/2015, e art. 8(3)(c), direttiva accoglienza). Ancor meno, poi, quella logica si attaglia all'esigenza di modulare la cauzione «alla luce della situazione particolare dei richiedenti asilo»¹¹.

¹¹ Così E. CELORIA, V. PASSALACQUA, *Turning the Exception into the Rule. Assessing Italy's New Border Procedure*, in *Verfassungsblog*, 27 October 2023, che utilmente richiamano la raccomandazione dell'EASO, *Detention of applicants for international protection in the context of the Common European Asylum System*, 2019, p. 34, secondo cui l'ammontare della garanzia finanziaria deve essere «tailored to individual circumstances, and therefore (...) reasonable given the particular situation of asylum seekers, and not so high as to lead to discrimination against persons with limited funds».

Ecco che allora, in base al nuovo decreto, il «diritto ad entrare» dei richiedenti sottoponibili alla procedura di frontiera finisce per dipendere non più dal criterio di autosufficienza finanziaria, bensì dalla diligenza nell'ottemperare all'obbligo di «cooperazione con le autorità competenti ai fini dell'accertamento dell'identità», espressamente previsto dall'art. 13 della direttiva 2013/32/UE (c.d. direttiva procedure).

Risponde a questa logica di cooperazione a fini di identificazione l'aspettativa del nuovo decreto (art. 2, c. 2) che il richiedente dia generalità effettive e indichi la propria vera cittadinanza (lett. a), insieme al luogo di provenienza nel paese di origine (lett. c); e che fornisca (anche in assenza del passaporto in originale, che gli consentirebbe di sottrarsi al trattenimento) la mera «copia» di documenti, pure di viaggio, che ne agevolino l'identificazione (lett. b). A una più ampia logica cooperativa sembrano riconducibili altresì le informazioni rese in ordine al viaggio effettuato e agli eventuali organizzatori (lett. d) e le informazioni relative al luogo di alloggio in Italia (lett. e) e ai parenti disponibili a prestare la cauzione (lett. f). Pur non essendo strettamente funzionali all'identificazione, quelle informazioni appaiono comunque necessarie per valutare, insieme all'affidabilità complessiva del richiedente, le prospettive di efficacia della garanzia finanziaria come misura (di reperibilità) alternativa alla detenzione.

Sostituendo la logica cooperativa a quella dell'autosufficienza, il decreto del 10 maggio 2024 riesce anche a superare il principale ostacolo pratico alla modulabilità dell'importo, rappresentato dalla difficoltà di accertare la capacità finanziaria del richiedente nel contesto delle operazioni di identificazione. Aggirato quell'ostacolo, che in qualche modo contribuiva a legittimare l'importo fisso, si dischiude la possibilità per l'amministrazione di compiere una valutazione caso per caso che tenga conto della situazione individuale anche ai fini della commisurazione della garanzia.

In astratto, la nuova disciplina sembrerebbe aderire in modo più convincente ai principi di proporzionalità e valutazione caso per caso, benché la situazione individuale sia considerata, in tale ambito, soltanto sotto il profilo della disponibilità a collaborare. In concreto, all'amministrazione è assegnato un ampio margine di apprezzamento (circa il grado di cooperazione del richiedente) e di scelta (nella commisurazione dell'importo), che non sarà semplice per i giudici sindacare: decisiva sarà l'intensità del controllo da essi esercitato sulla motivazione dei provvedimenti.

3. *Le nuove modalità di prestazione della garanzia: verso una misura alternativa davvero effettiva?*

Coerente con l'abbandono della logica dell'autosufficienza finanziaria è anche un'altra importante novità introdotta dal recente decreto: la garanzia può essere prestata – sempre nella (esigente) forma della fideiussione bancaria o della polizza fideiussoria – non più solo dal richiedente, ma «anche da parenti dello straniero in linea retta o collaterale entro il terzo grado, regolarmente soggiornanti in Italia o in altro Stato dell'Unione europea» (art. 3, c. 4).

Benché il decreto del 14 settembre 2024 escludesse tale possibilità, le linee guida EASO da tempo chiariscono che «there is no reason why a financial guarantee or bond should not be provided by a third party»¹². Il nuovo decreto limita questa possibilità ai parenti (anche di terzo grado), probabilmente per evitare che la “sponsorizzazione” sia offerta dalle organizzazioni criminali che gestiscono il traffico dei migranti e che potrebbero, così, estorcere ulteriore denaro ai loro “clienti”. Ma la limitazione risponde forse anche alla volontà del Governo di evitare che le ONG possano assumere un ruolo “solidaristico” in questo ambito.

D'altra parte, non sarà semplice assicurare la tenuta del limite dei parenti. Al soggetto terzo che intenda prestare la garanzia basterà, per legittimarsi, presentare una dichiarazione *sostitutiva di certificazione* attestante il grado di parentela, ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445: chi dichiarare il falso potrebbe incorrere in una responsabilità penale, ma l'amministrazione potrebbe non avere gli strumenti per accertare la veridicità della dichiarazione.

In ogni caso, la possibilità di un intervento finanziario da parte di soggetti terzi rende meno irrealistica l'ipotesi di effettiva costituzione della garanzia. Potrebbe, infatti, trattarsi di parenti stabilmente residenti in Italia (o altro Stato membro), titolari di un conto corrente bancario capiente e, quindi, virtualmente in grado di attivare una fideiussione bancaria o una polizza fideiussoria in tempo utile.

Nello stesso senso (della creazione di presupposti normativi tali da rendere effettiva questa alternativa al trattenimento) è orientata la disciplina, meno stringente, dei tempi. In base all'art. 3, c. 3, del nuovo decreto, la garanzia finanziaria deve essere costituita non più entro 3 giorni dal fermo con-

¹² V. EASO, *Detention of applicants for international protection in the context of the Common European Asylum System*, 2019, p. 34.

seguito allo sbarco (come stabiliva il decreto del 2023), bensì entro 7 giorni lavorativi, che decorrono non immediatamente, ma «dalla comunicazione dell'importo determinato dal questore»¹³.

La stessa norma specifica che la garanzia deve essere «in ogni caso» costituita prima della decisione della Commissione territoriale (decisione che, in base alle tempistiche della procedura accelerata, deve essere assunta entro 9 giorni dalla trasmissione della richiesta di protezione internazionale da parte della questura, ai sensi dell'art. 28-*bis*, c. 2, d.lgs. n. 25 del 2008). La specificazione mira a scongiurare il cortocircuito che si determinerebbe nel caso in cui la garanzia fosse prestata dopo l'eventuale rigetto della domanda di protezione: in tal caso, il trattenimento del richiedente (denegato) dovrebbe proseguire a fini di rimpatrio e il decreto esclude che possa a quel punto attivarsi una misura alternativa ritenuta non funzionale allo scopo.

La nuova disciplina del termine per la costituzione della garanzia finanziaria non riesce, però, a evitare un altro cortocircuito, che ne mina la compatibilità con il sistema di tutela della libertà personale e rischia di compromettere il successo dell'operazione di «rilancio» della procedura di frontiera in Italia e nei centri albanesi.

Qualsiasi forma di detenzione amministrativa, per essere legittima, deve rappresentare l'*extrema ratio*. Nei termini del diritto UE, il trattenimento dei richiedenti asilo può essere disposto solo se «necessario» e, quindi, laddove «non siano applicabili efficacemente misure alternative meno coercitive» (art. 8(2) della direttiva accoglienza). Il problema è che il nuovo termine di 7 giorni rende virtualmente impossibile verificare l'(in)applicabilità di tale misura alternativa *prima* che il trattenimento sia disposto in base alla procedura di frontiera.

Tale procedura prevede, infatti, che il trattenimento sia disposto senza soluzione di continuità al termine della procedura di c.d. *screening* che si svolge negli *hotspots*. Quest'ultima è dominata da una prassi di trattenimenti informali, che a rigore dovrebbero terminare entro 48 ore, in modo da non violare l'obbligo di convalida previsto dall'art. 13 Cost.¹⁴ Perciò, anche ipo-

¹³ Pur trattandosi di profili almeno in parte diversi, su tale scelta potrebbe avere inciso l'introduzione di un termine massimo di 7 giorni per il completamento degli accertamenti al confine esterno ad opera dell'art. 8(3) del regolamento UE 2024/1356 (c.d. regolamento *screening*, destinato a entrare in vigore tra due anni).

¹⁴ Il d.lgs. n. 142/2015 disciplina due ipotesi di trattenimento formale dei richiedenti asilo presso gli *hotspot*, con *eventuale convalida*. Una prima ipotesi, prevista dall'art. 6, c. 3-bis ma rimasta finora inattuata, consente il trattenimento fino a 30 giorni, prorogabili a 90, ove ciò sia necessario per la determinazione dell'identità degli stranieri. La seconda ipotesi, ricavabile

tizzando che il questore quantifichi prontamente l'importo della cauzione al termine della fase di identificazione, il termine di 7 giorni è destinato a scadere *dopo* l'avvio del trattenimento in frontiera.

Si aprono, così, tre scenari poco rassicuranti. Il primo è che il trattenimento informale negli *hotspots* finisca per prolungarsi ben oltre le 48 ore, così esacerbando la situazione di sostanziale anomia già ripetutamente stigmatizzata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁵. Il secondo è che il trattenimento del richiedente in procedura di frontiera venga comunque avviato a prescindere dalla previa verifica di (in)applicabilità della misura alternativa, con conseguente virtuale illegittimità dei provvedimenti coercitivi così adottati. Il terzo è che, anche per effetto dell'annullamento di siffatti provvedimenti, la procedura di frontiera risulti (nuovamente) inapplicabile, tanto in Italia quanto nei centri costruiti in Albania: la libertà personale dei richiedenti asilo sarebbe salva, ma sarebbe compromessa la capacità dell'Italia di gestire i flussi in arrivo e arginare i movimenti secondari verso altri Stati membri. Ne deriverebbero una ulteriore "crisi" di credibilità a livello europeo e, perdurando lo stallo, una violazione delle nuove norme europee che di qui a due anni renderanno obbligatoria l'applicazione della procedura di frontiera.

4. *Il paradosso del Comma 22*

Il decreto del 10 maggio 2024 basterà a superare le censure di illegittimità mosse alla precedente disciplina dai giudici comuni e tuttora pendenti davanti alla Corte di giustizia? Forse sì.

Il decreto riscrive la disciplina della garanzia finanziaria nel segno di un indubbio rafforzamento della proporzionalità ed effettività della misura. Per un verso, nella determinazione dell'importo, l'abbandono dell'importo fisso e del criterio dell'autosufficienza finanziaria del richiedente allontana i dubbi

dall'art. 6-bis, introdotto dal d.l. n. 20/2023, è riferita specificamente ai richiedenti asilo sottoposto alla procedura di frontiera, ma la durata del trattenimento resta indeterminata (il comma 4 la autorizza anche nei punti di crisi «per il tempo strettamente necessario all'accertamento del diritto ad entrare nel territorio dello Stato») e il presupposto è pur sempre che il richiedente «non presti idonea garanzia finanziaria» (comma 2).

¹⁵ Da ultimo, si [vedano Corte EDU, sentenza del 30 marzo 2023, J.A. e altri c. Italia](#), e la connessa [decisione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 13 giugno 2024](#), che rileva, tra l'altro, la perdurante assenza di un quadro giuridico relativo al trattenimento nei c.d. punti di crisi.

di discriminazione in base al censo. Per altro verso, la possibilità che la garanzia sia prestata anche dai parenti e la previsione di tempi più ragionevoli attenuano i dubbi sulla effettività della misura alternativa.

In teoria, un “*crash test*” prima dell’applicazione della procedura di frontiera in Albania potrebbe essere utile, in quanto fornirebbe al Governo la possibilità di apportare correzioni in tempo utile. Ma il “*crash test*” assegnerebbe un ruolo decisivo al Tribunale di Catania, competente sull’unico centro per l’attuazione della procedura al momento operativo in Italia (Pozzallo). Il Governo potrebbe, perciò, differire di qualche mese la prima applicazione del nuovo decreto, così da offrire al Tribunale di Roma, competente sulle controversie “albanesi”, l’opportunità di pronunciarsi per primo sulla nuova disciplina.

Al di là di questi tatticismi, il vero punto debole della mini-riforma varata con il decreto del 10 maggio 2024 riguarda – come si è tentato di evidenziare – il difetto di coordinamento temporale tra l’avvio del trattenimento e il termine per prestare la garanzia finanziaria. L’ampliamento a 7 giorni di quest’ultimo, se da un lato accresce la possibilità per il richiedente di giovare di tale misura alternativa, dall’altro rende virtualmente impossibile verificare l’(in)applicabilità di tale misura alternativa *prima* che il trattenimento sia disposto.

Come nel paradosso del Comma 22, la situazione sembra offrire una possibilità di scelta, che si rivela in realtà apparente. Ridurre il termine significa vanificare l’effettiva possibilità di prestare la garanzia. Ma ampliarlo significa compromettere il tempestivo (o il legittimo) avvio del trattenimento in frontiera. Fino a quando il quadro giuridico della procedura che si svolge negli *hotspot* non sarà adeguatamente definito e la Corte costituzionale non chiarirà i termini di compatibilità di queste forme di trattenimento con l’art. 13 Cost., il legislatore nazionale resterà prigioniero di un paradosso che esso stesso alimenta.

LA *QUERELLE* SUI PAESI DI ORIGINE SICURI

PAESI DI ORIGINE: SICURI CHE SIANO SICURI?

Agostina Pirrello*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Designare un Paese come sicuro: il caso della Nigeria – 3. Sindacabilità del decreto Paesi sicuri: il caso della Tunisia – 4. I più recenti sviluppi.

1. *Introduzione*

Con il decreto interministeriale del 7 maggio 2024 (ex art 2-bis, d.lgs. n. 25/2008) l'Italia ha aggiornato il proprio elenco di Paesi di origine sicuri per la seconda volta¹ dalla sua

introduzione nell'ordinamento nazionale nel 2019². L'inserimento e la riconferma di alcuni Paesi nell'elenco non hanno mancato di far supporre che alla base del decreto non vi siano state accurate valutazioni sulla sicurezza e sul rispetto dei diritti umani nei Paesi terzi, bensì l'intenzione di asservire lo strumento legale previsto dalla Direttiva Procedur³ alla volontà governativa di comprimere le possibilità di riconoscimento della protezione internazionale⁴. Infatti, come osservato da vari commentatori⁵, le garanzie procedurali dei richiedenti asilo provenienti da Paesi reputati sicuri vengono attenuate da quella che la CGUE ha definito «una forma di presunzione relativa di protezione sufficiente nel paese di origine»⁶. Innanzitutto, la procedura di esame

* PhD Candidate in EU and International Law, Utrecht University.

¹ La prima volta col decreto del 17 marzo 2023.

² Decreto del 4 ottobre 2019.

³ Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione).

⁴ ASGI nota che il Governo italiano ha classificato come “sicuri” i Paesi da cui provengono più richiedenti asilo «basandosi principalmente, se non esclusivamente, sull'incremento delle domande di asilo nell'ultimo anno»: <https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/accesso-civico-asgi-leschede-dei-paesi-di-origine-sicuri-2/>

⁵ *Ex multis*, C. PITEA, *I primi nodi della disciplina sui Paesi di origine sicuri vengono al pettine*, e M. FLAMINI, *La protezione dei cittadini stranieri provenienti da c.d. Paesi sicuri in seguito alle modifiche introdotte dal d.l. n. 20 del 2023*, in *Questione Giustizia*, n. 3/2023.

⁶ CGUE, sentenza del 25 luglio 2018, *Migrationsverket*, C-404/17, EU:C:2018:588, punto 25.

della domanda di protezione internazionale viene accelerata, provocando così il rischio di erosione dell'accuratezza della valutazione. Inoltre, in caso di diniego della protezione internazionale, l'onere di motivazione dell'amministrazione si riduce al solo dare atto dell'insuccesso del richiedente asilo nel dimostrare che il paese non sia sicuro per via di particolari circostanze attinenti al suo caso personale⁷. Anche la fase giudiziale viene fortemente condizionata: i termini del ricorso sono dimezzati da 30 a 15 giorni e la sua proposizione non ha efficacia sospensiva automatica⁸, esponendo così il richiedente asilo a un rischio maggiore di essere rimpatriato prima della revisione del suo caso di fronte al giudice.

Partendo dall'inserimento nell'elenco italiano di Nigeria e Tunisia, nonostante i ragionevoli dubbi sulla loro sicurezza, nel presente contributo analizzo due profili critici della più recente prassi applicativa. Da un lato, il caso della Nigeria evidenzia alcuni problemi di trasparenza e coerenza del processo decisionale che ha condotto alla redazione del decreto Paesi sicuri. Dall'altro, i recenti orientamenti giurisprudenziali sul caso della Tunisia consentono di riflettere sull'estensione e sulle tecniche del sindacato giurisdizionale in materia.

2. *Designare un Paese come sicuro: il caso della Nigeria*

Ai sensi dell'articolo 37(1) della Direttiva Procedure si può considerare sicuro un Paese terzo se «sulla base dello status giuridico, dell'applicazione della legge all'interno di un sistema democratico e della situazione politica generale, si può dimostrare che non ci sono generalmente e costantemente persecuzioni quali definite nell'articolo 9 della direttiva 2011/95/UE, né tortura o altre forme di pena o trattamento disumano o degradante, né pericolo a causa di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale».

Al fine di dimostrare che in un Paese non vi sono situazioni riconducibili al concetto di persecuzione oppure ai tre casi di protezione sussidiaria, l'articolo 37(3) della Direttiva stabilisce che gli Stati membri devono consultare una serie di fonti autorevoli, tra cui vengono specificamente menzionate le Country of Origin Information (COI) fornite dall'Agenzia Europea per l'Asilo (EUAA), dall'UNHCR, dal Consiglio d'Europa e da altre organizza-

⁷ Art. 9, comma 2-bis, del D. Lgs n. 25 del 2008.

⁸ Art. 35-bis del D. Lgs. n. 25 del 2008.

zioni internazionali. Il considerando 46 raccomanda inoltre l'uso della metodologia EUAA per la raccolta di informazioni sui Paesi terzi da designare come sicuri. Tuttavia, non è prevista nessuna supervisione esterna sulla composizione delle liste nazionali o sull'attendibilità delle fonti consultate, né i singoli Stati sono vincolati da alcun organismo capace di garantire coerenza tra le diverse liste nazionali che, infatti, come rinvenuto dall'Agenzia Europea per l'asilo (EUAA⁹, differiscono notevolmente¹⁰.

Emblematico, in tal senso, è il caso della Nigeria, reputata Paese sicuro dall'Italia a partire da marzo 2023. La designazione dello Stato africano come sicuro rappresenta quasi un *unicum* nel panorama europeo, dato che prima dell'Italia solo Cipro lo aveva inserito nel proprio elenco¹¹. Uno sguardo anche solo fugace ai reports EUAA¹² sulla Nigeria restituisce un'immagine del Paese tutt'altro che rassicurante, risultando chiaro dalle COI che vaste regioni sono interessate da attacchi terroristici, da violenza diffusa e dall'inadeguatezza delle forze di sicurezza nazionali nel far fronte a questi fenomeni. La decisione da parte del legislatore italiano di inserire comunque il Paese nell'elenco può guardarsi con fondato sospetto, se si considera che la comunità nigeriana d'Italia è la più grande dell'Unione europea¹³ e che, perciò, gli arrivi in Italia di richiedenti asilo di nazionalità nigeriana non tenderanno a diminuire nel breve periodo.

Le valutazioni che hanno condotto il legislatore all'inclusione della Nigeria nell'elenco non sono state rese pubbliche. In risposta a una istanza di accesso civico generalizzato dell'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione (ASGI), il MAECI ha trasmesso l'appunto operativo n.

⁹ Per una critica del ruolo di EUAA nell'applicazione della nozione di Paese sicuro si veda, A. PIRRELLO, *Nigeria as a Safe Country of Origin? On the Production and (Mis)Use of Country of Origin Information*, in *Verfassungsblog*, 23 Maggio 2024, <https://verfassungsblog.de/nigeria-as-a-safe-country-of-origin/>.

¹⁰ EUAA report, *Applying the concept of safe countries in the asylum procedure*, December 2022, disponibile in: https://euaa.europa.eu/sites/default/files/publications/202212/2022_safe_country_concept_asylum_procedure_EN.pdf

¹¹ *Ibidem*.

¹² EUAA, *Nigeria Country focus*, disponibile in: https://euaa.europa.eu/sites/default/files/publications/2024-07/2024_07_EUAA_COI_Report_Nigeria_Country_Focus.pdf

¹³ Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Rapporto annuale sulla presenza dei migranti *La comunità nigeriana in Italia*, disponibile in: <https://www.lavoro.gov.it/documenti-e-norme/studi-e-statistici/che/Documents/Rapporti%20annuali%20sulle%20comunità%20migranti%20in%20Italia%20-%20anno%202021/Nigeria-rapporto-2021.pdf>

181962 e le schede redatte dagli uffici territoriali del Ministero riguardo a ciascuno dei Paesi menzionati dal decreto.¹⁴ La scheda sulla Nigeria è stata però oscurata in alcune parti, in base all'asserito rischio di «pregiudizio concreto alla tutela delle relazioni internazionali» derivante dall'ostensione delle «valutazioni di carattere politico» ivi contenute.¹⁵

ASGI ha comunque reperito tramite propri canali la versione integrale della scheda informativa¹⁶, la quale ha rivelato informazioni cruciali ai fini della valutazione della sicurezza generale in Nigeria. Si nota, in particolare, la seguente parte oscurata nella trasmissione del MAECI: «sebbene esistano delle norme punitive nei confronti dei pubblici ufficiali corrotti vi è un'ampia impunità e i meccanismi di tutela previsti non sono efficaci; inoltre coloro che si rifiutano di pagare subiscono rappresaglie. Per tali ragioni, le denunce sono scoraggiate aggirandosi solo sul 3,6%». Si evince dunque la mancanza di un efficace sistema di protezione dei cittadini contro gli abusi dei pubblici ufficiali, circostanza che fa sorgere dubbi in merito alla razionalità e legittimità del percorso logico e argomentativo che ha portato all'inclusione della Nigeria nell'elenco. Si configura infatti una difformità rispetto alle previsioni legislative, dato che l'Allegato I della Direttiva Procedure stabilisce espressamente che l'idoneità di un Paese a essere considerato sicuro richiede la presenza di un efficace sistema di rimedi contro le violazioni dei diritti e delle libertà sanciti dalla CEDU. Inoltre, sebbene dalle COI citate nella scheda informativa risultasse evidente che molte categorie di persone (donne, persone LGBTQ)¹⁷ in Nigeria non dispongono di una protezione adeguata, il decreto non ha previsto alcuna eccezione alla presunzione di sicurezza per alcune parti del territorio della Nigeria o per alcune categorie di persone, possibilità consentita dall'art. 2-bis d.lgs. 25/2008.

¹⁴ Disponibili in: <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2023/05/Schede-Paesi-Sicuri-2022.pdf>

¹⁵ Risposta del Direttore Generale per gli italiani all'estero e le Politiche Migratorie del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale all'accesso civico di ASGI, disponibile in https://www.asgi.it/wpcontent/uploads/2023/05/Accesso-agli-atti_Risposta-1.pdf.

¹⁶ Disponibili sul sito di ASGI https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2023/05/Scheda-Nigeria_2022.pdf

¹⁷ In particolare, report EUAA: <https://euaa.europa.eu/sites/default/files/publications/2018-EASO-COI-Nigeria-TargetingIndividuals.pdf>

3. *Sindacabilità del decreto paesi sicuri: il caso della Tunisia*

Il caso nigeriano mostra come le valutazioni riguardo alla sicurezza generale di un Paese possano rivelarsi fondate su basi malferme. Data la possibile difformità del decreto ministeriale rispetto alle indicazioni legislative su come comporre l'elenco di Paesi sicuri, si pone la questione delle vie giudiziali percorribili per sindacarne la legittimità davanti a un giudice.

La questione è recentemente emersa con riguardo alla Tunisia, qualificata come Paese sicuro in tutte le versioni del decreto. Con ricorso dello scorso anno, la sicurezza generale del Paese è stata contestata da un richiedente asilo la cui domanda era stata rigettata dalla commissione territoriale. Nell'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del diniego, il ricorrente ha addotto una serie di elementi non riferibili al suo caso individuale, bensì riguardanti il contesto sociale e politico della Tunisia e, in particolare, la "involuzione autoritaria" del Paese. Il Tribunale di Firenze, dopo aver condotto un'analisi delle più aggiornate COI sulla Tunisia, ha rilevato come significativi mutamenti della situazione socio-politica non fossero stati presi in considerazione dall'amministrazione e ha disapplicato il decreto ministeriale sui Paesi sicuri nella parte in cui include la Tunisia¹⁸. La decisione ha così aperto una strada innovativa: il giudice ordinario aveva, in precedenza, disposto la sospensione del provvedimento di rigetto sulla base delle gravi e circostanziate ragioni personali del richiedente asilo, senza però mettere in discussione direttamente la legittimità dell'elenco ministeriale (per es. Trib. Firenze, sentenza del 9 marzo 2022n, n. 1823 e Trib. Perugia, sentenza del 25 febbraio 2022, n. 667).

Sebbene la decisione assunta possa essere accolta con favore in quanto amplia la tutela offerta al richiedente asilo, è opportuno rendere conto di alcune obiezioni che sono state mosse con riguardo all'utilizzo dello strumento della disapplicazione da parte del giudice ordinario (si veda il decreto del Tribunale di Firenze dell'11 gennaio 2024). Innanzitutto, l'art. 5 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo (l.a.c.) consente al giudice ordinario di valutare la legittimità di un atto amministrativo e, eventualmente, di disapplicarlo, solo qualora tale atto si ponga come "pregiudiziale", cioè come «antecedente logico insuperabile alla riconoscibilità del pieno diritto azionato». Non sembra che questo sia il caso del giudizio sulla protezione

¹⁸ Decisione del 20 settembre 2023, r.g. n. 9787/2023. Decreto disponibile su Sistema Penale: https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1698044302_trib-firenze-paesi-orgine-sicuri.pdf

internazionale: come confermato dalla CGUE nel caso *Torubarov*¹⁹, il sindacato del giudice avverso il diniego della protezione internazionale non è un sindacato sulla legittimità del provvedimento amministrativo di diniego della protezione, ma sul diritto assoluto dello straniero ad ottenere la forma di protezione che l'ordinamento gli riconosce in base alla sua condizione individuale, nonché alla situazione del suo Paese di provenienza²⁰. Aderendo a questa impostazione, ne è stato dedotto (con il richiamato decreto dell'11 gennaio 2024 del Tribunale di Firenze) che il giudice ordinario potrebbe comunque tutelare il diritto del richiedente senza dover disapplicare il decreto ministeriale che qualifica il suo paese di provenienza come sicuro.

Pare tuttavia condivisibile l'opinione di chi sostiene che questa impostazione sia «un artificio interpretativo utilizzato al solo fine di evitare il rischio di addentrarsi nel vaglio di legittimità dell'atto amministrativo», vaglio che invece la legge (in particolare, il combinato disposto degli art. 2, 4, e 5 l.a.c.) prescrive «ogni qual volta l'esistenza o il modo in cui esiste il diritto soggettivo posto a fondamento della domanda 'dipenda' da un atto amministrativo»²¹. Del resto, sebbene il decreto ministeriale non incida in modo definitivo e automatico sull'esito della richiesta di protezione internazionale e sul diritto d'asilo, ne condiziona indubbiamente l'iter che conduce all'accertamento del diritto²².

Il nodo principale della questione riguarda evidentemente i limiti del sindacato del giudice ordinario sull'elenco contenuto nel decreto ministeriale. Tali limiti sono volti a impedire che il giudice invada lo spazio di decisione (si potrebbe anche dire di discrezionalità, ma si vedano i dubbi condivisibili avanzati sul punto da Cudia²³) riservato all'amministrazione. È indiscusso che il giudice debba esercitare un controllo sulle condizioni applicative delle procedure accelerate: la Corte di Cassazione ha in tal senso riconosciuto al giudice un potere/dovere di verifica d'ufficio (Cass., sentenza del 10 marzo

¹⁹ CGUE, sentenza del 29 luglio 2019, *Torubarov*, C-556/17, EU:C:2019:626.

²⁰ I. PAGNI, *La tutela giurisdizionale in materia di protezione internazionale tra regole del processo ed effettività del diritto alla protezione*, in *Questione Giustizia*, 8 febbraio 2021.

²¹ A. D. DE SANTIS, *Sulla disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice civile. Il "caso" del c.d. Decreto Paesi sicuri*, in *Questione Giustizia*, 12 luglio 2024.

²² C. FAVILLI, *Armonizzazione delle legislazioni nazionali e standard di tutela dei diritti fondamentali: il caso del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva in materia di asilo*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea, Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019.

²³ C. CUDIA, *Sindacabilità E Disapplicazione del decreto ministeriale di individuazione dei "paesi di origine sicuri" nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale: osservazioni su una attività del giudice ordinario costituzionalmente necessaria*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2024.

2021, n. 6745; conforme anche Cass., sentenza del 30 giugno 2021, n. 18518). L'estensione e le modalità di tale controllo sono però cruciali per comprendere la giustiziabilità del decreto. Il Tribunale di Firenze, infatti, nel disapplicare il decreto Paesi sicuri, ne ha riconosciuto l'insindacabilità nel merito in ragione della «natura particolarmente complessa della valutazione tecnica del MAE-CI» e ha precisato di non voler «ingerirsi nelle scelte discrezionali della Pubblica autorità». Il Tribunale ha quindi fatto discendere il proprio sindacato dal «mutamento delle circostanze intervenute prima dell'atto applicativo incidente sul diritto soggettivo del richiedente asilo», derivando l'obbligo di revisione del decreto dall'art. 37 e dal considerando 48 della Direttiva Procedure, che impongono l'aggiornamento periodico dell'elenco.

Quale è, però, la tenuta di tale argomentazione nel caso in cui la mancanza di sicurezza in un Paese non derivi da un sopravvenuto mutamento delle circostanze, ma è stata piuttosto ignorata nel corso di un'istruttoria che ha preso in considerazione le fonti in maniera selettiva (come nel caso analizzato della Nigeria)? Al fine di garantire la piena tutela dei diritti, si deve ritenere possibile un sindacato che consenta al giudice ordinario di censurare almeno i casi più evidenti di cattivo uso del potere discrezionale che la legge conferisce all'amministrazione. Per esempio, nel caso in cui il decreto presenti conclusioni palesemente incoerenti rispetto alle fonti consultate (come nel caso illustrato della Nigeria), si configurerebbe un'ipotesi di contraddittorietà manifesta. È stato sostenuto da Cudia che in casi simili si possono ritenere integrate anche le figure del travisamento dei fatti (per l'erronea considerazione della situazione politica e sociale dei paesi di origine) e del difetto di istruttoria (per via di un'analisi fallace delle condizioni di sicurezza dei paesi di origine)²⁴. Tale visione, però, presuppone che il giudice non solo possa sostituirsi all'amministrazione nell'effettuare le complesse valutazioni sulla situazione politica e sociale dei paesi di origine, ma anche che ne sia in grado. Circostanza, quest'ultima, che non può darsi per scontata, considerando anche che i giudici sono spesso assistiti dall'EUAA nelle ricerche sulle COI appunto perché non necessariamente muniti delle competenze necessarie per valutare la situazione socio-politica nei Paesi dei richiedenti asilo²⁵.

²⁴ Ivi, pp 18-19.

²⁵ Per un'analisi del ruolo EUAA rispetto alle decisioni dei giudici nazionali, A. PIRRELO, *The European Union Agency for Asylum: legal remedies and national articulations in composite procedures*, in *European Law Journal*, Volume 30, Issue1-2, 165-180.

4. *I più recenti sviluppi*

Il problema dei limiti del sindacato autonomo del giudice civile sulla sicurezza generale di un Paese è stato recentemente oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 363 bis c.p.c. da parte del Tribunale di Roma²⁶. Alla Suprema Corte viene chiesto di chiarire se tale giudizio debba ritenersi vincolato all'inclusione del Paese nell'elenco di quelli definiti sicuri dal decreto ministeriale o se, invece, possa e debba svolgersi anche sulla base di altre informazioni derivanti da COI più aggiornate, che l'autorità giudiziaria sia chiamata a raccogliere e valutare. Conseguenza di questo potere/dovere del giudice sarebbe la seguente: in caso di Paese reputato non sicuro, la sospensiva cautelare richiesta dovrebbe ritenersi automaticamente concessa per la sola proposizione del ricorso di protezione internazionale ai sensi dell'art. 35-bis, comma 3, prima parte, d.lgs. n. 25/2008 e in assenza dei gravi motivi di cui al successivo comma 4.

La questione del vaglio del giudice sulle liste nazionali di Paesi sicuri è stata poi recentemente discussa davanti alla CGUE. Nel caso C-406-22, attualmente pendente, l'Avvocato Generale Emiliou ha ritenuto che il diritto a un ricorso effettivo e il dovere di esame completo della richiesta di protezione internazionale impongono al giudice di non applicare la presunzione di sicurezza del Paese di origine qualora l'autorità accertante abbia applicato la "procedura paesi sicuri" in assenza delle condizioni per il suo utilizzo. L'AG ha sostenuto, inoltre, che la questione debba essere esaminata d'ufficio dal giudice, in quanto il diritto a un ricorso effettivo, previsto dall'art. 46(3) della Direttiva Procedure per la domanda di protezione internazionale, deve necessariamente includere la legittimità della designazione di un determinato Paese terzo come sicuro²⁷.

Le questioni qui brevemente esposte assumeranno una rilevanza crescente alla luce del sempre più frequente ricorso alla nozione di Paese sicuro. Per esempio, comprendere i limiti del sindacato del giudice sarà cruciale per l'applicazione del protocollo tra l'Italia e l'Albania²⁸, ratificato e reso esecutivo con legge n. 14.2024. Poiché soltanto i richiedenti asilo provenienti da

²⁶ https://www.cortedicassazione.it/resources/cms/documents/Ordinanza_Trib_Roma_RG_26085_2024_nsRG_14533_2024_oscuramento_noindex.pdf

²⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale, *Ministerstvo vnitra České republiky, Odbor azylové a migrační politiky*, C-406/22, EU:C:2024:442.

²⁸ M. SAVINO, *La legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo Italia-Albania: tre problemi di sostenibilità giuridica e amministrativa*, in *Questo volume*, p....

Paesi di origine considerati “sicuri” potranno essere sbarcati e trattenuti in Albania, la questione della giustiziabilità della nozione di Paese sicuro sarà dirimente per valutare la legittimità del trattenimento di una persona in Albania e per garantire, più in generale, il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva.

IL CONTROLLO GIURISDIZIONALE SULLA DESIGNAZIONE
DEI PAESI DI ORIGINE SICURI:
L'ISTRUTTIVA ESPERIENZA DELLA FRANCIA

Giampiero Cassola*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il controllo giurisdizionale sulla designazione dei paesi di origine sicuri: il quadro normativo UE – 3. La designazione della lista dei paesi di origine sicuri nell'ordinamento francese – 4. L'esame individuale dell'OFPPRA e il controllo giurisdizionale della CNDA – 5. Il controllo giurisdizionale del *Conseil d'État* sulla designazione dei paesi di origine sicuri – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Nell'ambito della procedura accelerata di frontiera cui sono sottoposti i richiedenti asilo provenienti da paesi d'origine sicuri, la nota sentenza della Corte di Giustizia UE (CGUE) del 4 ottobre 2024 ha affermato che il giudice investito del contenzioso avverso il diniego di riconoscimento della protezione internazionale deve valutare, anche d'ufficio, la legittimità della designazione di un paese d'origine sicuro¹.

In Italia, gli effetti apparentemente dirompenti di questo principio si sono immediatamente manifestati: alcuni tribunali di merito hanno direttamente disapplicato l'elenco dei paesi d'origine sicuri, perché hanno autonomamente valutato che il paese oggetto del ricorso non potesse definirsi sicuro² e altri hanno proposto rinvio pregiudiziale alla CGUE³. Di conseguenza, è in

* Dottorando di ricerca in diritto amministrativo, Università della Tuscia.

¹ CGUE (Grande sezione), sentenza del 4 ottobre 2024, *CV c. Ministerstvo vnitra České republiky, Odbor azylové a migrační politiky*, C-406/22, ECLI:EU:C:2024:841.

² Si veda Trib. Roma, (decreto), 18/10/2024, n. 42260.

³ Si veda Trib. Bologna (ordinanza), 25/10/2024, n. 14572/2024; Trib. Palermo (decreto), RG 13380 5/10/2024 e RG 13382 5/10/2024; Trib. Roma (ordinanza), XVIII Sezione Civile, 11.11.2024. Per un esame della questione nell'ordinamento italiano, si veda M. SAVINO, *Il Diritto è morto? Lunga vita al Diritto! Come la Cassazione ha risolto il rebus dei Paesi sicuri e quali implicazioni trarne*, in *ADiM Blog, Editoriale*, Dicembre 2024; ID, *Se i giudici tornassero a occuparsi del caso concreto? L'impasse sui Paesi terzi sicuri e una possibile via di uscita*, in *ADiM Blog, Editoriale*, novembre 2024.; ID, *La mancata convalida dei trattenimenti in Albania: alcuni dubbi sulla decisione del Tribunale di Roma*, in *ADiM Blog, Editoriale*, Ottobre 2024; A. PIR-

atto una applicazione difforme del diritto UE su tutto il territorio nazionale, che rende difficilmente praticabile la procedura di frontiera: da una parte, infatti, gli effetti della disapplicazione sono limitati alla singola decisione e, dall'altra, il singolo giudice può valutare come sicuro un paese ritenuto non sicuro da un altro giudice.

La rilevanza della questione sembra andare oltre l'imminente pronuncia della CGUE, chiamata a decidere sulla possibilità che la designazione di un paese come sicuro avvenga con l'eccezione di determinate categorie di persone (art. 2-bis, d.lgs. n. 25/2008); anche perché tale eccezione (insieme a quella territoriale) è già prevista dall'art. 59, par. 2, del prossimo Regolamento 2024/1348/UE che entrerà in vigore a partire da giugno 2026. Peraltro, il nuovo Regolamento prevede la possibilità per gli Stati membri di adottare una lista nazionale di paesi di origine sicuri che sia diversa da quella designata dall'UE (art. 64, par. 1); previsione che conferma l'importanza di un controllo giurisdizionale interno sulla designazione dei paesi d'origine sicuri e sulla sua applicazione in concreto, che sappia adeguatamente bilanciare il diritto ad un ricorso effettivo del richiedente protezione internazionale, l'uniforme applicazione del diritto UE sul territorio nazionale e l'interesse pubblico allo svolgimento della procedura accelerata di frontiera, nel rispetto, ovviamente, del principio di separazione dei poteri.

Vista l'insostenibilità della situazione dal punto di vista giuridico e istituzionale, dopo aver ricostruito il quadro normativo UE, si intende esaminare il controllo giurisdizionale nell'ordinamento francese, nella convinzione che possa offrire elementi utili per meglio individuare le criticità del sistema italiano.

2. *Il controllo giurisdizionale sulla designazione dei paesi di origine sicuri: il quadro normativo UE*

L'art. 31, par. 8, lett. b), della direttiva 2013/32/UE, prevede la possibili-

RELLO, *Paesi di origine: sicuri che siano sicuri?*, in *ADiM Blog, Editoriale*, Luglio 2024; C. CUDIA, *Osservazioni sul decreto legge in materia di individuazione dei paesi di origine sicuri nelle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale: quando il fine non giustifica il mezzo (e il mezzo è inidoneo a perseguire il fine)*, in *federalismi.it*, n. 27/2024, pp. 48-71; A.D. DE SANTIS, *Sulla disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice civile. Il "caso" del c.d. Decreto Paesi sicuri*, in *Questione Giustizia*, n. 3/2024, pp. 2-11; C. FAVILLI, *Gli ostacoli all'accesso al diritto d'asilo e la nozione di Paese sicuro: prime prove di applicazione del Protocollo Italia-Albania*, in *diariodidirittopubblico.it*, novembre 2024.

tà per gli Stati membri di esaminare la domanda di asilo in via accelerata se il richiedente proviene da un paese di origine sicuro. Il successivo art. 36 dispone che «un paese terzo designato paese di origine sicuro a norma della presente direttiva può essere considerato paese di origine sicuro per un determinato richiedente, previo esame individuale della domanda, solo se [...] non ha invocato gravi motivi per ritenere che quel paese non sia un paese di origine sicuro nelle circostanze specifiche in cui si trova il richiedente stesso e per quanto riguarda la sua qualifica di beneficiario di protezione internazionale a norma della direttiva 2011/95/UE»⁴. Quest'ultima disposizione – confermata dall'art. 61, par. 5, del prossimo Regolamento 2024/1348/UE – bene distingue i due piani nei quali emerge il concetto di paese di origine sicuro: quello della (generale e astratta) designazione e quello della (specifica e concreta) applicazione. Le conseguenze sono rilevanti nella distribuzione delle competenze: spetta al potere politico la designazione dei paesi di origine sicuri e alla amministrazione di valutarne la concreta applicazione (solo e soltanto) nel caso di specie alla luce di eventuali gravi motivi correlati alla situazione individuale del richiedente. E quanto al potere giurisdizionale? Che tipo di controllo esercita sulla designazione dei paesi di origine sicuri e quale sulla sua concreta applicazione?

A tal proposito, l'art. 46 della direttiva 2013/32/UE (confermato nel nuovo art. 67, Regolamento 2024/1348/UE) prevede che gli Stati membri assicurano che il richiedente abbia diritto a un ricorso effettivo avverso la decisione di rigetto della «domanda di protezione internazionale» (par. 1, lett. a)), capace di garantire, entro «termini ragionevoli» (par. 4), «l'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto compreso, se del caso, l'esame delle esigenze di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2011/95/UE, quanto meno nei procedimenti di impugnazione dinanzi al giudice di primo grado» (par. 3).

Sulla questione è intervenuta la CGUE (Grande sezione) con la richiamata sentenza del 4 ottobre 2024, nella causa C-406/2022, CV contro Repubblica Ceca, in cui ha affermato che nelle ipotesi di un ricorso avverso una decisione di rigetto di una domanda di protezione internazionale esaminata nelle forme del regime accelerato applicabile ai richiedenti provenienti da paesi designati di origine sicuri, il giudice «deve rilevare, sulla base degli elementi del fascicolo nonché di quelli portati a sua conoscenza nel corso del procedimento dinanzi ad esso, una violazione delle condizioni sostanziali di siffatta designazione, enunciate all'allegato I di detta direttiva, anche se tale violazione non è espressamente fatta valere a sostegno di tale ricorso».

⁴ Si veda anche il considerando 43 della stessa direttiva 2013/32/UE.

3. La designazione della lista dei paesi di origine sicuri nell'ordinamento francese

Nell'ordinamento francese, la competenza a decidere sulle domande d'asilo è attribuita all'*Office Français de Protection des Réfugiés et Apatrides* (OFPRA)⁵, definito come ente pubblico dotato di personalità giuridica e autonomia finanziaria e amministrativa⁶.

In origine⁷, l'OFPRA faceva parte dell'apparato amministrativo del *Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères* e si articolava in un organo amministrativo (OFPRA) e in uno giurisdizionale (*Commission de recours des réfugiés*, CRR). A partire dal 2007, l'OFPRA è stato ricondotto nell'ambito dell'organizzazione del ministero competente in materia di asilo, oggi *Ministère de l'Intérieur*, ed è stata abrogata la CRR, sostituita dalla *Cour nationale du droit d'asile* (CNDA), con sede unica a Montreuil e inserita nell'ambito della giurisdizione amministrativa del *Conseil d'État*⁸.

L'art. L. 531-25 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (CESEDA) prevede i casi in cui l'OFPRA esamini le domande di asilo in procedura accelerata, quando il richiedente: i) proviene da un paese d'origine sicuro; ii) ha presentato una domanda di riesame che non risulta inammissibile; iii) è sottoposto a misure restrittive della libertà, come l'assegnazione a residenza o la detenzione, in applicazione dell'articolo L. 523-1, oppure è trattenuto in base all'articolo L. 754-3.

Con riferimento al primo caso, spetta al Consiglio di amministrazione dell'OFPRA adottare la lista dei paesi d'origine sicuri⁹, la cui situazione deve essere esaminata regolarmente, assicurando che l'elenco sia aggiornato e rile-

⁵ Si veda l'art. L. 531-1, *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (CESEDA). Sulla diritto di asilo nell'ordinamento francese, si veda J.-M. BELORGEY, *Le droit d'asile*, II ed., LGDJ, Paris, 2016; C. BILLET, E. D'HALLUIN, B. TAXIL (sous la direction de), *L'accueil des demandeurs d'asile et des réfugiés aux portes de l'Europe*, Éditions mare & martin, Paris, 2022.

⁶ Si veda l'art. L. 121-7, CESEDA.

⁷ L'OFPRA è stato istituito con la legge n. 52-893 del 25 luglio 1952.

⁸ Legge n. 2007-1631 del 20 novembre 2007 e decreto n. 2007-999 del 31 maggio 2007. Sul ruolo della CNDA, si veda F. Malvasio, *La procédure accélérée devant la Cour nationale du droit d'asile (CNDA)*, in C.-A. CHASSIN, *La réforme de l'asile mise en œuvre*, Éditions A. Pedone, Paris, 2017, pp. 97-104; M. THEY, *Les particularités du contentieux devant la Cour nationale du droit d'asile : regard d'un juge-avocat*, in N. CLINCHAMPS – J.-J. MENURET (sous la direction de), *Asile et migrations. Quelles solidarités ? Quelles responsabilités ?*, Éditions mare & martin, Paris, 2022, pp. 223-238.

⁹ Si vedano artt. L. 121-13, c. 1, e L. 531-25, c. 2, CESEDA.

vante¹⁰. A tal proposito, l'art. L. 531-25, c. 1, CESEDA, definisce sicuro un paese d'origine quando, sulla base della situazione giuridica, dell'applicazione del diritto nell'ambito di un regime democratico e delle circostanze politiche generali, è possibile dimostrare che, complessivamente e uniformemente sia per gli uomini che per le donne, indipendentemente dal loro orientamento sessuale¹¹, non si ricorre mai alla persecuzione, alla tortura, a pene o trattamenti inumani o degradanti, e non vi è alcuna minaccia dovuta a una violenza che potrebbe colpire persone senza considerazione della loro situazione personale in contesti di conflitto armato internazionale o interno¹². La norma non fornisce altri dettagli sulla modalità di definizione della lista e si limita a fare rinvio all'art. 37 e all'allegato I della direttiva 2013/32/UE, che impongono di riesaminare periodicamente la situazione nei paesi terzi designati come paesi di origine sicuri e di effettuare la valutazione sulla base delle informazioni fornite da altri Stati membri, dall'EASO, dall'UNHCR, dal Consiglio d'Europa e da altre organizzazioni internazionali competenti.

Quanto all'aggiornamento della lista, il comma 5 dell'art. L. 531-25 attribuisce ai presidenti delle commissioni permanenti incaricate degli affari esteri e delle leggi costituzionali dell'Assemblea nazionale e del Senato, alle associazioni per la difesa dei diritti umani, per la difesa dei diritti degli stranieri o dei richiedenti asilo o per la difesa dei diritti delle donne o dei bambini la possibilità di sottoporre al Consiglio di amministrazione dell'OFPPRA una richiesta volta all'iscrizione o alla cancellazione di uno Stato dalla lista dei paesi di origine sicuri¹³.

Ad oggi, come si vedrà, dopo alcune significative decisioni del *Conseil d'État*, l'OFPPRA ha modificato la lista dei paesi di origine sicuri, ricomprendendovi: Albania, Armenia, Bosnia ed Erzegovina, Capo Verde, Georgia, India, Macedonia del Nord, Mauritius, Moldavia, Mongolia, Montenegro, Serbia e Kosovo¹⁴.

¹⁰ Si veda art. L. 531-25, c. 3.

¹¹ Il riferimento all'orientamento sessuale è stato aggiunto dalla legge n. 2018-778 del 10 settembre 2018.

¹² Si veda art. L. 531-25, c. 1.

¹³ L'art. R. 531-24, c. 2, fa salva la facoltà del presidente del Consiglio di amministrazione dell'OFPPRA di non iscrivere all'ordine del giorno le richieste pretestuose, in particolare per il loro numero, aventi carattere ripetitivo o sistematico.

¹⁴ Liste des pays d'origine sûrs, décision du Conseil d'administration de l'Ofpra du 9 octobre 2015, Actualisée suite à la décision du Conseil d'Etat du juillet 2021, in ofpra.gouv.fr.

4. *L'esame individuale dell'OFPPRA e il controllo giurisdizionale della CNDA*

Nel corso dell'istruttoria, a meno che la presenza del richiedente asilo in Francia non rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sicurezza dello Stato, l'OFPPRA può decidere di non procedere in via accelerata se il richiedente, proveniente da un paese d'origine sicuro, solleva motivi seri per ritenere che il proprio paese d'origine non possa essere considerato sicuro a causa della sua situazione personale e dei motivi della sua richiesta¹⁵.

L'esame individuale condotto dall'OFPPRA si riflette anche sul tipo di controllo giurisdizionale della *Cour nationale du droit d'asile* (CNDA), quale giudice competente a decidere sui ricorsi in caso di diniego di protezione internazionale; ricorsi che hanno efficacia automaticamente sospensiva della decisione dell'OFPPRA¹⁶. Si tratta, infatti, di un controllo di *plein contentieux*, ossia, esteso al merito¹⁷; vale a dire che, il giudice, se accoglie il ricorso, non può limitarsi a sindacare la legittimità della decisione¹⁸ e, nel caso, annullarla, rimettendo la questione all'OFPPRA¹⁹, bensì è tenuto a decidere sul diritto del ricorrente alla protezione internazionale²⁰, valutando la realtà dei rischi invocati dal richiedente²¹ sulla base delle circostanze di fatto e di diritto esistenti nel momento in cui decide²².

¹⁵ Cfr. art. L. 531-28, CESEDA.

¹⁶ Si vedano gli artt. da L. 532-1 a L. 532-15, CESEDA. Sull'efficacia sospensiva del ricorso proposto avverso la decisione dell'OFPPRA, si veda l'art. L. 542-1, CESEDA. Sul ruolo della CNDA, si veda J. BELHADJ, *Un juge administratif aux frontières de l'asile*, in N. CLINCHAMPS, J.-J. MENURET (sous la direction de), *Asile et migrations. Quelles solidarités ? Quelles responsabilités ?*, Éditions mare & martin, Paris, 2022, pp. 239-249.

¹⁷ Cfr. art. L. 532-2, CESEDA. Per un approfondimento, si veda C. BROYELLE, *Contentieux administratif*, 12° ed., LGDJ, Paris, 2024; E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berge-Levrault, et Cie, 2° ed., 1896; P. MULLIER, *Le juge administratif e les spécificités du contentieux de l'immigration*, in M.C. DE VITO, L. MVE ELLA, S. PIERRE-CAPS (sous la direction de), *Immigration e droit public*, PUN – Edulor, Nancy Cedex, 2017, pp. 143-168.

¹⁸ Conseil d'Etat, Section, 8/01/1982, n. 24948, in legifrance.gouv.fr.

¹⁹ L'art. L532-3 CESEDA prevede alcune deroghe al meccanismo di *plein contentieux*.

²⁰ Conseil d'État, 2ème / 7ème chambres réunies, 21/07/2022, n. 452868, in legifrance.gouv.fr.

²¹ Conseil d'État, 10ème / 9ème SSR, 10/04/2015, 372864, in legifrance.gouv.fr.

²² Conseil d'Etat, 10 / 9 SSR, 17/05/2002, n. 231387, in legifrance.gouv.fr. La CNDA deve valutare anche le circostanze verificatesi dopo la decisione impugnata (cfr., CNDA, 10/02/2009, n. 627204, in legifrance.gouv.fr). Si veda, R. ROUQUETTE, B. DEFOORT, *Demande de réexamen*, in *Petit traité du procès administratif*, 10° ed., Dalloz, Paris, 2023, p. 1702.

La decisione della CNDA è ricorribile entro due mesi al *Conseil d'État* che può cassarla e rinviarla alla CNDA oppure pronunciarsi direttamente sulla questione²³.

Sembra da escludersi la possibilità che la CNDA possa sindacare la legittimità della designazione di un paese come d'origine sicuro: da una parte, perché tale controllo è riservato, come si vedrà, al *Conseil d'État* e, dall'altra, in quanto, qualora venga sollevata una nuova questione di diritto, che presenta una grave difficoltà e dà luogo a numerose controversie (si pensi ad un improvviso conflitto sorto in corso di causa che coinvolge il paese designato come sicuro), la CNDA può, con decisione inappellabile, trasmettere (con effetto sospensivo sulla decisione di merito) il fascicolo della causa al *Conseil d'État* che esamina la questione entro tre mesi²⁴. La CNDA, dunque, sindacava l'*applicazione* nel caso di specie della presunzione di sicurezza di un paese in ragione della situazione personale del richiedente, ma non la sua generale *designazione*.

5. Il controllo giurisdizionale del *Conseil d'État* sulla designazione dei paesi di origine sicuri

Per giurisprudenza consolidata²⁵, la lista dei paesi d'origine sicuri ha natura giuridica di atto amministrativo generale (*actes réglementaires*) e, come tale, può essere impugnata per *excès de pouvoir* in unico grado davanti al *Conseil d'État*²⁶ dalle associazioni che dimostrano la sussistenza di un interesse a ricorrere sulla base della concordanza tra l'oggetto statutario e l'atto impugnato²⁷. Si tratta di un ricorso che non è volto a tutelare il diritto leso dall'atto impugnato, bensì a sindacare la legittimità di quest'ultimo (c.d. «*procès fait à un acte*»²⁸)²⁹.

²³ A differenza di quanto accade per il contenzioso amministrativo "ordinario", ove le decisioni del *tribunal administratif* possono essere impuginate dinanzi alla *cour administrative d'appel*.

²⁴ Cfr. art. L. 531-5, CESEDA.

²⁵ Si veda, *ex multis*, *Conseil d'État*, Section, 19/11/2021, n. 437141, in *legifrance.gouv.fr*.

²⁶ Cfr. art. R311-1, c. 1, p. 2, del *Code de justice administrative*. Per un approfondimento, si veda J. PETIT, P.-L. FRIER, *Droit administratif*, 17° ed., LGDJ, Paris, 2023.

²⁷ Si tratta delle associazioni che hanno come oggetto statutario la tutela dei diritti umani, degli stranieri, dei richiedenti asilo e di altre categorie di persone (es. appartenenti alla comunità LGBTQIA+). Si veda, *Conseil d'État*, 5ème/4ème SSR, 04/11/2015, 375178, in *legifrance.gouv.fr*.

²⁸ E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, et Cie, 2° ed., 1896, t. 2, p. 561.

²⁹ C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, 12° ed., LGDJ, Paris, 2024, che, a tal proposi-

Nelle sue decisioni, il *Conseil d'État* esamina la legittimità *externe* ed *interne*³⁰ della valutazione effettuata dall'OFPPRA: mentre la prima attiene al rispetto delle regole procedurali e formali, quali, ad esempio, la tempestiva trasmissione di tutte le informazioni necessarie ai membri del Consiglio di amministrazione (CDA), la regolarità della composizione e della convocazione del CDA; la seconda riguarda, nel quadro della violazione di legge, il contenuto dell'atto e richiede di verificare che gli elementi risultanti dagli atti del fascicolo di ogni singolo paese rispettino o meno i criteri previsti per la designazione dall'art. L. 531-25, CESEDA³¹.

Per meglio comprendere la portata del sindacato del *Conseil d'État*, merita brevemente soffermarsi sulla recente evoluzione della lista dei paesi di origine sicuri³².

A partire dal 2015, la lista dei paesi di origine sicuri comprendeva 16 paesi³³, la cui designazione è stata integralmente confermata dal *Conseil d'État* a fine 2016³⁴.

Con la riforma del 2018, alla definizione di paese di origine sicuro è stata aggiunta la previsione che lo stesso non può essere il luogo di persecuzioni legate all'orientamento sessuale³⁵. Conseguentemente, un'associazione per i

to, parla di funzione disciplinare del ricorso per *excès de pouvoir*, finalizzato a sottomettere l'amministrazione al rispetto della legalità.

³⁰ I motivi di legittimità *externe* sono incompetenza, vizi procedurali e formali; quelli di legittimità *interne* sono sviamento di potere e violazione di legge derivante dai contenuti dell'atto e dai suoi motivi. Cfr. J. PETIT, P.-L. FRIER, *Droit administratif*, 17° ed., LGDJ, Paris, 2023, pp. 709 ss.

³¹ Si vedano *Conseil d'État*, 2ème - 7ème chambres réunies, 30/12/2016, n. 395058; *Conseil d'État*, 2ème - 7ème chambres réunies, 02/07/2021, n. 437141.

³² La prima lista dei paesi di origine sicura risale al 30 giugno 2005; si veda *Décision du 30 juin 2005 fixant la liste des pays d'origine sûrs*, in legifrance.gouv.fr. Il 3 maggio 2006 sono stati aggiunti Albania, Macedonia, Tanzania, Nigeria e Madagascar. A seguito della sentenza del *Conseil d'État* 13 février 2008, n. 295443, sono stati espunti dalla lista Albania e Nigeria. Con decisione del 20 novembre 2009, l'OFPPRA ha espunto dalla lista la Georgia e aggiunto l'Armenia, Serbia e Turchia. Il *Conseil d'État* ha, in seguito, con sentenza del 23 luglio 2010, n. 336034, espunto dalla lista Armenia e Turchia. Con successiva decisione dell'11 marzo 2011, l'OFPPRA ha aggiunto alla lista Albania e Kosovo; decisione poi annullata dal *Conseil d'État*, con sentenza 26 marzo 2012, n. 349174, 349356, 349357, 349653 e 350189.

³³ OFPPRA, *Décision du 9 octobre 2015 fixant la liste des pays d'origine sûrs*, in legifrance.gouv.fr.

³⁴ *Conseil d'État*, 2ème - 7ème chambres réunies, 30/12/2016, n. 395058, in legifrance.gouv.fr.

³⁵ Legge n° 2018-778 del 10 settembre 2018, che ha novellato l'attuale art. L. 531-25, CESEDA.

diritti umani ha formalmente chiesto all'OFPPRA di rimuovere dall'elenco dei paesi di origine sicuri quelli in cui l'omosessualità è penalmente perseguibile, come Senegal e Ghana. L'OFPPRA, dopo aver esaminato anche la situazione del Benin, ha deciso di non modificare la lista e di rinviare la valutazione del Benin entro 6 mesi; decisione quest'ultima che ha portato nel settembre 2020 alla successiva sospensione della designazione del Benin come paese di origine sicuro³⁶.

In seguito ad ulteriori tensioni politiche e crisi di sicurezza interna che hanno coinvolto Georgia e Armenia, alcune associazioni hanno impugnato la suddetta decisione dell'OFPPRA dinanzi al *Conseil d'État*, chiedendone l'annullamento e, in corso di causa, l'*abrogation* dalla lista di Armenia, Georgia e Senegal.

Il *Conseil d'État* si è pronunciato con la sentenza 2 luglio 2021, n. 437141, con la quale ha esaminato la situazione di ciascun paese, confrontando gli atti risultanti dai fascicoli con i criteri normativamente previsti per la designazione, e ha annullato la lista nella parte in cui ricomprendeva Senegal, Ghana e Benin (seppur quest'ultima già eliminata dall'OFPPRA nelle more del ricorso), rimettendo poi alla *section du contentieux* l'esame delle *conclusions subsidiaires à fin d'abrogation*³⁷. L'esame di legittimità *interne* mostra una completa (ri)valutazione della decisione dell'OFPPRA, comunque circoscritto a verificare che gli elementi contenuti nel fascicolo di ciascun paese rispettino i criteri predeterminati dalla legge, consentendone la designazione. Tale esame incontra un ulteriore limite di carattere temporale: gli elementi successivi alla decisione impugnata non possono essere utilmente valutati ai fini dell'espunzione di un paese dalla lista³⁸.

La *section du contentieux* del *Conseil d'État* si è poi pronunciato con la sentenza 19/11/2021, n. 437141, ove ha respinto le conclusioni avanzate dalle associazioni ricorrenti che chiedevano anche l'eliminazione dalla lista di India, Armenia e Georgia³⁹. I giudici, tuttavia, si sono spinti oltre la sentenza del 2/07/2021 e hanno affermato che, se in sede di annullamento per *excès de pouvoir* di un atto amministrativo generale viene valutata la legittimità

³⁶ OFPPRA, *Décision du 29 septembre 2020 suspendant la République du Bénin de la liste des pays d'origine sûrs*, in legifrance.gouv.fr.

³⁷ Conseil d'État, 2ème - 7ème chambres réunies, 02/07/2021, n. 437141, in legifrance.gouv.fr. Per il rinvio alla *section du contentieux*, si veda l'art. R122-17 del *Code de Justice administrative*.

³⁸ Cfr. punto 17 della sentenza 2/07/2021.

³⁹ Conseil d'État, Section, 19/11/2021, 437141, Publié au recueil Lebon, in legifrance.gouv.fr.

dell'atto alla data della sua adozione (punto 2), in sede di decisione sulle *conclusions subsidiaires à fin d'abrogation*, la legittimità del medesimo atto può essere valutata anche alla luce di mutamenti delle circostanze di fatto o di diritto successive alla sua adozione, così da garantire che l'atto non produca effetti se illegittimo (punti 3, 4, 5), con l'unico limite che dette conclusioni non possano essere presentate dopo la sentenza che decide sul ricorso per *excès de pouvoir* (punto 8)⁴⁰.

Come già accennato, le decisioni esaminate del *Conseil d'État* hanno portato l'OFPRA ad escludere dalla lista Senegal, Ghana e Benin, riducendo a 13 i paesi d'origine sicuri.

6. Considerazioni conclusive

L'esaminato modello di controllo giurisdizionale francese sembra ben garantire il diritto ad un ricorso effettivo del richiedente protezione internazionale, l'uniforme applicazione del diritto UE sul territorio nazionale e l'interesse pubblico allo svolgimento della procedura accelerata di frontiera, preservando altresì il principio di separazione dei poteri. Infatti, ad un controllo di merito sulla applicazione della designazione nel singolo caso concreto ad opera della CNDA, si aggiunge il sindacato di legittimità centralizzato del *Conseil d'État* sulla designazione dei singoli paesi.

Il modello francese sembra presentare alcuni punti di forza rispetto a quello italiano.

Innanzitutto, affidare ad un'unica autorità giudiziaria la verifica della legittimità della lista dei paesi sicuri garantisce che i criteri di valutazione siano applicati in modo uniforme in tutto il territorio nazionale. Questa coerenza è particolarmente rilevante proprio alla luce del diritto UE, che richiede agli Stati membri di rispettare standard comuni nelle materie che coinvolgono i diritti fondamentali. Il modello francese previene, quindi, una frammentazione giurisprudenziale che potrebbe tradursi in una tutela disomogenea.

In secondo luogo, il *Conseil d'État* rappresenta il massimo organo di giustizia amministrativa, con un ruolo consolidato nella verifica della legittimità degli atti amministrativi e le sue decisioni godono di una maggiore accettazione tanto nell'opinione pubblica quanto tra le istituzioni. La designazione della lista dei paesi sicuri è intrinsecamente una questione politico-

⁴⁰ Sulla questione, che richiama il caso oggetto della sentenza esaminata, si veda C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, cit., p. 176.

amministrativa, in quanto attiene anche alle relazioni internazionali e ai criteri di sicurezza. Affidare alla più alta corte amministrativa la revisione della lista significa (meglio) mantenere l'equilibrio tra il potere giudiziario e il potere politico: si evita che singoli giudici possano potenzialmente interferire con scelte di politica estera, il cui controllo potrebbe invece essere più efficacemente garantito da un'autorità con un maggiore peso istituzionale.

Infine, il ruolo ricoperto dalle associazioni a tutela dei diritti umani e degli stranieri – sia nella fase procedimentale che consente di domandare all'OFPPRA la revisione della lista dei paesi sicuri, sia in quella processuale – contribuisce a garantire il necessario aggiornamento della lista, rafforzandone la democraticità e la percezione che la stessa sia conforme alla realtà internazionale e ai principi umanitari.

LA MANCATA CONVALIDA DEI TRATTENIMENTI IN ALBANIA: ALCUNI DUBBI SULLA DECISIONE DEL TRIBUNALE DI ROMA

Mario Savino*

SOMMARIO: 1. Un nuovo conflitto istituzionale. – 2. Si può estendere alle eccezioni “personali” il *dictum* della Corte di giustizia? – 3. Paesi terzi sicuri e sindacato dei giudici. – 4. Le ricadute delle vicende italiane nel contesto europeo.

1. *Un nuovo conflitto istituzionale*

Il 18 ottobre 2024 la Sezione specializzata in materia di immigrazione del Tribunale di Roma non ha convalidato il trattenimento in Albania dei primi 12 richiedenti asilo lì trasferiti, provenienti dal Bangladesh e dall'Egitto. Consapevole della rilevanza della questione, il Tribunale ha reso nota la sua decisione con un comunicato stampa¹, chiarendo che i trattenimenti non sono stati convalidati «in applicazione dei principi (...) enunciati dalla recente pronuncia della CGUE del 4 ottobre 2024» e che il diniego della convalida «è dovuto all'impossibilità di riconoscere come “Paesi sicuri” gli Stati di provenienza delle persone trattenute, con la conseguenza dell'inapplicabilità della procedura di frontiera e, come previsto dal Protocollo, del trasferimento al di fuori del territorio albanese delle persone migranti, che hanno quindi diritto ad essere condotte in Italia».

La decisione dei giudici romani ha avuto una vasta eco mediatica e riattivato lo scontro tra Governo e Magistratura. Il Ministro della Giustizia Nordio ha giudicato «abnorme» la decisione, affermando che «non spetta ai giudici decidere quale Stato sia sicuro o meno» e avvertendo che questo tipo di valutazioni rischia di minare i rapporti con Paesi terzi amici, creando potenziali crisi internazionali². La Presidente del Consiglio Meloni ha affermato che le prese di posizione dei giudici impediscono all'Italia di fermare l'immigrazione irregolare³. I numerosi attacchi, anche personali, nei confron-

* Professore ordinario, Università della Tuscia.

¹ Disponibile qui: <https://www.questionegiustizia.it/data/doc/3971/comunicato-stampa.pdf>.

² *Migranti trasferiti di nuovo in Italia, Nordio contro i suoi ex colleghi: «Se la magistratura esonda la politica ha il dovere di intervenire»*, in *Il Dubbio*, 19 ottobre 2024.

³ *Meloni, è guerra ai giudici: «Fare solo volantini di propaganda»*, di M. Bazzocchi, in *Il Dubbio*, 30 ottobre 2024.

ti dei giudici coinvolti hanno indotto il CSM a chiedere l'[apertura di una pratica a loro tutela](#).

Sul piano istituzionale, il Governo ha risposto in due modi: con l'impugnazione dei decreti di non convalida davanti alla Corte di cassazione, che li esaminerà in tempi rapidi, probabilmente entro fine anno; e con l'adozione del decreto-legge 23 ottobre 2024, n. 158⁴, che conferisce rango legislativo all'elenco dei Paesi terzi sicuri prima racchiuso nel decreto interministeriale del 7 maggio 2024⁵, la cui disapplicazione è alla base dei decreti di non convalida. Pochi giorni dopo, il [Tribunale di Bologna](#) ha proposto un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per chiarire se sia legittimo designare un Paese terzo come sicuro escludendo alcune categorie personali, come deciso dal Governo con il decreto-legge n. 158⁶.

Tra gli addetti ai lavori, le ordinanze di non convalida del Tribunale di Roma non giungono inattese. Da oltre un anno, è in atto un conflitto istituzionale che ha il suo epicentro nell'attuazione della procedura accelerata di asilo con trattenimento in zona di frontiera (c.d. procedura di frontiera), introdotta con la legge 5 maggio 2023, n. 50⁷. Tra settembre e ottobre 2023, il Tribunale di Catania non convalidò i primi trattenimenti alla frontiera disposti in Sicilia, disapplicando l'originario decreto sulla garanzia finanziaria per asserito contrasto con il diritto UE⁸. Quindi, nell'estate 2024, dopo mesi di *impasse* – acuita dalla decisione della Corte di giustizia di non pronunciarsi in via d'urgenza sul rinvio pregiudiziale proposto dalla Cassazione – il Governo ha riscritto la disciplina della garanzia finanziaria⁹ e disposto nuovi

⁴ Decreto-legge 23 ottobre 2024, n. 158, *Disposizioni urgenti in materia di procedure per il riconoscimento della protezione internazionale*.

⁵ Decreto del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale del 7 maggio 2024, *Aggiornamento della lista dei Paesi di origine sicuri prevista dall'articolo 2-bis del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25*.

⁶ Tribunale di Bologna, ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, 25 ottobre 2024, disponibile qui: <https://www.intome.eu/wp-content/uploads/2024/10/Trib.-Bologna-rinvio-pregiudiziale-CGUE-su-paesi-sicuri.pdf>.

⁷ Legge 5 maggio 2023, n. 50, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 10 marzo 2023, n. 20, recante disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare*.

⁸ Per una analisi di quelle decisioni, si veda, rispettivamente, M. SAVINO, *Procedura di frontiera e alternative al trattenimento dei richiedenti asilo: il decreto ministeriale sulla garanzia finanziaria è legittimo?*, in *ADiM Blog, Editoriale*, settembre 2023, e M. SAVINO, *Ancora su procedura di frontiera e misura alternativa della garanzia finanziaria: i limiti dell'approccio del Tribunale di Catania*, in *ADiM Blog, Editoriale*, ottobre 2023.

⁹ Sul vigente decreto, si rinvia a M. SAVINO, *Il nuovo decreto sulla garanzia finanzia-*

trattenimenti in Italia come *crash test* in vista della sperimentazione in Albania. L'esito del test non è stato rassicurante: i Tribunali di Catania e Palermo hanno nuovamente negato la convalida, questa volta disapplicando il decreto sui Paesi terzi sicuri, prima in quanto atto amministrativo (*ex art. 5 della legge n. 2248 del 1865, all. E*) e, nell'ultimo mese – a seguito della pronuncia della Corte di giustizia del 4 ottobre nella causa *CV c. Repubblica ceca*¹⁰ – per asserito contrasto con il diritto UE¹¹. Il risultato è che, già prima dell'intervento del Tribunale di Roma, la procedura di frontiera era rimasta sostanzialmente inattuata anche in territorio italiano.

La decisione del Tribunale di Roma ha, però, acuito il conflitto istituzionale, perché ha vanificato l'inaugurazione del progetto di gestione dei migranti in Albania, imperniato sulla applicazione extraterritoriale della procedura di frontiera. Su questo progetto, come noto, l'esecutivo ha effettuato un rilevante investimento, non solo finanziario¹² ma anche politico, come testimonia la riunione informale convocata dalla Presidente Meloni a margine del Consiglio europeo (il giorno prima della decisione del Tribunale di Roma) per illustrare agli altri capi di governo l'iniziativa¹³. È noto, peraltro, che a dispetto dei problemi di sostenibilità giuridica¹⁴, il Protocollo Italia-Albania ha attratto l'interesse di molti governi europei, che guardano alla sperimentazione italiana come possibile modello per una nuova stagione di esternalizzazioni (si pensi al dibattito in corso sui c.d. *return hubs*¹⁵).

ria: via libera alla procedura di frontiera in Italia e in Albania?, in *ADiM Blog, Editoriale*, giugno 2024.

¹⁰ CGUE, sentenza 4 ottobre 2024, *CV c. Repubblica ceca*, causa C-406/22.

¹¹ Si vedano, prima della sentenza della CGUE, Trib. Catania, 13 settembre 2024, r.g. n. 9302/2024 (sull'Egitto), Trib. Catania, 20 settembre 2024, r.g. n. 9542/2024 (sul Bangladesh), nonché Trib. Palermo, 27 agosto 2024, r.g. n. 10239/2024, che affronta il problema del c.d. automatismo detentivo in procedura di frontiera, destinato a riproporsi; dopo la sentenza della CGUE, Trib. Palermo, 10 ottobre 2024, r.g. n. 11974/2024 (sulla Tunisia), nonché Trib. Catania, 15 ottobre 2024, r.g. 10640/2024 (sulla Nigeria).

¹² *Accordo Italia-Albania: uno spot da 650 milioni*, di M. Gabanelli e S. Ravizza, in *Corriere della Sera*, 25 marzo 2024.

¹³ *Migranti, Meloni incontra i leader dei Paesi Ue per presentare il modello Italia-Albania*, in *Ansa*, 17 ottobre 2024.

¹⁴ Sul tema, si v. M. SAVINO, F.V. VIRZÌ, *Il protocollo tra Italia e Albania in materia migratoria: prime riflessioni sui profili dell'extraterritorialità*, in *ADiM Blog, Editoriale*, novembre 2023, e M. SAVINO, *La legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo Italia-Albania: tre problemi di sostenibilità giuridica e amministrativa*, in *ADiM Blog, Editoriale*, gennaio 2024.

¹⁵ *UN refugee agency endorses EU 'return hubs' — but with conditions*, di N. Nielsen, *eu-observer*, 30 ottobre 2024.

Di seguito, l'analisi della decisione del Tribunale di Roma sarà condotta alla luce di tre interrogativi. Il primo riguarda l'interpretazione della sentenza della Corte di giustizia su cui il Tribunale romano fa leva per disapplicare il decreto sui Paesi terzi sicuri. Quella pronuncia si occupa delle eccezioni "territoriali", chiarendo che l'esistenza di aree interne di conflitto e violenza indiscriminata è incompatibile con la designazione di un Paese terzo come sicuro. Quel principio può ritenersi applicabile anche alle eccezioni "personali", come ha fatto il Tribunale di Roma? (§ 2) Il secondo dubbio riguarda le condizioni di attivazione del sindacato giurisdizionale sulla sicurezza di un Paese terzo. La Corte di giustizia ha stabilito un principio innovativo – la sindacabilità d'ufficio della valutazione generale che è alla base della designazione di un Paese terzo come sicuro – ma lo ha fatto in riferimento al giudizio sulla protezione. Il Tribunale di Roma lo ha applicato, invece, in sede di convalida, a prescindere dalla correlazione con la situazione individuale del richiedente. Un simile approccio può ritenersi corretto? (§ 3) Il terzo interrogativo attiene alle ricadute europee della decisione del Tribunale di Roma. Quale impatto avrà la vicenda in esame sul processo di adeguamento alle norme del Nuovo Patto, che entreranno in vigore a giugno 2026? (§ 4)

2. *Si può estendere alle eccezioni "personali" il dictum della Corte di giustizia?*

Lo scorso 4 ottobre, la Corte di giustizia ha chiarito per la prima volta – a distanza di più di dieci anni dall'introduzione della direttiva "procedure" 2013/32 e a venti mesi dall'entrata in vigore della disciplina di segno opposto contenuta nel regolamento UE 2024/1348¹⁶ – che la designazione di un Paese terzo come sicuro non può avvenire in presenza di eccezioni relative a parti (non sicure) del suo territorio.

Questa conclusione è sorretta da due argomenti testuali, uno declinato in positivo e l'altro in negativo. In positivo, i giudici dell'Unione affermano che l'espressione «*generalmente e costantemente*» utilizzata nell'Allegato I della direttiva 2013/32¹⁷ «tende a indicare che le condizioni previste in tale allegato

¹⁶ Regolamento (UE) 2024/1348 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2024 che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE.

¹⁷ Secondo l'Allegato I della direttiva 2013/32, un Paese di origine può essere considerato sicuro se «si può dimostrare che non ci sono *generalmente e costantemente* persecuzioni (...),

to devono essere rispettate *in tutto il territorio del Paese terzo considerato* affinché quest'ultimo possa essere designato come Paese di origine sicuro» (punto 69). In negativo, la Corte rileva che, nel definire le condizioni per designare un Paese terzo sicuro, la disciplina vigente (art. 37, direttiva 2013/32) non prevede la possibilità di introdurre riserve o eccezioni territoriali, mentre una autorizzazione espressa compariva nella norma previgente (art. 30, par. 1, direttiva 85/2005). *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

Nelle ordinanze di non convalida del 18 ottobre, il Tribunale di Roma ha esteso alle eccezioni personali il medesimo ragionamento formulato dalla Corte in riferimento alle eccezioni territoriali. L'estensione si fonda su una duplice inferenza logica, all'apparenza solida.

Prima inferenza: se è vero – come affermato dalla Corte di giustizia – che la designazione di un Paese terzo sicuro dipende «dalla possibilità di dimostrare che, *in modo generale e uniforme*, non si ricorre mai alla persecuzione (...) e che non vi sia alcuna minaccia», allora ne deriva – secondo il Tribunale di Roma – che «il principio così enunciato deve trovare applicazione anche nel caso in cui risultino escluse determinate categorie di persone».

Seconda inferenza: secondo il Tribunale, «[r]ileva poi che la precedente direttiva consentiva l'esclusione di parti di territorio (e di categorie di persone), ma tale possibilità è stata abrogata dalla direttiva attualmente in vigore e l'espressa intenzione di abrogare tale possibilità è confermata dalla spiegazione dettagliata di tale proposta elaborata dalla Commissione e fornita al Consiglio dell'Unione europea (punti 74, 75 e 76)».

Risulta quindi «chiaro», secondo il Tribunale di Roma, che, «alla luce dell'interpretazione vincolante del diritto dell'Unione fornita dalla citata sentenza, non è possibile designare come sicuro un Paese dove si ricorre alla persecuzione (...), tortura o pene o trattamenti inumani e degradanti verso categorie di persone». Così, nel caso concreto, dopo aver constatato che le schede-Paese del ministero degli affari esteri fanno esse stesse riferimento a eccezioni relative a categorie di persone in relazione sia all'Egitto sia al Bangladesh (Paesi di provenienza dei 12 richiedenti condotti in Albania), i giudici romani hanno ritenuto non applicabile il decreto interministeriale del 7 maggio 2024 nella parte in cui designa quei due Paesi terzi come sicuri e hanno conseguentemente ritenuto inapplicabile la procedura di frontiera nei confronti dei 12 richiedenti, ordinandone il trasferimento in Italia.

L'interrogativo che sorge è se la simmetria perfetta tra eccezioni territo-

né tortura o altre forme di pena o trattamento disumano o degradante, né pericolo a causa di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale.

riali e personali, data per acquisita dal Tribunale di Roma (e pochi giorni dopo dal Tribunale di Bologna), trovi riscontro nel diritto UE.

a) Il significato (forse sopravvalutato) degli avverbi «generalmente e costantemente»

Si consideri, anzitutto, la portata del duplice avverbio («generalmente e costantemente») utilizzato nell'Allegato I della direttiva 2013/32. Secondo la previsione ivi contenuta, la designazione di un Paese terzo come sicuro è consentita se «si può dimostrare che non ci sono *generalmente e costantemente* persecuzioni (...), né tortura o altre forme di pena o trattamento disumano o degradante, né pericolo a causa di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale». Da tale espressione si può trarre l'implicazione che le condizioni di sicurezza debbano essere rispettate «*in tutto il territorio del Paese terzo considerato*», come afferma la Corte di giustizia? E si può sostenere lo stesso anche *in relazione a tutte le categorie di persone*, come fa il Tribunale di Roma?

Sul piano della logica astratta, si sarebbe tentati di rispondere in senso affermativo. Ma il dato normativo invita alla cautela. Innanzitutto, va considerato che la lettera dell'Allegato I della direttiva 2013/32 corrisponde esattamente a quella dell'Allegato II della direttiva 2005/85. Pertanto, quegli avverbi rappresentano un elemento di continuità tra la disciplina precedente, che ammetteva le eccezioni territoriali, e quella vigente, che non menziona quelle eccezioni.

Per superare la contraddizione, la Corte di giustizia osserva: «[s]ebbene l'allegato II della direttiva 2005/85 richiedesse, al pari dell'allegato I della direttiva 2013/32, la prova che non ci sono “generalmente e costantemente” persecuzioni, dalla formulazione stessa di detto articolo 30 risultava che tale requisito si applicava, nel caso di una siffatta designazione parziale, solo alla parte di territorio designata come sicura» (punto 73). Ma il dubbio resta: se nella direttiva 2005/85 gli avverbi «generalmente e costantemente» dell'Allegato coesistevano con una esplicita eccezione territoriale (art. 30), come possono quegli stessi avverbi, trasposti nella direttiva del 2013, implicare che un Paese terzo debba essere sicuro «in tutto il territorio»?

Peraltro, lo stesso art. 30, par. 1, della direttiva del 2005 chiariva i termini della coesistenza: «[è] anche possibile designare come sicura una parte di un Paese, purché siano soddisfatte le condizioni di cui all'Allegato II *relativamente a tale parte*». Fino al 2013, quindi, si poteva ritenere sicura una porzione territoriale di un Paese terzo purché le condizioni di sicurezza fossero assicurate «generalmente e costantemente» *in quella sola parte* del territorio.

La contraddizione nel ragionamento della Corte di giustizia, perciò, resta: gli avverbi «generalmente e costantemente» non sembrano avere come implicazione necessaria l'assenza di eccezioni territoriali, perché quelle eccezioni coesistevano con i due avverbi nella direttiva del 2005, che indicava come tenerli insieme. La contraddizione si ritrova, amplificata, nella decisione del Tribunale di Roma, che estende l'argomento al piano delle eccezioni personali.

b) La asimmetria tra eccezioni territoriali e personali nella direttiva del 2005

L'altro argomento della Corte di giustizia è, come anticipato, la mancata previsione nella direttiva vigente delle eccezioni territoriali previste, invece, nella direttiva previgente. Il confronto tra la vecchia previsione (art. 30, direttiva 2005/85) e la nuova (art. 37, direttiva 2013/32) conferma la solidità di questo argomento. Tuttavia, mentre la Corte di giustizia si riferisce unicamente alle eccezioni "territoriali", il Tribunale di Roma, come si è visto, dà per scontato che «la precedente direttiva consentiva l'esclusione di parti di territorio (e di categorie di persone)», possibilità poi abrogata dalla direttiva del 2013. Ma è davvero così?

L'art. 30 della direttiva 2005/85 detta due previsioni derogatorie. La prima, di portata generale, è prevista al paragrafo 1, che – come testé rilevato – consentiva agli Stati membri di considerare sicuro un Paese terzo anche quando fosse sicura solo «una parte» di quel Paese. Il paragrafo 1, però, non menziona le eccezioni di natura personale legate a categorie o gruppi di persone.

Un richiamo a tali eccezioni compare invece nel paragrafo 3 dell'art. 30, clausola di c.d. *stand still* che autorizzava gli Stati membri a «mantenere la normativa in vigore al 1° dicembre 2005» e, quindi, a «designare a livello nazionale una parte di un Paese sicura o di designare un Paese o parte di esso sicuri per un gruppo determinato di persone in detto Paese» (par. 3). Qui, eccezioni territoriali e personali coesistevano, ma in una norma che riconosceva agli Stati membri la facoltà (non di designare *ex novo*, bensì) di continuare a considerare sicuri – sia pure per una parte del Paese o per un determinato gruppo di persone – quei Paesi terzi che già fossero considerati tali prima della direttiva: un *escamotage* per non negare ai Paesi terzi "amici" o "collaborativi" la qualifica di sicurezza, sia pure ridimensionata. Pertanto, nella direttiva 2005/85 le eccezioni personali sembrano avere uno spazio molto più circoscritto di quelle territoriali, in quanto non figurano nella de-

roga di portata generale, applicabile a legislazione vigente, ma soltanto in una clausola rivolta al passato e introdotta per salvaguardare alcune scelte politiche nazionali¹⁸.

L'assunto del Tribunale di Roma circa la simmetria perfetta tra eccezioni territoriali e personali si rivela, così, fallace. Nella direttiva del 2005, solo le prime avevano portata generale e potevano considerarsi vigenti fino alla (e abrogate dalla) direttiva del 2013; le seconde, invece, avevano uno spazio limitato, rientrando in una deroga transitoria, utilizzabile fino al 1° dicembre 2005 in base alla clausola di *stand still*.

Resta il fatto che, al pari delle eccezioni territoriali, le eccezioni personali non sono previste nella direttiva 2013. Ma la mancata previsione ha un peso diverso. Occorrerà attendere la pronuncia della Corte di giustizia sui rinvii pregiudiziali proposti dal Tribunale di Firenze¹⁹ e ora anche dal Tribunale di Bologna per capire se quel diverso peso risulterà dirimente: potrebbe non essere così, ma forse sarebbe stato più prudente non darlo per scontato. Tanto più se si considera che la stessa Corte di giustizia ha scelto di non riunire i giudizi riguardanti la questione “ceca” sulle eccezioni territoriali, decisa il 4 ottobre, e la questione “italiana” sulle eccezioni personali, che sarà probabilmente decisa a inizio 2025²⁰.

3. Paesi terzi sicuri e sindacato dei giudici

a) Il problema della “giurisdizionalizzazione”, tra incertezza del diritto e disparità di trattamento

Sulla designazione dei Paesi terzi sicuri e sul controllo giurisdizionale che la riguarda si è sviluppato un ampio dibattito, alimentato da due fattori: da un lato, le scelte “espansive” del Governo, che ha via via arricchito l'elenco dei Paesi terzi sicuri, fino ad includervi, con il decreto del 7 maggio 2024, 22

¹⁸ Sulla diversa portata delle due deroghe, si veda la relazione di accompagnamento della proposta di direttiva approvata nel 2013 (COM (2009) 554 - Annex, p. 15, disponibile qui: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14959-2009-ADD-1/en/pdf>).

¹⁹ Trib. Firenze, ordinanze del 15 maggio 2024, r.g. 2458/2024 e 3303/2024, su cui si v. C. SICCARDI, *Paesi sicuri e categorie di persone “insicure”: un binomio possibile? Il Tribunale di Firenze propone rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE*, in *Giustizia insieme*, 10 settembre 2024.

²⁰ Come pure l'art. 54 del Codice di procedura della Corte di giustizia avrebbe consentito.

Paesi (ora ridotti a 19 con il d.l. n. 158), a fronte dei 18 in Olanda, 16 in Francia, 9 in Germania e 3 in Grecia; dall'altro, il crescente attivismo di alcune sezioni dei tribunali specializzate in materia di immigrazione, propense a sindacare la designazione di Paesi terzi sicuri nell'ambito della procedura accelerata e del trattenimento alla frontiera.

Il tema è solitamente affrontato interrogandosi sulla natura più o meno discrezionale della designazione dei Paesi terzi sicuri e sui conseguenti margini di sindacato del giudice²¹. Benché non possa essere qui approfondita, la questione è rilevante, data la caratura dei diritti individuali (*in primis*, la libertà personale) e degli interessi pubblici (la cura delle relazioni internazionali e la gestione delle frontiere esterne dello spazio Schengen) che sono in gioco. Sul tema dovrebbe a breve fare chiarezza la Corte di cassazione²².

La decisione del Tribunale di Roma segnala, però, anche un problema, più specifico e concreto, di "giurisdizionalizzazione" dell'elenco dei Paesi sicuri. I giudici romani hanno ritenuto di non applicare l'elenco, per la parte relativa al Bangladesh e all'Egitto, sulla base di un asserito contrasto con il diritto UE, che forse non è così evidente (come si è cercato di segnalare sopra) e che, soprattutto, potrebbe non apparire tale ad altre sezioni specializzate, con esiti – questi sì, evidenti – di incertezza del diritto e difformità di trattamento.

Il problema, ben colto in un comunicato dell'Unione delle Camere penali²³, traspare dalla comparazione con altri Stati membri. In Germania l'elenco dei Paesi sicuri (veicolato da un atto legislativo, secondo il modello seguito dal d.l. n. 158) può essere impugnato soltanto davanti alla Corte costituzionale e non risultano casi di disapplicazione da parte dei giudici comuni per

²¹ Per tutti, C. CUDIA, *Sindacabilità e disapplicazione del decreto ministeriale di individuazione dei "Paesi di origine sicuri" nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale: osservazioni su una attività del giudice ordinario costituzionalmente necessaria*, in *Dir. imm. citt.*, n. 2/2024.

²² Sulla base di un quesito pregiudiziale proposto da Trib. Roma, 1° luglio 2024, r.g. n. 22259/2024.

²³ Nel comunicato si osserva che il sindacato del giudice sull'elenco dei Paesi terzi sicuri, oltre a essere «[u]na operazione delicatissima e ricca di implicazioni politiche di cui si grava la singola giurisdizione», inevitabilmente «produrrà difformità di trattamento, perché secondo un determinato giudice un Paese potrebbe essere sicuro e secondo un altro no e soprattutto attribuisce al singolo magistrato una responsabilità enorme, in una materia come quella migratoria che ha ricadute molteplici e di estremo rilievo sulle politiche di tutti gli Stati d'Europa». Il comunicato è disponibile al qui: https://www.camerepenali.it/cat/12708/sui_migranti_una_polemica_senza_fondamento_tecnico_il_corto_circuito_tra_poteri_dello_stato_accadr%C3%A0_nei_prossimi_giorni.html.

contrasto con il diritto UE. In Francia, pur a fronte di un penetrante sindacato del giudice amministrativo sulle scelte di designazione²⁴, il *Conseil d'Etat* è l'unico giudice che finora è intervenuto su quell'elenco e che ne preserva la stabilità, anche a fini di uniformità interpretativa e applicativa.

In Italia, invece, come anticipato, già prima del Tribunale di Roma, le sezioni specializzate di Catania e Palermo avevano inaugurato un orientamento teso a non applicare l'elenco governativo in relazione a Paesi terzi ritenuti non sicuri (tra gli altri, Bangladesh, Egitto e Tunisia), con l'effetto di impedire la prosecuzione della procedura di frontiera e, con essa, il trattenimento dei richiedenti provenienti da quei Paesi.

Altri tribunali, per contro, hanno ritenuto di non poter sindacare la valutazione di sicurezza di un Paese terzo quando la ragione di insicurezza adottata non fosse rilevante nel caso di specie²⁵ e, più in generale, ogni qual volta la disapplicazione non sia necessaria a tutelare il diritto del richiedente e finisca per determinare una sostituzione del giudice in poteri discrezionali spettanti all'amministrazione²⁶.

Con il Nuovo Patto le conseguenze derivanti dall'ambiguità della nozione di Paese terzo sicuro saranno ridimensionate. Il regolamento UE 2024/1348 non solo ammette espressamente la possibilità di designare un Paese terzo sicuro con eccezioni sia territoriali sia personali (art. 61, par. 2), ma prevede un elenco di Paesi sicuri adottato a livello europeo (art. 60), che sarà sottratto al rischio di non applicazione da parte dei giudizi nazionali. Inoltre, correla l'applicazione della procedura accelerata di frontiera alla provenienza del richiedente da un Paese terzo per il quale il tasso di riconoscimento della protezione nell'Unione sia pari o inferiore al 20 % (art. 42, par. 1, lett. j): se si osservano i bassi tassi di accoglimento registrati delle statistiche di Eurostat, è agevole prevedere che quest'ultimo criterio renderà applicabile la procedura di frontiera alla gran parte dei Paesi di origine e, di conseguenza, la nozione di Paese terzo sicuro potrebbe avere un peso marginale, almeno in questo ambito.

²⁴ Si v., ad es., Conseil d'État, arrêt n° 395058 du 30 décembre 2016 (disponibile qui: <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2016-12-30/395058>) e Conseil d'État, arrêt n° 437141 du 2 juillet 2021 (disponibile qui: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000043754071>)

²⁵ Trib. Milano, 1° dicembre 2023, r.g. n. 38586-1/2023.

²⁶ Trib. Firenze, 11 gennaio 2024, r.g. n. 14094-1/2023. Per un quadro degli orientamenti, si v. M. COMETTI, *Rinvio pregiudiziale in Cassazione e in Corte di giustizia e disapplicazione di un atto amministrativo contrario al diritto UE. Il caso del d.m. paesi di origine sicura*, in *Rivista del contenzioso europeo*, n. 3/2024.

b) Il problema della «iperprotezione» prodotto dalla disapplicazione nella fase della convalida

Intanto, però, occorre, a questo punto, capire quali conseguenze debbano essere tratte, sotto questo profilo, dalla sentenza *CV c. Repubblica ceca* del 4 ottobre della Corte di giustizia e dalle decisioni del Tribunale di Roma.

Nel dispositivo della sentenza europea si legge che, in base all'articolo 46, paragrafo 3, della direttiva 2013/32, «quando un giudice è investito di un ricorso avverso una decisione di rigetto di una domanda di protezione internazionale», tale giudice, rispetto alla designazione di un Paese terzo sicuro, deve rilevare anche d'ufficio «una violazione delle condizioni sostanziali (...) enunciate all'allegato I di detta direttiva». Nell'argomentare tale conclusione, la Corte di giustizia chiarisce che «l'esame completo ed *ex nunc* che spetta al giudice» in base all'art. 46, par. 3 della direttiva «non deve necessariamente riguardare l'esame sostanziale delle esigenze di protezione internazionale e può quindi riguardare gli aspetti procedurali di una domanda di protezione internazionale» (punto 90), compresa la designazione di un Paese terzo quale Paese di origine sicuro (punto 91).

Si afferma, così, un principio rilevante, che segna un punto a favore dei sostenitori di un controllo giurisdizionale pieno sulla designazione di un Paese terzo come sicuro: nell'ambito della procedura accelerata di frontiera, tale designazione può essere superata *non solo in quanto presunzione relativa*, ove il richiedente dimostri che nel suo caso il Paese terzo non può considerarsi sicuro; *ma anche in quanto valutazione generale*, potendo il giudice sindacare d'ufficio i presupposti della designazione e della decisione di esaminare in forma accelerata la domanda di protezione.

L'affermazione del principio è corredata, però, da due limitazioni. La prima è implicita e discende tanto dal quesito posto quanto dalla norma la cui interpretazione è in gioco. Il quesito è riferito all'ipotesi di «ricorso contro una decisione di rigetto di una domanda di protezione». La disposizione (l'art. 46 della direttiva 2013/32) fa riferimento alla medesima ipotesi, disciplinando il diritto del richiedente a un ricorso effettivo nel caso di «decisione sulla sua domanda di protezione internazionale». È in questi casi che, per garantire l'effettività del ricorso, gli Stati membri devono prevedere «l'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto» prescritto dall'art. 46, par. 3, e interpretato dalla Corte.

Ne deriva il seguente interrogativo: il diritto UE esige lo stesso penetrante controllo sulla designazione anche in sede di convalida del trattenimento alla frontiera? Nel silenzio della direttiva e della Corte di giustizia, il Tribu-

nale di Roma sembra darlo per scontato. Tuttavia, si dovrebbe tener conto del diverso oggetto dei due giudizi, riguardanti l'uno la legittimità del provvedimento di trattenimento, l'altro la spettanza della protezione.

Si dovrebbe, in particolare, tener conto della diversa "funzione" che la nozione di Paese terzo sicuro svolge nei due ambiti. Come la stessa direttiva 2013/32 chiarisce, la designazione di un Paese terzo sicuro, in quanto presupposto della procedura accelerata, «non può stabilire una garanzia assoluta di sicurezza per i cittadini di tale paese», perché, «per la sua stessa natura, la valutazione alla base della designazione può tener conto soltanto della situazione civile, giuridica e politica generale in tale paese» (cons. 42, direttiva 2013/32). Quella designazione, infatti, non serve a proteggere i cittadini di Paesi terzi dal rischio di *refoulement*, bensì a «evitare movimenti secondari di richiedenti» (cons. 44). D'altra parte, il criterio della nazionalità su cui poggia questa preliminare differenziazione comporta una presunzione di sicurezza approssimativa, che deve poter essere superata in sede di esame individuale della domanda di asilo: «per questo motivo è importante che, quando un richiedente dimostra che vi sono validi motivi per non ritenere sicuro tale paese per la sua situazione particolare, la designazione del paese come sicuro non può più applicarsi al suo caso» (cons. 42 della direttiva 2013/32).

Sembra, quindi, potersi desumere dalla direttiva 2013/32 la tendenziale distinzione, nell'ambito della procedura di frontiera, di due fasi: quella preliminare di validazione della scelta procedurale e quella successiva di decisione sulla domanda di protezione. Nella fase preliminare, che include, nei casi in cui si ritiene applicabile la misura restrittiva, la convalida del trattenimento, il giudice è chiamato a verificare la provenienza del singolo richiedente al paese di origine sicuro, nonché la sussistenza degli altri presupposti individuali per l'applicazione della procedura di frontiera (la mancata consegna del passaporto, la mancata prestazione della garanzia finanziaria, l'assenza delle condizioni di vulnerabilità). Nella seconda fase, corrispondente all'esame della domanda di asilo, il sindacato comporta un «esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto», che consente – lì certamente – al giudice di superare, anche d'ufficio, la presunzione di sicurezza del paese considerato sicuro, qualora quella presunzione possa determinare l'esito del giudizio sulla protezione.

La seconda limitazione – coerente con la precedente – si desume dal punto della sentenza CV nel quale si richiede una connessione tra la designazione del Paese terzo sicuro e la situazione individuale del ricorrente. La Corte di giustizia chiarisce che un giudice può sindacare la designazione del Paese terzo come sicuro quando tale designazione rappresenti «l'*elemento*

decisivo d[ella] decisione di rigetto» della domanda di asilo (punto 96). È questa la condizione alla quale l'art. 46, par. 3, della direttiva 2013/32 consente al giudice di esaminare d'ufficio il fondamento della designazione e metterne in discussione la correttezza ai fini della decisione individuale²⁷.

Nel caso in esame, invece, il Tribunale di Roma attiva il proprio sindacato d'ufficio *a prescindere da una valutazione sulla rilevanza* che la designazione del Paese terzo sicuro ha rispetto alla spettanza della protezione: non verifica, cioè, se quella designazione possa rappresentare «l'elemento decisivo» e, dunque, non applica il criterio di incidenza diretta indicato dalla Corte di giustizia²⁸.

Il risultato di tale approccio è, sul piano logico, poco convincente. Il giudice potrebbe ritenere illegittima la designazione di un Paese terzo sicuro per un motivo (ad esempio, la criminalizzazione in quel Paese degli omosessuali) anche quando il richiedente non adduca di appartenere a quella categoria: il richiedente sarebbe comunque sottratto alla procedura di frontiera; con la conseguenza che, anche quando non abbia argomenti per supportare la sua domanda di protezione, potrebbe nel frattempo (la decisione del giudice sul merito giunge dopo 2 o 3 anni dal ricorso) rendersi irreperibile, spostandosi in altri Stati membri, e così sottrarsi anche al rimpatrio. L'effetto di iperprotezione che ne deriva non è solo teorico: le decisioni di non convalida del Tribunale di Roma sono state adottate dopo che la commissione territoriale competente aveva già adottato la decisione di rigetto della domanda di protezione presentata dai 12 migranti.

Il cortocircuito che può derivare da un simile approccio è evidente. In Europa, il tasso medio di accoglimento delle richieste di asilo dei migranti provenienti dal Bangladesh e dall'Egitto – i due Paesi che il Tribunale di Roma ha ritenuto non sicuri – è pari al 13%²⁹. L'esclusione per via giudiziaria di questi Paesi dall'elenco dei Paesi sicuri, per presunto contrasto col di-

²⁷ Nel caso all'origine del rinvio pregiudiziale, un richiedente moldavo aveva visto respinta la sua domanda di protezione dall'amministrazione ceca proprio per effetto della presunzione di sicurezza derivante dalla designazione della Moldavia (dell'intero suo territorio) quale Paese terzo sicuro.

²⁸ Come si è visto, invece, altri tribunali italiani hanno affermato la necessità di un chiaro criterio collegamento tra la censura rivolta alla designazione del Paese terzo e la posizione del ricorrente: si vedano le decisioni dei Tribunali di Firenze e Milano richiamate alle note 8 e 9.

²⁹ Eurostat, *First instance decisions on applications by type of decision, citizenship, age and sex* - annual aggregated data, disponibile qui: https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/migr_asydcfst_custom_13487103/default/table?lang=en.

ritto UE, significa consentire l'ingresso nell'area Schengen di una quota di richiedenti bengalesi ed egiziani non meritevoli di protezione pari all'87%.

Questo esito appare contraddire le finalità della direttiva 2013/32 e, in prospettiva, del regolamento 2024/1348. La procedura di frontiera ivi disciplinata mira, come noto, a “chiudere il gap”, cioè a evitare il rischio di fuga e dispersione nello spazio Schengen dei richiedenti asilo non meritevoli, prima del loro rimpatrio. L'approccio seguito dalle sezioni specializzate di Roma, Catania e Palermo finisce, invece, per consolidare quel “gap” e, così, per vanificare il chiaro intento delle norme UE di limitare i movimenti secondari e scoraggiare l'abuso della procedura d'asilo da parte di chi non abbia diritto alla protezione.

4. *Le ricadute delle vicende italiane nel contesto europeo*

Al di là dei dubbi sopra prospettati, le decisioni del Tribunale di Roma e, prim'ancora, dei Tribunali di Catania e Palermo hanno avuto successo nel disinnescare la procedura di frontiera in Italia e in Albania, cioè il tratto più coercitivo della politica migratoria del Governo in carica.

Senonché l'approccio coercitivo oggi perseguito dal Governo italiano domani sarà comunque imposto dall'Unione europea. In base al Nuovo Patto, dal 2026 la procedura di frontiera dovrà essere attuata in tutti gli Stati membri³⁰. Dato l'elevato numero di ingressi irregolari, l'Italia dovrà effettuare il maggior numero di procedure di frontiera e, quindi, di trattenimenti a livello europeo: almeno 16.032 a partire dal 12 giugno 2026 e 24.048 dall'anno successivo³¹. Se non sarà possibile effettuare quei trattenimenti in Albania – dove i 3.000 posti di capienza massima potrebbero, con adeguato *turn over*, consentire all'Italia di soddisfare le richieste della Commissione (sempre che questa accetti di includere nel conteggio anche i trattenimenti extraterritoriali³²) – il Governo dovrà tentare di creare grandi centri di trattenimento nel territorio italiano. Ma l'impresa è ardua, date le prevedibili resistenze delle comunità locali, finora in grado di vanificare i ricorrenti tenta-

³⁰ V. cons. 60 del regolamento UE 2024/1348.

³¹ Decisione di esecuzione (UE) 2024/2150 della Commissione, del 5 agosto 2024, recante modalità di applicazione del regolamento (UE) 2024/1348 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda la capacità adeguata degli Stati membri e il numero massimo di domande che uno Stato membro è tenuto a esaminare con procedura di frontiera ogni anno.

³² Sul punto, v. M. SAVINO, *La legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo Italia-Albania: tre problemi di sostenibilità giuridica e amministrativa*, in *ADiM Blog, Editoriale*, gennaio 2024.

tivi di ampliare la rete di CPR, che da anni complessivamente conta meno di 1000 posti.

In questo quadro, il decreto-legge n. 158 del 23 ottobre non sembra destinato a cambiare la dinamica del conflitto istituzionale in corso. È vero che rispetto all'elenco prima contenuto in un decreto interministeriale i giudici non potranno più ricorrere all'istituto della non applicazione degli atti amministrativi (ex art. 5 della legge del 1865, all. E), ove ritengano che la designazione di un Paese terzo sicuro sia viziata da violazione di legge o eccesso di potere. Ma il rischio che, nonostante la veste legislativa, l'elenco dei Paesi terzi venga disapplicato non è scongiurato, potendo continuare in nome del diritto UE. Molto dipenderà, dunque, dall'esito dei rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia.

La procedura di frontiera segna un drastico salto di qualità nel processo di «amministrativizzazione» della libertà personale dei migranti ed è, al contempo, l'istituto cardine attorno al quale il Nuovo Patto intende ricostruire la sicurezza perduta nello spazio Schengen. Quel progetto si è tradotto in leggi, la cui compatibilità con il sistema nazionale ed europeo di tutela dei diritti fondamentali va verificata. È perciò auspicabile che la Corte di giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo e le alte Corti nazionali si pronuncino sulla legittimità di tali scelte. Sollecitare il loro intervento – come ha fatto da ultimo il Tribunale di Bologna con il rinvio alla Corte di giustizia – appare preferibile rispetto alla tentazione del singolo giudice di disapplicare le norme interne in nome di un diritto dell'Unione che offre minori certezze di quanto spesso si assuma.

SE I GIUDICI TORNASSERO A OCCUPARSI DEL CASO CONCRETO? L'IMPASSE SUI PAESI SICURI E UNA POSSIBILE VIA DI USCITA

Mario Savino*

SOMMARIO: 1. Il fine giustifica il mezzo? – 2. Oltre la disapplicazione: il passo in avanti del Tribunale di Roma. – 3. Un giudizio sul caso concreto a prescindere dal caso concreto? – 4. Ben oltre il caso concreto: giudice erculeo o giudice onnipotente? – 5. Quale conclusione?

*«I principi sono proposizioni che descrivono diritti,
le politiche sono proposizioni che descrivono fini».*

(R. Dworkin, *I diritti presi sul serio* (1977), Bologna, 1982, 183)

1. *Il fine giustifica il mezzo?*

Il trattenimento previsto nell'ambito della procedura accelerata di asilo alla frontiera (c.d. procedura di frontiera), ove non siano applicabili le misure alternative, persegue una finalità chiaramente enunciata dalle norme europee: prevenire i c.d. movimenti secondari dei richiedenti asilo con poche *chances* di ottenere protezione¹. L'obiettivo – amplificato dalla riforma dell'asilo varata con il Nuovo Patto UE, che ha reso obbligatoria tale procedura in tutti gli Stati membri – è evitare che i migranti, una volta giunti senza autorizzazione in uno Stato membro dell'Unione, chiedano protezione strumentalmente, senza averne diritto, al solo scopo di evitare il rimpatrio. L'immissione nella procedura di asilo ordinaria, infatti, implica la possibilità di essere accolti in centri “aperti” e consente, non *de iure* ma *de facto*, di spostarsi in altri Stati membri.

La posta in gioco, secondo la prospettiva Schengen-centrica di Bruxelles, è la principale conquista che il processo di integrazione ha portato in dote ai cittadini europei: la libertà di circolazione. Se i migranti irregolari continue-

* Professore ordinario, Università della Tuscia.

¹ La direttiva 2013/32 fa esplicito riferimento alla necessità di «evitare movimenti secondari di richiedenti» (cons. 44).

ranno ad abusarne, mettendo in crisi la (percezione di) sicurezza nello spazio Schengen, quella libertà – e, con essa, la proiezione delle nostre vite in uno scenario continentale – è destinata al tramonto. La credibilità di questo scenario è testimoniata dalle misure di reintroduzione dei controlli alle frontiere interne che i principali Paesi europei di destinazione dei migranti reiterano ormai senza limiti².

Ma il fine giustifica il mezzo? La salvaguardia della *nostra* libertà di circolazione giustifica la compressione della *loro* libertà personale? L'interesse pubblico (europeo) alla prevenzione dei movimenti secondari giustifica la coercizione di decine di migliaia di migranti in fuga da guerre e povertà?

Questa domanda non soltanto interroga le coscienze individuali ma tocca le fondamenta dello Stato di diritto e dell'*ethos* giuridico europeo. Il trattenimento in frontiera scava un solco netto tra la libertà personale dei cittadini europei e quella dei cittadini di Paesi terzi. Mentre la libertà dei primi non può essere scalfita dall'amministrazione – data la riserva di giurisdizione – se non in casi davvero eccezionali (la principale ipotesi, nel diritto interno, è il trattamento sanitario obbligatorio), per i migranti che arrivino in Europa senza autorizzazione la detenzione amministrativa è destinata invece a divenire, se non la regola, una ipotesi ordinaria. Se oggi l'Italia pratica annualmente 4-5 mila trattenimenti (per lo più a fini di rimpatrio), in base alla nuova procedura dovrebbero aggiungersi, da giugno 2026, 16 mila trattenimenti annui in frontiera e 24 mila dall'anno successivo³.

Questa forma di trattenimento interesserà chi chiede asilo e si presume abbia poche *chances* di ottenere protezione. La presunzione, dal 2026, poggerà su un criterio oggettivo, di tipo statistico: la provenienza da un Paese terzo con un tasso di riconoscimento della protezione nell'Unione inferiore

² Il tentativo di ricondurre quelle misure entro i limiti temporali previsti dal Codice frontiere Schengen, compiuto dalla Corte di giustizia nel 2022, è risultato fin qui vano (si v. sul tema P. CEBOLAK, M. MORVILLO, *Schengen Restored: The CJEU Sets Clear Limits to the Reintroduction of Internal Border Controls*, in *VerfBlog*, 2022/5/05). Al momento, dei 10 Stati membri che prevedono controlli alle frontiere interne, una buona parte reitera la misura da più di due anni, limite massimo previsto dalle norme (la Francia, ad esempio, dal 2015) e ben 6 (Germania, Francia, Austria, Danimarca, Olanda e la stessa Italia) adducono ragioni legate all'afflusso incontrollato di migranti irregolari (la serie di misure adottate e le motivazioni sono consultabili a questo link: https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/schengen/schengen-area/temporary-reintroduction-border-control_en).

³ Come stabilito ad agosto 2024 dalla Commissione con la decisione di esecuzione UE 2024/2150.

al 20%⁴. Meno oggettivo è invece il criterio attualmente in uso: la nozione di Paese sicuro. In base al diritto vigente, infatti, il trattenimento in frontiera è previsto – ove non si tratti di persona vulnerabile e non siano applicabili le misure alternative alla detenzione (consegna del passaporto e garanzia finanziaria)⁵ – a condizione che il richiedente provenga da un Paese terzo designato come sicuro: si assume, cioè, che le generali condizioni di sicurezza di quel Paese incidano, riducendole, sulle *chances* individuali di protezione.

Sul piano giuridico, la domanda decisiva sarebbe la seguente: la procedura di frontiera è compatibile con l'art. 5 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, con l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e con l'art. 13 della Costituzione italiana, cioè con le norme che tutelano la libertà personale in Europa e in Italia, a beneficio di chiunque, a prescindere dalla nazionalità?

Sennonché questo interrogativo è rimasto inesplorato. Le sezioni specializzate dei Tribunali di Catania, Palermo e Roma, più spesso chiamate a convalidare il trattenimento in procedura di frontiera, pur avendo esercitato un controllo molto severo, non hanno finora sottoposto alle alte corti competenti – la Corte di giustizia e la Corte costituzionale – *quella* domanda di fondo: l'unica che può davvero dirci se i fini politici perseguiti a livello europeo e (di conseguenza) nazionale siano (o meno) compatibili con i principi posti a tutela della libertà personale dei migranti.

I tribunali richiamati hanno, invece, optato – da settembre 2023, quando la procedura di frontiera è divenuta applicabile in Italia – per una soluzione diversa: disapplicare le norme interne sul trattenimento in frontiera. Lo hanno fatto asserendo che le scelte normative del Governo (*prima* quelle sulla garanzia finanziaria, *ora* quelle sulla designazione sul Paese terzo sicuro) contrastano con alcuni principi del diritto UE: principi certamente meritori in

⁴ In base all'art. 41, par. 1, lett. j, del regolamento UE 1348/2024, saranno sottoposti alla procedura di asilo accelerata, con possibilità di trattenimento alla frontiera, i richiedenti provenienti da Paesi per i quali la percentuale di accoglimento delle istanze di protezione sia inferiore alla media del 20 per cento nell'Unione. Al momento, in base ai dati Eurostat, tra i Paesi terzi che superano questa percentuale vi sono i seguenti: Siria (94,2%), Venezuela (94%), Ucraina (93,8%), Afghanistan (80,3%), Somalia (70,2%), Sudan (66,5%), Myanmar/Burma (60,7%), Uganda (50,4%), Repubblica Centrafricana (48,8%), Iraq (46,0%), Iran (45,6%), Etiopia (40,9%), Russia (34,4%), Repubblica democratica del Congo (25,3%) e Turchia (21,7%). I Paesi terzi la cui sicurezza è stata messa in discussione dai giudici italiani sono, invece, al di sotto di quella soglia: si tratta di Tunisia (14,5%), Bangladesh (13,6%) ed Egitto (13,0%).

⁵ Queste le altre condizioni poste dall'art. 6-bis del d.lgs. n. 142/2015.

astratto (*prima* la necessità di non discriminare i richiedenti da trattenere in base al censo, *ora* la necessità di prendere sul serio la sicurezza dei Paesi terzi di origine), ma non univocamente applicabili al caso concreto, in quanto estrapolati da sentenze europee che non riguardano fattispecie sovrapponibili e che tuttavia i nostri tribunali hanno applicato, in via, per così dire, analogica⁶.

Non si tratta, ovviamente, né di mettere in discussione la cogenza delle pronunce della Corte di giustizia o la loro efficacia *erga omnes* (poco importerebbe che entrambe le pronunce riguardino altri Stati, ove le fattispecie fossero state davvero sovrapponibili), né di rinverdire una visione meccanicistica del giudice “*bouche de la loi*”, ormai obsoleta.

Si tratta, invece, di chiedersi se l’opposizione di principio alla procedura di frontiera – una procedura centrale nella strategia europea di rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne e, tuttavia, come detto, problematica, sul piano “costituzionale”, per le sue notevoli implicazioni coercitive – consenta al giudice comune di fare da sé: può quel giudice, forte di un solido convincimento e del potere di disapplicazione offerto dal diritto europeo, rendere di fatto inapplicabile in Italia un istituto voluto da un’ampia maggioranza di governi e parlamentari a livello europeo e nazionale? E può farlo senza adire le alte corti nazionali ed europee, cui spetta il delicato compito istituzionale di definire la portata dei principi che garantiscono i diritti e perimetrano il campo delle scelte politiche legittime? Tutelare la libertà personale dei migranti in misura più “piena” e più rispondente ai propri convincimenti autorizza il giudice a disapplicare norme nazionali in nome di un diritto europeo meno certo di quanto si vorrebbe? Ancora una volta, il fine giustifica il mezzo?

2. Oltre la disapplicazione: il passo in avanti del Tribunale di Roma

Oltre ad accentuare un conflitto istituzionale che va avanti da tempo,

⁶ Ho avanzato alcuni dubbi sull’utilizzo della giurisprudenza della Corte di giustizia come presupposto per la disapplicazione sia in riferimento alla prima serie di casi “catanesi” riguardanti la garanzia finanziaria (M. SAVINO, *Procedura di frontiera e alternative al trattenimento dei richiedenti asilo: il decreto ministeriale sulla garanzia finanziaria è legittimo?*, in *ADiM blog*, settembre 2023); sia in riferimento alla seconda serie di casi “romani” riguardanti la designazione del Paese terzo sicuro (ID., *La mancata convalida dei trattenimenti in Albania: alcuni dubbi sulla decisione del Tribunale di Roma*, in *ADiM blog*, ottobre 2024). Per un sintetico ma efficace inquadramento del problema, C. Silvestri, in *Quad. cost.*, 2024, p.

quel mezzo – la disapplicazione delle norme sulla procedura accelerata di frontiera – ha prodotto conseguenze rilevanti anche sul piano giuridico. Innanzitutto, ha paralizzato sul nascere l'applicazione della procedura accelerata con trattenimento in frontiera, sia in Italia sia nelle *enclaves* albanesi, lasciando però intatta la validità formale delle norme censurate. Ha determinato, poi, la selettiva applicazione sul territorio nazionale della più generale procedura accelerata (anche senza trattenimento), che dipende, appunto, dalla provenienza del richiedente asilo da un Paese terzo sicuro. Ne è derivata, quindi, una evidente disparità di trattamento: alcuni richiedenti asilo sono sottratti alla procedura accelerata (con o senza trattenimento), mentre altri no, perché soltanto alcuni tribunali ritengono di poter sindacare e disapplicare la designazione governativa dei Paesi terzi sicuri⁷. Il risultato è un complessivo stato di incertezza giuridica, che arriva a compromettere l'uniforme applicazione del diritto europeo, non solo in Italia ma nell'Unione: basti considerare che in nessun altro Stato membro risultano pronunce di giudici che abbiano disapplicato le norme interne sulla designazione di un Paese terzo come sicuro.

Alla luce di questo quadro, va sottolineato l'importante passo in avanti compiuto dal Tribunale di Roma con le decisioni relative al secondo gruppo di trattenimenti in Albania⁸. Come si ricorderà, lo scorso 18 ottobre il Tribunale aveva disapplicato le norme sulla designazione di Bangladesh ed Egitto quali Paesi sicuri di origine dei primi richiedenti portati in Albania e negato, perciò, la convalida dei loro trattenimenti per mancanza di uno dei presupposti. L'11 novembre, i giudici romani hanno optato per una soluzione più cauta: hanno sospeso (non negato) la convalida dei trattenimenti e proposto un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Eppure, la questione era la medesima: se il Paese terzo possa considerarsi sicuro anche quando in quel Paese vi siano categorie di persone non adeguatamente protette. Immutata è rimasta anche la posizione dei giudici romani. L'espressione «generalmente e costantemente» utilizzata nell'Allegato I della direttiva 2013/32 è il dato letterale che imporrebbe di accogliere una logica rigidamente binaria, secondo la quale o un Paese terzo è sicuro *in toto* o non lo è affatto; siccome questa logica binaria emerge chiaramente dalla sentenza

⁷ Tra le pronunce in controtendenza si segnalano, in particolare, Trib. Milano, 1° dicembre 2023, r.g. n. 38586-1/2023, e Trib. Firenze, 11 gennaio 2024, r.g. n. 14094-1/2023.

⁸ Si farà riferimento, d'ora in avanti, a Trib. Roma, ordinanza 11 novembre 2023, disponibile qui: https://www.intome.eu/wp-content/uploads/2024/11/Trib.Roma_Non-convalida-rinvio_11.11.24_clean.pdf.

della Corte di giustizia del 4 ottobre – che esclude si possa considerare sicuro un Paese terzo quando anche solo una parte del suo territorio non sia sicura – il principio logico di non contraddizione esigerebbe che lo stesso criterio valga, *mutatis mutandis*, quando l'insicurezza riguardi le categorie di persone. Di conseguenza, se alcune di esse, nel Paese terzo, non godono di tutele adeguate e, quindi, di una condizione di sicurezza nel godimento dei diritti fondamentali, allora è l'intero Paese che non può essere considerato sicuro.

Il ragionamento ha una forte coerenza interna. Tuttavia, come si è già avuto modo di evidenziare⁹, talune sue premesse appaiono poco solide. Da un lato, nella direttiva europea previgente, l'espressione «generalmente e costantemente» coesisteva con le eccezioni territoriali, espressamente ammesse (art. 30, par. 1, direttiva 85/2005): questo dato incrina il rigore dell'approccio binario proposto dalla Corte di giustizia, giacché fino all'entrata in vigore della direttiva 2013/32, un Paese terzo poteva essere designato come sicuro anche se non lo era *in toto*, nonostante quegli avverbi. Dall'altro, la tesi dei giudici romani poggia su un assunto – quello del parallelismo perfetto tra eccezioni territoriali ed eccezioni personali nel diritto europeo – che è anch'esso discutibile, perché, nel silenzio della direttiva del 2013, quella previgente ammetteva eccezioni personali (non in parallelo a quelle territoriali, bensì) soltanto nel regime transitorio legato a una clausola di *stand still*.

Al di là del dato letterale, due considerazioni appaiono pertinenti. La prima riguarda la diversa portata delle eccezioni personali, riferibili a gruppi più o meno ampi di persone, e il diverso grado di oggettività dell'accertamento: quante condanne di oppositori politici servirebbero per considerare non adeguatamente protetta quella categoria di persone e non sicuro un intero Paese? Basta una condanna o ne occorrono dieci, oppure cento? E può essere un giudice a Catania, Palermo o Roma a stabilire quale sia la soglia critica? Con quali strumenti, posto che le fonti qualificate sulle quali deve fondarsi la valutazione di sicurezza esprimono spesso giudizi sintetici e sommari?

L'altra considerazione attiene alla opportunità di una interpretazione teleologica, che consideri il tema delle eccezioni personali alla luce dei fini della normativa europea. L'obiettivo delle norme sulla procedura di frontiera è evitare l'ingresso (autorizzato) nello spazio Schengen al richiedente asilo che abbia poche *chance* di ottenere protezione. *Rispetto al fine di questa normati-*

⁹ M. SAVINO, *La mancata convalida dei trattenimenti in Albania: alcuni dubbi sulla decisione del Tribunale di Roma*, in ADiM Blog, Editoriale, ottobre 2024.

va – prevenire l’abuso del diritto di asilo e, con esso, i movimenti secondari di fatto consentiti dalla procedura di asilo ordinaria – *qual è il significato più appropriato da dare alla nozione di Paese terzo sicuro?* È più ragionevole ritenere che la designazione del Paese sicuro risponda a un criterio di assolutezza oppure di prevalenza delle condizioni di sicurezza? Nel primo caso, la logica binaria proposta dalla Corte di giustizia per le eccezioni territoriali dovrebbe essere effettivamente estesa alle eccezioni personali, come sostengono i nostri giudici: il Paese terzo o è sicuro *in toto* o non lo è. Nel secondo, invece, una nozione di sicurezza *funzionale* al raggiungimento dei fini della normativa dovrebbe autorizzare la designazione di un Paese terzo sicuro quando le domande di asilo dei “suoi” richiedenti siano in larga maggioranza rigettate, così da impedire che quella larga maggioranza possa circolare nello spazio Schengen senza averne titolo. La logica sottesa a questa nozione *funzionale* di Paese sicuro sarebbe, cioè, sovrapponibile a quella esplicitata dal criterio statistico – la soglia media del 20% dei riconoscimenti – che entrerà in vigore nel 2026.

Per chiarire, si consideri la situazione di Bangladesh, Egitto e Tunisia, i tre Paesi la cui designazione di sicurezza è stata più spesso contestata dalle sezioni specializzate. Per i richiedenti provenienti da quei Paesi il tasso medio di riconoscimento della protezione è pari al 13-15% (dati Eurostat 2023). Negare che siano Paesi sicuri comporterebbe l’applicazione della procedura di asilo ordinaria a tutti i “loro” richiedenti, inclusi quanti, non suffragando le loro domande di asilo con allegazioni rilevanti, verosimilmente rientrerebbero nella quota dell’85-87% dei denegati. L’interpretazione dei giudici italiani comporterebbe che la procedura di frontiera non si applichi neppure a coloro che, avendo *chances* irrisorie di ottenere protezione, verosimilmente stanno abusando dell’istituto dell’asilo pur di completare il loro progetto migratorio in Europa. Sembra lecito dubitare della coerenza di tale esito interpretativo, in quanto non solo imperniato su gracili premesse letterali, ma anche manifestamente distonico rispetto al *telos* della normativa.

Sebbene dalle ordinanze del Tribunale di Roma non emerga la disarmonia tra il criterio teleologico testé proposto e il criterio letterale – invero un po’ approssimativo – invocato, la scelta di sottoporre alla Corte di giustizia la questione relativa alle eccezioni personali appare corretta. È vero che l’esito pratico delle ordinanze di rinvio dell’11 novembre è il medesimo dei decreti del 18 ottobre: i trattenimenti in Albania sono cessati allo spirare delle 48 ore dalla richiesta di convalida e i richiedenti sono stati riportati in Italia, dove li attende la procedura di asilo ordinaria. Tuttavia, le nuove ordinanze ridimensionano la disapplicazione come tecnica di risoluzione delle antinomie in

favore del rinvio all'alta corte europea, consolidando una tendenza di recente emersa sia nell'ambito del giudizio cautelare sulla protezione¹⁰, sia nell'ambito – che qui più interessa – del giudizio di convalida dei trattenimenti in frontiera¹¹. Si superano, così, anche i dubbi tecnici sulla ammissibilità di un rinvio in sede di convalida, che finora avevano implicitamente legittimato la disapplicazione.

Con le ordinanze dell'11 novembre, dunque, il Tribunale di Roma ha compiuto una scelta che ha un duplice merito. Per un verso, concorre ad avviare un percorso che dovrebbe consentire, in tempi auspicabilmente rapidi, di ripristinare le condizioni di certezza giuridica e uniforme applicazione del diritto UE al momento perdute, rimettendo la definizione dei principi europei alla Corte che istituzionalmente ha il compito di interpretarli. Per altro verso, dimostra che il giudice monocratico sa resistere alla tentazione offerta dalla disapplicazione: sovrapporre la propria valutazione giuridica alla volontà legislativa è scelta sempre delicata per un giudice comune, giacché ne avvicina la funzione (di risoluzione delle antinomie) a quella delle alte corti e genera inevitabili tensioni con altri poteri dello Stato; ma quella scelta diviene quantomeno ardita se non vi è certezza – questa sì, assoluta – sulla portata dei principi europei di cui si afferma la prevalenza sulla norma interna¹².

3. *Un giudizio sul caso concreto a prescindere dal caso concreto?*

Chiariti i pregi del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia proposto da ultimo dal Tribunale di Roma, veniamo ai problemi che, ad avviso di chi scrive, restano aperti.

Partiamo dal *fil rouge* che lega le ordinanze dell'11 novembre ai decreti

¹⁰ La prima ordinanza di rinvio in tema di Paesi terzi sicuri, avanzata da Trib. Firenze, 31 maggio 2024, r.g. n. 2458/2024 era rimasta fino a poche settimane fa isolata. Dopo la sentenza della Corte di giustizia del 4 ottobre 2024, sono stati il Tribunale di Bologna (25 ottobre 2024, r.g. n. 14572-1/2024) e lo stesso Tribunale di Roma (2 novembre 2024, r.g. n. 44346/2024) ad adottare le prime ordinanze di rinvio in sede di giudizio cautelare sulla protezione.

¹¹ Il Tribunale di Palermo, con una serie di ordinanze di rinvio del 6 novembre 2024, riferite a Paesi quali il Ghana (r.g. n. 13380/2024) e il Senegal (r.g. n. 13382/2024), è stato il primo a superare le riserve sulla rilevanza di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nell'ambito di un giudizio di convalida destinato a consumarsi entro le 48 ore. L'esempio è stato seguito appunto dal Tribunale di Roma.

¹² Ciò nondimeno, alcune sezioni specializzate insistono nel disapplicare: si vedano Trib. Catania, 4 novembre 2024, e Trib. Trieste, 22 novembre 2024, r.g. n. 4439/2023.

del 18 ottobre. In entrambi i gruppi di casi, i giudici romani hanno ritenuto di non poter convalidare i trattenimenti alla frontiera in Albania sulla base dell'argomento noto: che i richiedenti asilo provengono da Paesi terzi erroneamente designati come sicuri, in quanto lo stesso Ministero degli affari esteri, nelle schede relative a quei Paesi, ha individuato categorie di persone non adeguatamente protette. Seguendo l'approccio binario della Corte di giustizia (o un Paese è sicuro *in toto* o non lo è), l'eccezione personale desumibile da tali schede sarebbe incompatibile (casi di ottobre) e almeno di dubbia compatibilità (casi di novembre) con la designazione di quei Paesi come sicuri.

Così, nei casi "albanesi", il Tribunale di Roma si è limitato a prendere atto della provenienza di ciascun richiedente dal Paese di origine sicuro. Non ha, invece, verificato il secondo presupposto fattuale, ossia l'appartenenza del richiedente alla categoria di persone di cui la scheda Paese segnala l'insufficiente protezione. Perché questa verifica così selettiva dei presupposti fattuali necessari a verificare la rilevanza dell'eccezione personale nel caso concreto?

La risposta sta nella premessa binaria dell'intero ragionamento. Se un Paese terzo, per essere sicuro, deve esserlo *in toto*, vale la sineddoche, la parte per il tutto: basta che una sola ristretta categoria di persone (o una ristretta area territoriale) non lo sia per travolgere la complessiva designazione di sicurezza di quel Paese. A quel punto, il secondo presupposto fattuale diventa irrilevante. Se il Paese di origine è da ritenersi complessivamente insicuro, non servirà più verificare che il richiedente appartenga a quella categoria o possa addurre «gravi motivi» a sostegno della sua domanda. E neppure rileverà l'eventuale decisione amministrativa di rigetto della domanda di asilo assunta *prima* del giudizio di convalida, com'è accaduto nei casi "albanesi": sebbene quel rigetto riduca sensibilmente le *chances* di protezione del richiedente, nella logica binaria quelle *chances* diventano anch'esse irrilevanti. Tutti i cittadini del nostro paradigmatico Paese terzo – generalmente sicuro ma non considerabile tale a causa di un'unica categoria di persone non protetta – dovranno essere sottratti, senza distinguere, alla procedura accelerata di frontiera.

Come evitare un esito applicativo così manifestamente contrario al fine delle norme sulla procedura di frontiera, che è prevenire i movimenti secondari dei richiedenti con minori *chances* di protezione?

Una risposta è offerta dall'art. 36, par. 1, della direttiva 2013/32 e dalla corrispondente norma italiana di recepimento: quell'art. 2-bis, c. 5, d.lgs. n. 25/2008 secondo cui «Un Paese designato di origine sicuro ai sensi del pre-

sente articolo può essere considerato Paese di origine sicuro *per il richiedente* solo se questi ha la cittadinanza di quel Paese (...) *e non ha invocato gravi motivi per ritenere che quel Paese non è sicuro per la situazione particolare in cui lo stesso richiedente si trova*» (art. 2-bis, c. 5, d.lgs. n. 25/2008).

In base a questa previsione, ogni qual volta il giudice ritenga sussistenti quei «gravi motivi», il superamento della presunzione relativa di sicurezza che a quella designazione si ricollega comporta il venir meno del primo presupposto della procedura accelerata (la provenienza da un Paese terzo sicuro *per il richiedente*). Data la sua portata generale, tale norma – ordinariamente applicata nel giudizio sulla protezione (anche nella fase cautelare, che implica un esame sommario) – dovrebbe poter trovare applicazione anche in sede di convalida. Le poche norme sulla convalida del trattenimento dei richiedenti asilo (art. 6, c. 5, d.lgs. n. 142/2015) e dei migranti irregolari (art. 14, c. 4, TUI) non paiono limitare il sindacato esperibile dal giudice in quella sede.

L'applicazione dell'art. 2-bis, c. 5, d.lgs. n. 25/2008 potrebbe avere conseguenze importanti, forse risolutive, per il superamento dell'*impasse* sui Paesi terzi sicuri. Da un lato, il meccanismo di garanzia che fa leva su quella norma-chiave assicura al richiedente meritevole (con buoni argomenti e quindi con buone *chances*) una tutela piena dei suoi diritti. Il superamento della presunzione di sicurezza nel suo caso determina, infatti, il diniego della convalida e la sottrazione del richiedente meritevole alla procedura di frontiera. I suoi diritti alla libertà personale e a una procedura di asilo più "garantista" sarebbero, così, pienamente tutelati. Dall'altro, questa piena tutela sembrerebbe rendere superfluo quel sindacato *in via generale* sulla designazione del Paese terzo sicuro che finora il Tribunale di Roma e le altre sezioni specializzate intervenute sul tema hanno ritenuto imprescindibile. Una volta disinnescata la presunzione di sicurezza del Paese terzo *nel caso concreto* e, con essa, la procedura accelerata e la detenzione amministrativa in frontiera, quale valore aggiunto deriverebbe dal mettere in discussione la designazione *in via generale* del Paese terzo sicuro?

Benché il richiedente meritevole non ne tragga nessuna garanzia aggiuntiva, una risposta in realtà c'è: a beneficiarne sarebbero i richiedenti ritenuti – secondo la *ratio* delle norme – *non meritevoli*, cioè coloro che hanno poche *chances* di protezione e che, per questo, dovrebbero essere sottoposti alla procedura di frontiera. Diviene, così, evidente il corto circuito che l'orientamento giurisdizionale in esame genera: una procedura concepita per tracciare in via preliminare una distinzione tra richiedenti meritevoli e non – così da indirizzare i secondi verso una procedura più rapida e coercitiva, volta a limitare l'abuso dell'asilo e della libera circolazione nell'Unione – finisce

per perdere quella capacità distintiva e, con essa, la possibilità di essere applicata.

4. *Ben oltre il caso concreto: giudice erculeo o giudice onnipotente?*

Questo ampliamento di tutela in via giurisdizionale è per lo più salutato con favore in ambito giudicio, in quanto argina la tendenza – molto evidente in questo momento storico – a comprimere i diritti dei migranti. Tuttavia, le conseguenze di sistema non sono trascurabili. Sul versante dell’attuazione del Nuovo Patto, l’*impasse* ostacola il percorso di potenziamento della capacità detentiva e di sperimentazione della procedura di frontiera, necessario in vista dell’avvio, a giugno 2026, del sistema di quote descritto. Ma è soprattutto sul versante istituzionale, del rapporto tra poteri dello Stato, che si colgono le ripercussioni principali.

Si è detto che la disciplina della procedura di frontiera determina una implicita ma fondamentale distinzione preliminare tra richiedenti meritevoli e non. Il criterio della provenienza da un Paese terzo sicuro serve appunto a tracciare la distinzione. Da un lato, vi è il richiedente che proviene da un Paese terzo non sicuro per la generalità (non designato nell’elenco) o non sicuro *per lui* (che può addurre i «*gravi motivi*» dell’art. 2-bis): costui, avendo buone possibilità di ottenere la protezione, “merita” una procedura che gli dia una possibilità piena di provare il loro diritto. Dall’altro, vi è, invece, il richiedente che ha minori *chances*, perché proviene da un Paese terzo che offre generali condizioni di sicurezza nel godimento dei diritti fondamentali e perché non adduce argomenti sufficienti a dimostrare che quella presunzione di sicurezza nel suo caso non vale. A giudizio del legislatore europeo, questo seconda tipologia di richiedenti, nella sua ottica “abusivi”, non merita una procedura ordinaria, che offre una possibilità – di spostarsi in altri Stati membri – che metterebbe in crisi la libera circolazione nello spazio Schengen. Per costoro è perciò prevista una procedura speciale, con minori garanzie, tempi ridotti e, se necessario, il trattenimento, così da concludere rapidamente l’esame della domanda, prevenire l’ingresso in Schengen e rendere possibile il rimpatrio.

Il Tribunale di Roma rigetta la predetta distinzione. Per compierla, avrebbe dovuto, nel giudizio di convalida, applicare l’art. 2-bis, c. 5, d.lgs. n. 25/2008, così da sottrarre al trattenimento e alla procedura accelerata soltanto chi avesse addotto quei «*gravi motivi*». La scelta dei giudici romani di sindacare a monte la designazione del Paese terzo cancella quella distinzione ed

espande il “diritto alla procedura ordinaria” ben oltre i confini fissati dal legislatore europeo, rendendo esigui e incerti i margini di applicazione della procedura di frontiera.

In tal modo, i giudici italiani finiscono per intrecciare, fino a confonderli, il piano generale della scelta politica con il piano individuale della tutela in giudizio. Questa confusione di piani – contraria al principio della separazione dei poteri e alla logica giurisdizionale del caso concreto che ne è il corollario – emerge con nitore dal secondo e dal terzo quesito che il Tribunale di Roma ha posto alla Corte di giustizia e che qui giova richiamare:

- se il diritto dell’Unione «osti quanto meno a che il legislatore designi uno Stato terzo come Paese di origine sicuro senza rendere accessibili e verificabili le fonti adoperate per giustificare tale designazione, *così impedendo al richiedente asilo di contestarne, ed al giudice di sindacarne la provenienza, l’autorevolezza, l’attendibilità, la pertinenza, l’attualità, la completezza, e comunque in generale il contenuto, e di trarne le proprie valutazioni sulla sussistenza delle condizioni sostanziali di siffatta designazione*»;

- se il diritto dell’Unione «debba essere interpretato nel senso che, nel corso di una procedura accelerata di frontiera da Paese di origine designato sicuro, *ivi inclusa la fase della convalida del trattenimento in essa disposto, il giudice possa in ogni caso utilizzare informazioni sul Paese di provenienza, attingendole autonomamente dalle fonti [qualificate], utili ad accertare la sussistenza delle condizioni sostanziali di siffatta designazione*».

I dubbi che sorgono alla lettura di questi quesiti sono diversi. Perché il richiedente asilo dovrebbe contestare la designazione del Paese sicuro se può limitarsi ad allegare che quel Paese non è sicuro *per lui*? Perché il giudice comune – che pure può tutelare il richiedente valutando le sue allegazioni e, ove le ritenga meritevoli di approfondimento nell’ambito di una procedura di asilo ordinaria, decidere di sottrarlo alla procedura accelerata in frontiera – dovrebbe invece sottoporre la valutazione governativa di sicurezza del Paese terzo a un controllo sulle fonti adoperate, arrivando a sindacarne «la provenienza, l’autorevolezza, l’attendibilità, la pertinenza, l’attualità, la completezza, e comunque in generale il contenuto»? E perché il nostro giudice dovrebbe arrivare a «trarne le proprie valutazioni sulla sussistenza delle condizioni sostanziali di siffatta designazione» e autonomamente «accertare la sussistenza delle condizioni sostanziali di siffatta designazione»? Infine, perché, ove questi vasti poteri non gli fossero riconosciuti, «il principio di effettività della tutela giurisdizionale verrebbe drasticamente ridimensionato»?¹³

¹³ Trib. Roma, ordinanza dell’11 novembre 2024, n. 46690, § 81.

L'impressione che si ricava dal tenore complessivo dell'ordinanza è quella di un giudice comune che ambisce a svolgere un sindacato "costituzionale" nella sostanza e "assorbente" nella sua estensione, senza riconoscere alla scelta politica uno spazio autonomo. Nell'impostazione dei giudici romani, l'invocazione degli interessi statali in gioco – dalla cura delle relazioni internazionali alla gestione delle frontiere esterne di Schengen – appare poco più che un pretesto. Se i diritti dei migranti vanno presi sul serio, il giudice deve poter sindacare ogni aspetto della designazione del Paese sicuro, sia essa compiuta dal potere esecutivo (con decreto interministeriale) o dal potere legislativo (con decreto-legge). Il principio di effettività della tutela esigerebbe un sindacato talmente stringente e pervasivo da autorizzare il giudice a sostituirsi agli altri poteri (esecutivo e legislativo) nella valutazione di sicurezza del Paese terzo: una valutazione giudiziale, essa sì, certamente corretta, perché non sorretta da motivazioni politiche ostili ai migranti, bensì da una eroica capacità di garantire la tenuta dei principi di garanzia posti a presidio delle libertà minacciate.

Prendere i diritti sul serio può, in effetti, richiedere – seguendo la nota tesi di Dworkin – un «giudice Ercole». Quel giudice, però, deve impegnarsi a «costruire uno schema di principi astratti e concreti che fornisca una giustificazione coerente» e a elaborare una teoria «su ciò che la legge e i precedenti richiedono (...), *che è questione molto differente dal supporre che [le sue] convinzioni abbiano qualche forza autonoma sul suo argomento proprio perché sono sue*»¹⁴. Quale immagine ideale del giudice il Tribunale di Roma intende coltivare: quella di un giudice "erculeo", sempre attento a non sovrapporre le proprie convinzioni ai principi ricavabili dalla legge, o quella di un giudice onnipotente?

5. *Quale conclusione?*

A giugno 2026, l'entrata in vigore del regolamento 1348/2024 dovrebbe sopire la *querelle* sui Paesi terzi sicuri, per tre motivi: primo, quel regolamento ammette espressamente le eccezioni territoriali e quelle personali¹⁵; secondo, l'Unione potrà a sua volta designare i Paesi terzi sicuri, sottraendo il relativo elenco al vaglio dei giudici nazionali¹⁶; terzo, gli elenchi nazionali ed eu-

¹⁴ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., 218 e 220.

¹⁵ Art. 61, par. 2, reg. 1348/2024.

¹⁶ Art. 60, reg. 1348/2024.

ropeo avranno un peso minore, perché il criterio primario sarà statistico (la soglia media del 20% dei riconoscimenti)¹⁷. A quel punto, il problema dei Paesi sicuri sarà risolto ma il problema “costituzionale” evocato in apertura potrebbe, con il progressivo rafforzamento della capacità detentiva degli Stati membri, assumere proporzioni abnormi. Il numero incrementale di procedure di frontiera che la Commissione imporrà a ciascuno Stato – Italia in testa, già assegnataria delle quote più alte – prefigura uno scenario inquietante, nel quale la maggioranza dei richiedenti sarà sottoposta a trattenimento in una procedura di frontiera la cui durata massima aumenterà fino a 6-7 mesi. Alla sempre più marcata equiparazione tra migranti “economici” irregolari e richiedenti asilo corrisponderà un sempre più profondo dislivello tra le nostre libertà e le “libertà degli altri”¹⁸.

Questo scenario, non implausibile, accresce l’urgenza di una verifica di costituzionalità, nazionale ed europea, dell’istituto in parola. Una verifica difficile, in tempi segnati dalla propensione degli Stati a farsi Leviatani, ma necessaria per verificare la solidità della *ratio legis*: i movimenti secondari, di per sé, rappresentano una minaccia alla sicurezza dello spazio Schengen? La positiva sperimentazione della libera circolazione riconosciuta ai rifugiati ucraini suggerisce il contrario. Si dirà che quei rifugiati sono donne e bambini, non maschi adulti; e che i governi devono esercitare la loro funzione securitaria tenendo conto anche dell’orientamento e delle percezioni dei rispettivi elettori. Ma la domanda di fondo resta ineludibile: il fine (la salvaguardia della *nostra* libertà di circolazione) giustifica davvero il mezzo (la compressione della *loro* libertà personale)?

Nell’attesa che il discorso costituzionale maturi, le norme sulla procedura di frontiera in Italia conservano intatta la loro validità. Con il loro attivismo, alcuni tribunali le hanno rese inapplicabili. L’*impasse* però non giova al rapporto tra poteri dello Stato. La tesi qui sostenuta è che il *rebus* dei Paesi terzi sicuri avrebbe potuto – e potrebbe ancora – essere risolto ripartendo dalla

¹⁷ Art. 41, par. 1, lett. j, reg. 1348/2024. Al momento, in base ai dati Eurostat, i Paesi terzi la cui sicurezza è stata messa in discussione dai giudici italiani sono al di sotto di quella soglia: si tratta di Tunisia (14,5%), Bangladesh (13,6%) ed Egitto (13,0%). Con questi dati, il richiedente proveniente da quei Paesi sarebbe sottoposto alla procedura di frontiera, a meno che «appartenga a una categoria di persone per le quali è stata fatta un’eccezione» o possa comunque «fornire elementi che giustifichino il motivo per cui il concetto di paese di origine sicuro non è applicabile nei suoi confronti, nel quadro di una valutazione individuale» (art. 61, par. 5, lett. b e c, reg. 1348/2024).

¹⁸ Il riferimento è a M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012.

posizione giuridica da tutelare. La chiave di volta è racchiusa in una norma europea (l'art. 36, par. 1, della direttiva 2013/32) e nella corrispondente disposizione italiana (l'art. 2-bis, c. 5, d.lgs. n. 25/2008).

Tale norma individua gli interessi da proteggere, riconoscendo un diritto alla procedura di asilo ordinaria ai richiedenti meritevoli, identificati come coloro che *i)* non provengano da un Paese terzo sicuro o *ii)* siano comunque in grado di addurre «gravi motivi» per escludere che la presunzione di sicurezza si applichi al loro caso. Ignorando questa seconda condizione, i nostri giudici finiscono per modificare l'oggetto stesso del loro giudizio: non più la posizione individuale del richiedente meritevole, pienamente tutelata dalla norma-chiave, bensì una posizione del richiedente senza aggettivi, a tal punto astratta e desoggettivizzata da finire per coincidere con un interesse alla legittimità della designazione. In nome di una (inesistente) posizione soggettiva, i giudici hanno protetto *tutti* i migranti coinvolti nei casi “albanesi”, inclusi i richiedenti che non avevano seri motivi da addurre. Così, è il giudice a scegliere l'oggetto e l'ampiezza della tutela, mentre le norme (nazionali ed europee) vengono disattese e la loro finalità tradita.

In questo pericoloso gioco di sostituzioni e sovrapposizioni tra poteri, l'approccio binario (il Paese terzo o è sicuro *in toto* o non lo è) abbozzato dalla Corte di giustizia lo scorso 4 ottobre ha fornito ai nostri giudici una sponda tanto inattesa (a oltre dieci anni dall'introduzione della direttiva 2013/32) quanto irresistibile. Il tentativo di ampliare le maglie della tutela è stato ammantato della forza legittimante del diritto UE: un diritto, però, meno certo di quanto sarebbe servito e interpretato in modo selettivo, ignorando la necessità di una indagine sui «gravi motivi» e la complessiva *ratio legis*.

Ben venga, dunque, una nuova pronuncia della Corte di giustizia, che le dia modo di meglio ponderare il suo approccio. Ma prima toccherà alla Cassazione pronunciarsi sul tema¹⁹. Potrebbe essere quella l'occasione per chiarire se la designazione di un Paese sicuro implichi davvero una valutazione di sicurezza assoluta, che non ammette ambiti personali di insicurezza; o se invece basti applicare l'art. 2-bis richiamato, che fa discendere dalla designa-

¹⁹ Il rinvio sul quale la Corte di cassazione si accinge a pronunciarsi nelle prossime settimane è stato promosso dallo stesso Tribunale di Roma con un'ordinanza del 1° luglio 2024 (r.g. n. 22259/2024), ove più misuratamente si chiedeva se il giudice «sia vincolato alla lista dei paesi di origine sicura approvata con il decreto interministeriale» oppure debba «comunque valutare, sulla base di informazioni sui paesi di origine (COI) aggiornate al momento della decisione, se il Paese incluso nell'elenco dei “Paesi di origine sicuri” sia effettivamente tale alla luce della normativa europea e nazionale vigente in materia».

zione una mera *presunzione relativa*, sempre superabile nel caso concreto, anche in sede di convalida del trattenimento.

Così, anche il problema delle eccezioni personali e del loro rapporto con la designazione si ridimensionerebbe. Quelle eccezioni – siano essere racchiuse in apposite norme o in documenti amministrativi come le schede-Paese – possono essere di ausilio all'amministrazione e al giudice nell'individuare i richiedenti "meritevoli" da sottrarre alla procedura speciale. Quando quelle eccezioni siano così numerose e pervasive da rendere palesemente arbitraria la valutazione generale di sicurezza (si pensi al caso del Ruanda, considerato sicuro dal legislatore britannico), dovrebbe porsi, nelle sedi proprie, un problema di legittimità della scelta. Ma in tutti i casi – anche di designazione irragionevole – l'applicazione della norma-chiave consentirebbe di *tenere in buona misura distinti il problema di legittimità della scelta governativa-legislativa* (la designazione di un Paese sicuro pur in presenza di eccezioni personali) *dal problema della tutela del migrante nel caso concreto*.

La domanda, quindi, riemerge: il fine giustifica il mezzo? *Sindacare la designazione del Paese terzo sicuro è davvero il solo modo per tutelare la posizione individuale?* L'art. 2-bis indica un'altra strada, che avrebbe alcuni vantaggi. Consentirebbe, anzitutto, di ricondurre il sindacato del giudice nel suo alveo naturale, rappresentato dalla valutazione del caso concreto – ferma restando la possibilità di censurare i casi di designazione palesemente arbitraria sottoponendoli alle alte corti, le uniche in grado di preservare l'uniforme attuazione del diritto interno ed europeo. Consentirebbe, inoltre, di conciliare la tutela dei diritti con la salvaguardia dei fini politici che permeano le norme sulla procedura di frontiera, tenendo "dworkianamente" in equilibrio *principi e politiche, diritti e fini*. Consentirebbe, infine, di riavvicinarci agli altri Stati membri, dove i giudici comuni non arrivano a sindacare essi stessi la designazione dei Paesi sicuri, né tantomeno a disapplicare i relativi elenchi²⁰. Eppure, il primato del diritto dell'Unione vale anche lì. Se non i dubbi sopra avanzati, almeno questo dato dovrebbe sollecitare una riflessione seria sullo stato della separazione dei poteri in Italia.

²⁰ Sull'esperienza francese, che accentra presso il Conseil d'État il sindacato sulla designazione dei Paesi terzo, si veda l'analisi di G. CASSOLA, *Il controllo giurisdizionale sulla designazione dei paesi di origine sicuri: l'istruttiva esperienza della Francia*, in ADiM Blog, *Analisi & Opinioni*, novembre 2024.

IL DIRITTO È MORTO? LUNGA VITA AL DIRITTO!
COME LA CASSAZIONE HA RISOLTO IL REBUS DEI PAESI SICURI
E QUALI IMPLICAZIONI TRARNE

Mario Savino*

SOMMARIO: 1. La crisi del diritto. – 2. La sentenza del 19 dicembre su “come” e “quando” la designazione dei Paesi sicuri sia sindacabile. – 3. L’ordinanza del 30 dicembre sulla mancata convalida dei trattenimenti in Albania. – 4. Le implicazioni da trarne e il problema di fondo: la “fuga” del giudice dall’oggetto del giudizio. – 5. Missione compiuta?

1. *La crisi del Diritto*

Da una parte, i Tribunali, garanti dei diritti degli ultimi, pronti a usare tutte le armi della giurisdizione per proteggere chi fugge da guerre e povertà e vede le proprie libertà minacciate, al termine di durissimi viaggi, da un sistema di gestione degli arrivi sempre più coercitivo. Dall’altra, il Governo, pronto a imporre a colpi di maggioranza il primato degli interessi dei cittadini e a raccogliere il consenso dei penultimi: quegli italiani in difficoltà, che con gli ultimi competono per accaparrarsi lavori meno qualificati e i pochi benefici di un *welfare* in ritirata.

Così, mentre il Governo rivendica – in nome del principio democratico e della volontà dell’elettorato – il diritto di scegliere come regolare i flussi, anche quando il fine (selezionare al confine, contrastando gli arrivi spontanei) implica il ricorso a mezzi coercitivi, in risposta, i Tribunali disapplicano – in nome di principi generali di garanzia e di pronunce della Corte di giustizia di dubbia pertinenza – le norme interne considerate illiberali, sottraendo al Governo i mezzi per perseguire i suoi fini. Il Governo replica chiamando in causa le istituzioni politiche dell’Unione, per anticipare l’applicazione di norme del Nuovo Patto non attaccabili (si legga: non disapplicabili) dai giudici nazionali; oppure dettando estemporanee norme di tipo “organizzativo”, che sfuggono a una logica di sistema ma mirano a marginalizzare i tribunali ritenuti ostili¹.

* Professore ordinario, Università della Tuscia.

¹ L’art. 16 del d.l. 11 ottobre 2024, n. 145, come modificato dalla legge di conversione 9 dicembre 2024, n. 187, ha trasferito alle Corti d’appello la competenza sulla convalida di di-

È difficile dire chi vincerà la “campagna d’Albania” e la più ampia guerra sulle procedure di frontiera. Di certo, a soccombere è il Diritto (con la “D” maiuscola). Quello che la vicenda mostra è, infatti, un diritto minore (con la “d” minuscola), privato di un senso proprio (la negletta *ratio legis*) e manipolato dai contendenti per rinsaldare le rispettive posizioni². A venire in gioco è il modo stesso di intendere il diritto, che, in nome di una conclamata emergenza democratica (sia essa identificata nel sinistro dominio delle destre o nell’irresponsabile onnipotenza dei giudici), è ridotto a strumento di parte, a coacervo frammentario di norme e pronunce da scomporre (e non ricomporre) in vista di un esercizio non disinteressato di “*cherry picking*”.

Inesorabilmente, questo diritto così esangue e lacerato viene meno alla sua primaria funzione ordinante: non sa più assicurare un accettabile grado di certezza (sacrificata sull’altare dell’autonomia interpretativa del giudice monocratico, ultimo baluardo della resistenza); non detta regole di condotta stabili, in grado di orientare le scelte individuali e perimetrare il campo di esercizio lecito delle libertà (giacché ogni maggioranza al governo si premura di modificare quelle norme a fini di consenso, senza badare a un realistico calcolo dei costi e dei benefici); e, fatalmente, non riesce più a comporre i conflitti (che, anzi, finisce per alimentare).

In questo scenario di profonda crisi del Diritto, è intervenuta la Prima sezione della Cassazione. Le sue due pronunce del dicembre 2024³ sono il frutto di una paziente e meticolosa opera di ricucitura del tessuto strappato. Un tentativo di mostrare come i principi possano stare insieme alle regole e persino armonizzarsi con esse, in un disegno complessivo nel quale i diritti dei migranti e l’ambizione delle comunità nazionali a farsi “comunità di destino” dovrebbero poter coesistere. Che è, poi, la scommessa degli ordinamenti liberal-democratici nei quali viviamo: provare a conciliare il principio *democratico*, che assegna alla maggioranza il potere di decidere in quale direzione andare, con i principi *liberali* dello Stato di diritto, che servono ad as-

verse forme di trattenimento dei migranti, inclusa quella prevista dalla procedura di frontiera, applicata nei centri albanesi sotto giurisdizione italiana in conformità al Protocollo Italia-Albania.

² Lo testimoniano le reazioni alle due pronunce della Cassazione raccolte dalla stampa: si v., ad es. V. PICCOLILLO, *La Cassazione sui migranti in Albania: «Spetta ai ministri valutare i Paesi sicuri»*. *Piantedosi: «Alcuni giudici contrari preventivamente»*, in *Corriere della Sera*, 30 dicembre 2024; V. STELLA *Migranti, la Cassazione riapre il caso “Paesi sicuri”*, in *Il Dubbio*, 30 dicembre 2024.

³ Corte di Cassazione, Prima Sezione civile, sentenza 19 dicembre 2024, N.R.G. n. 14533/2024 e ordinanza 30 dicembre 2024, R.G.N. 22146/2024.

sicurare, durante il cammino, il rispetto dei diritti fondamentali, anche delle minoranze.

Di seguito, si tenterà di evidenziare il *fil rouge* che attraversa le due pronunce (§§ 2 e 3) e poi le implicazioni operative che se ne possono trarre (§§ 4-5). Nel farlo, non si mancherà di segnalare l'esistenza, tra le due pronunce, di una distonia, che però – lo si anticipa – sembra rispondere a una raffinata strategia di interazione con la Corte di giustizia: non un punto di caduta del nostro giudice “ercoleo”, bensì un'altra freccia scoccata dal suo poderoso arco⁴.

2. La sentenza del 19 dicembre su “come” e “quando” la designazione dei Paesi sicuri sia sindacabile

La designazione governativa del Paese terzo – effettuata con decreto interministeriale (secondo il previgente art. 2-bis, comma 1, d.lgs. 25/2008) – vincola il giudice ordinario oppure quest'ultimo deve «comunque valutare», sulla base di informazioni aggiornate, se il Paese designato come sicuro «sia effettivamente tale alla luce della normativa europea e nazionale vigente in materia»?

Il quesito era stato sollevato, ex art. 363-bis c.p.c., dal Tribunale di Roma nell'ambito di un giudizio sulla protezione internazionale, negata a un richiedente tunisino⁵ che si era limitato a eccepire l'insicurezza del Paese di origine, «senza allegare ragioni specifiche riferibili alla sua persona». In quel giudizio, non veniva in rilievo il trattenimento alla frontiera ma soltanto l'accelerazione della procedura di asilo, che, come noto, comporta una significativa compressione delle garanzie procedurali e, dunque, del diritto di difesa del richiedente.

Al quesito la Cassazione ha risposto il 19 dicembre 2024 con un'ampia pronuncia, che riguarda sia il “come” (a), sia il “quando” (b) del sindacato giurisdizionale sulla designazione (governativa, trattandosi del regime antecedente al d.l. 11 ottobre 2024, n. 145) dei Paesi di origine sicuri.

⁴ Alla figura del “giudice Ercole”, impiegata da R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), Bologna, 1982, spec. 203 ss., si è già fatto riferimento, in relazione alla vicenda in esame, in M. SAVINO, *Se i giudici tornassero a occuparsi del caso concreto? L'impasse sui Paesi terzi sicuri e una possibile via di uscita*, in *ADiM Blog, Editoriale*, novembre 2024 (spec. § 4).

⁵ Trib. Roma, sez. immigrazione, ordinanza del 1° luglio 2024 (R.G.N. 22259/2024).

a) L'estensione del sindacato sulla designazione (il "come")

La gestione del fenomeno migratorio spetta «alle istituzioni democratiche e rappresentative», cui è riservata «anche la scelta politica di prevedere, in conformità della disciplina europea, un regime differenziato di esame delle domande di asilo». Al giudice spetta, invece, «garantire, nella singola vicenda concreta, l'effettività della tutela dei diritti fondamentali» (§ 5). Così evocato il principio della separazione dei poteri, la Cassazione lo trasla nella materia in esame, pronunciandosi per la prima volta sul controllo giurisdizionale relativo alla designazione dei Paesi sicuri.

La Prima sezione avverte subito che non è in discussione l'*an*. L'atto amministrativo generale che contiene l'elenco dei paesi sicuri non è un atto politico bensì giuridico, e come tale soggiace al principio di legalità-giustiziabilità ricavabile dagli artt. 24 e 113 Cost. (§ 13). Lo conferma, del resto, la sentenza della Corte di giustizia del 4 ottobre 2024, che afferma la sindacabilità della designazione, a prescindere dalla forma dell'atto che la contiene (§ 15)⁶.

Il primo nodo riguarda invece il *quomodo*, cioè l'estensione di quel sindacato. La sentenza chiarisce che il diritto di asilo del singolo non può essere bilanciato da necessità generali di gestione dei flussi: l'«aspetto politico», rappresentato dalle valutazioni attinenti alla sicurezza e alla continuità delle relazioni internazionali, rileva soltanto «a monte» del giudizio sulla protezione e non può incidere su di esso (§ 13). In uno Stato di diritto, la Ragion di Stato non può prevalere sulle esigenze di tutela dei diritti fondamentali nel caso concreto.

Questo, però, non implica la possibilità di esercitare un sindacato sulla designazione del Paese sicuro di tipo «sostitutivo». Il giudice deve rispettare l'esistenza di un «potere valutativo riservato insindacabilmente all'autorità governativa», di tipo «discrezionale», in quanto la valutazione governativa «non è soltanto un'operazione tecnico-giuridica, come se ci si trovasse di fronte a un atto totalmente vincolato e surrogabile dal giudice». Perciò, «il giudice ordinario non può andare al di là di quanto rileva ai fini del pieno e completo esame del singolo caso in quella data controversia». Può, invece, verificare «se il potere valutativo sia stato esercitato con manifesto discostamento dalla disciplina europea o non sia *ictu oculi* più rispondente alla situazione reale» e accertare «che il potere non sia stato esercitato arbitrariamente». Si tratta, cioè, di «un test di coerenza della qualificazione nel caso con-

⁶ CGUE, sentenza 4 ottobre 2024, *CV c. Repubblica Ceca*, causa C-406/22.

creto con la norma attributiva del potere», che può essere attivato (soltanto) laddove la scelta governativa «chiaramente contrasti con la normativa europea e nazionale» (§ 14).

In concreto, il sindacato sulla designazione dovrebbe comportare la verifica di tre aspetti: i) se le fonti utilizzate sono qualificate (e, in particolare, includano quelle indicate dalle norme); ii) se le informazioni utilizzate sono aggiornate (in relazione alla evoluzione della situazione nel Paese terzo); iii) se la valutazione si fonda sull'utilizzo dei criteri "sostanziali" individuati dalle norme (allegato I della direttiva 2013/32 e art. 2-bis, comma 2, del d.lgs. n. 25/2008). In relazione a questi tre aspetti, il giudice deve «verificare non solo l'esattezza degli elementi adottati, ma anche la loro attendibilità e la loro coerenza» (§ 14).

Si delinea così – rispetto all'atto amministrativo generale di designazione, previsto dal previgente regime cui fa riferimento la pronuncia – un sindacato che, per un verso, è limitato e dunque non sostitutivo, perché il giudice non può entrare nel merito della valutazione generale di sicurezza del Paese terzo, riservata al governo; per altro verso, è volto a verificare, ai fini del caso concreto, il puntuale rispetto dei criteri normativi, rispetto ai quali serve, appunto, un «manifesto scostamento». Tali indicazioni torneranno utili anche nel nuovo quadro normativo, nel quale il sindacato sulla designazione, ormai legislativa, dovrebbe coinvolgere anche la Corte costituzionale⁷.

b) Le condizioni del sindacato sulla designazione (il "quando")

Chiarito "come" il giudice possa sindacare la designazione del Paese terzo, l'indagine della Suprema Corte si sposta sul "quando". Punto di partenza è la ratio delle norme sulla procedura accelerata, che mirano a «"deflazionare" il carico di lavoro inerente alla valutazione delle domande di protezione internazionale», prevedendo «una procedura semplificata e più veloce che si fonda su una presunzione di infondatezza della richiesta». Così, la procedura accelerata «tracci[a] in via preliminare una distinzione tra richiedenti meritevoli e non», al fine di «realizzare una più efficiente dismissione di domande di protezione internazionale, considerate ex ante strumentali». Il perseguimento di questo obiettivo – si direbbe, di sostenibilità amministrativa – «può comportare una rimodulazione in senso riduttivo delle garanzie individuali». Tra le limitazioni del diritto di difesa che ne derivano, la Cassazione segnala la previsione, a carico del richiedente, di un «onere di allegazione aggravato,

⁷ Si veda, sul punto, *infra* (§ 4, lett. e).

al quale corrisponde un onere motivazionale attenuato» in capo alla pubblica amministrazione⁸ (§ 7). Il nesso tra l'onere di allegazione (in senso ampio) e la ratio legis è, dunque, stringente: l'allegazione dei «gravi motivi», previsti dall'art. 2-bis, comma 5, del d.lgs. n. 25/2008, serve a distinguere tra richiedenti meritevoli e non.

Partendo da queste premesse, la Cassazione distingue due ipotesi. La prima è quella in cui il richiedente abbia addotto, a sostegno della propria domanda, quei «gravi motivi». In questo caso, le ragioni di tutela del richiedente sono soddisfatte superando la presunzione relativa: «[n]on si pone più un problema di rilevanza, e di conseguente disapplicazione, della valutazione governativa». Valorizzando l'art. 2-bis comma 5, il giudice può «addivenire a un completo accertamento, questa volta in fatto, della condizione soggettiva del richiedente, tale da integrare i gravi motivi» e «può sempre accertare, a prescindere dalla disapplicazione, ragioni di carattere individuale che depongano per una situazione di insicurezza che caratterizza il singolo richiedente» (§ 21.2).

La seconda ipotesi serve, invece, alla Cassazione per fare spazio, nella sua ricostruzione, alla posizione della Corte di giustizia, che – come anticipato – il 4 ottobre ha riconosciuto il potere dei giudici di sindacare la designazione. Per tentare di conciliare quella posizione con la propria, la Prima sezione enfatizza il passaggio in cui i giudici europei precisano che la designazione, nel giudizio a quo, risultava essere «l'elemento decisivo» ai fini della protezione e che «pertanto» il giudice «deve esaminare (...) la legittimità di siffatta designazione» (§ 95). In evidente assonanza, la Cassazione afferma che il giudice, «in tanto può attivare il proprio sindacato» in quanto la designazione sia «rilevante e decisiva rispetto alla spettanza della protezione al singolo e abbiano conseguenze, in concreto, in ordine al diritto a un ricorso effettivo» (§ 20): rilevante «se, ad esempio, il richiedente, nell'invocare una circostanza attinente alla protezione internazionale (timore di persecuzione o danno grave), sostanzialmente contesta che il paese di origine sia sicuro per rilievi d'ordine generale»; decisiva se «le ragioni addotte a sostegno della domanda riguardano, non gravi motivi relativi a una sua situazione particolare, ma una situazione di ordine generale, concernente intere categorie di cittadini o zone di quel dato paese» (§ 21.1).

⁸ In base all'art. 9, comma 2-*bis*, del d.lgs. n. 25 del 2008, l'amministrazione può limitarsi a motivare il diniego dando atto «che il richiedente non ha dimostrato la sussistenza di gravi motivi per ritenere non sicuro, in relazione alla situazione particolare del richiedente stesso, il paese designato di origine sicuro» (§ 7).

I «gravi motivi» sembrano così fungere da spartiacque: se il richiedente invoca quei motivi, per tutelarli basta applicare l'art. 2-bis comma 5; se invece non li invoca, ma chiede protezione «per rilievi d'ordine generale» (§ 21.1), sembra aprirsi uno spazio per sindacare la designazione. Pare, cioè, delinearsi una distinzione tra allegazioni “individuali-particolari” (es. minacce personali), e “individuali-general” (es. appartenenza a categorie di persone non protette), solo le prime riconducibili all'art. 2-bis. La distinzione, però, viene superata nell'ordinanza del 30 dicembre.

In ogni caso – precisa la Cassazione – anche per attivare il sindacato sulla designazione, il giudice deve verificare le allegazioni, essendo necessario che il richiedente indichi sempre i motivi che fondano la sua pretesa alla protezione, anche quando sono di ordine generale: onere più leggero, nel caso estremo di situazione di insicurezza generalizzata (si pensi all'ipotesi-limite di designazione di un Paese in guerra); più gravoso, quando il fattore di insicurezza riguarda specifiche categorie di persone (cui bisogna dimostrare di appartenere).

3. *L'ordinanza del 30 dicembre sulla mancata convalida dei trattenimenti in Albania*

La seconda pronuncia trae origine dal ricorso del Governo contro i decreti del 18 ottobre 2024. Con quei decreti, adottati in asserita «applicazione dei principi (...) enunciati dalla recente pronuncia della CGUE del 4 ottobre 2024»⁹, il Tribunale di Roma non ha convalidato il trattenimento dei primi dodici richiedenti provenienti dal Bangladesh e dall'Egitto e trasferiti in Albania¹⁰. Senza verificare se i richiedenti avessero addotto l'appartenenza a categorie di persone “insicure” e senza accordare rilievo al rigetto della protezione già disposto dall'amministrazione, i giudici romani hanno ritenuto prioritario verificare la corretta designazione dei Paesi di origine e la hanno ritenuta illegittima, in ragione della menzione, nelle schede-paese ministeriali, di eccezioni relative ad alcune categorie di persone. Su questa base, hanno disposto per tutti i migranti la

⁹ Come si legge nel comunicato stampa del Tribunale di Roma, disponibile qui: <https://www.questionegiustizia.it/data/doc/3971/comunicato-stampa.pdf>.

¹⁰ Sui contenuti del Protocollo Italia-Albania e sulla legge italiana di ratifica, sia consentito rinviare a M. SAVINO, F.V. VIRZI, *Il protocollo tra Italia e Albania in materia migratoria: prime riflessioni sui profili dell'extraterritorialità*, in *ADiM Blog, Editoriale*, novembre 2023; M. SAVINO, *La legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo Italia-Albania: tre problemi di sostenibilità giuridica e amministrativa*, in *ADiM Blog, Editoriale*, gennaio 2024.

cessazione della procedura accelerata, l'avvio della procedura ordinaria e la riconduzione in Italia, con accoglienza in centri aperti.

Siccome la questione centrale – relativa alla compatibilità della designazione di un Paese di origine sicuro con l'esistenza di eccezioni personali – è stata di recente oggetto di plurimi rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia, che nella primavera del 2025 si pronuncerà sui primi quesiti italiani, le attese erano tutte in favore di una sospensione del giudizio della Cassazione. La Prima sezione ha sì sospeso la decisione, rinviando la causa a nuovo ruolo, ma ha altresì offerto ai giudici europei, «nello spirito di leale cooperazione, la propria ipotesi di lavoro». In particolare, la Cassazione ha preso posizione su due profili: la differenza tra eccezioni personali e territoriali (a) e la necessità di un sindacato sulla designazione circoscritto a «ipotesi limite» (b).

a) La non equiparabilità delle eccezioni personali alle eccezioni territoriali

Alla base delle decisioni di non convalida del Tribunale di Roma vi era la piena equiparazione delle eccezioni personali alle eccezioni territoriali, la cui esistenza, secondo la sentenza europea del 4 ottobre, è atta a travolgere la designazione di sicurezza dell'intero Paese di origine. Secondo la Cassazione, quella equiparazione non trova fondamento nel diritto UE.

Sulla scia di quanto già aveva sostenuto la Procura generale¹¹, alla Prima sezione «non sembra possibile applicare la decisione della Corte di giustizia in modo automatico ed estensivo ai paesi designati sicuri con eccezioni di categorie di persone», per più ragioni. Perché «le eccezioni personali hanno un grado di oggettività dell'accertamento diverso rispetto all'eccezione geografica o territoriale». Perché «non pare che possa assolutizzarsi l'inciso “generalmente e costantemente”» impiegato nell'allegato I della direttiva 2013/32, dato che la direttiva previgente «ammetteva eccezioni personali nel regime transitorio legato a una clausola di stand still». Perché il considerando 42 della direttiva 2013/32 esplicita che la designazione di un Paese di origine «non può stabilire una garanzia assoluta di sicurezza per i cittadini di tale paese»: dato, questo, che sembrerebbe precludere una «interpretazione per sineddoche» – come quella proposta dal Tribunale di Roma – «che dalla insicurezza di alcuni giunga automaticamente alla insicurezza dell'intero paese terzo» (§ 16).

¹¹ Si v. la memoria della Procura generale della Cassazione, 4 dicembre 2024, spec. § 6, disponibile qui: https://www.intome.eu/wp-content/uploads/2025/01/Procura-generale_Memoria-4.12.2024.pdf.

Date queste forti riserve sulla «perfetta simmetria» tra eccezioni personali e territoriali, la Cassazione ritiene più «ragionevole – oltre che maggiormente conforme alla lettera dell'allegato I – che la designazione del paese sicuro risponda a un criterio *di prevalenza, non di assolutezza* delle condizioni di sicurezza». È di nuovo la *ratio legis* a deporre in tal senso: l'interpretazione suggerita «sembrerebbe maggiormente in linea con la finalità delle norme sulla procedura di frontiera, il cui obiettivo è evitare l'ingresso nello spazio Schengen al richiedente asilo che abbia scarse possibilità, secondo un criterio statistico, di ottenere protezione» (§ 17.2).

Si noti il riferimento al criterio statistico come indice rilevante per stabilire la sicurezza del Paese di origine in funzione della normativa in esame: rilevato che, da giugno 2026, il regolamento UE 1348/2024 applicherà la procedura accelerata a chi provenga da Paesi con un tasso medio di accoglimento della protezione inferiore al 20 per cento (art. 42(1)(j)), la Prima sezione propone, di nuovo in sintonia con la Procura generale, una interpretazione del concetto di Paese di origine sicuro «che non sia così assolutizzata e restrittiva tanto da porsi in contrapposizione frontale con la normativa già approvata in ambito europeo e destinata a divenire la regola di diritto per il futuro».

Su questa base, la Cassazione conclude: «pur nel silenzio della direttiva, appare possibile designare un paese terzo come paese di origine sicuro con eccezioni soggettive», nel rispetto della CEDU e della Convenzione di Ginevra (§ 16).

b) Ancora sul “quando”: il sindacato sulla designazione serve solo «in ipotesi limite»

Se il criterio teleologico (la *ratio legis*) deve orientare l'interpretazione delle norme, la cartina di tornasole per valutarne le ricadute è il principio personalista: al centro si colloca la persona umana, con la sua dignità «calpestata dal nazifascismo». È rispetto alla salvaguardia dei diritti fondamentali che va misurata la “tenuta” dell'interpretazione della Cassazione, nella quale la separazione dei poteri ha anch'essa un ruolo centrale: il giudice ordinario è garante «della effettività di tali diritti (...) nel singolo caso concreto al suo esame e nel quadro della soggezione soltanto alla legge» (§ 17).

Ciò premesso, la Cassazione definisce il nesso tra la sicurezza del Paese di origine e la posizione del richiedente in questi termini: «[c]riterio fondamentale per stabilire la fondatezza della domanda di protezione internazionale è la sicurezza del richiedente nel paese di origine». Siccome la designazione

«lascia presumere la sicurezza anche per quello specifico richiedente», il richiedente stesso deve prospettare, «pur mantenendosi nell'ambito dell'onere di prova attenuato (tanto più nell'ambito di una procedura sommaria e dalle scansioni temporali serrate, quale la convalida), validi motivi per non ritenere sicuro tale paese per la sua situazione particolare», giacché tanto basta per evitare che la designazione possa applicarsi al suo caso. Come nella sentenza del 19 dicembre, la Prima sezione ribadisce la indefettibilità dell'onere di allegazione. In presenza di quei seri motivi, «il giudice non procede alla disapplicazione, in parte qua, del decreto ministeriale, che nel sistema costituisce una *extrema ratio*; considera, piuttosto, venuta meno la presunzione relativa di sicurezza che a quella designazione normalmente si ricollega» (§ 17.1). Al centro del sistema di tutela vi è, perciò, sempre l'art. 36 della direttiva 2013/32, recepito in Italia dall'art. 2-bis, comma 5, del d.lgs. n. 25/2008.

Una delle obiezioni ricorrenti alla centralità di tale norma è la sua asserita inapplicabilità alla fase di convalida del trattenimento in frontiera. Ma l'obiezione viene così superata: «[s]i tratta di una disposizione che, per la sua portata definitoria generale, parrebbe destinata ad assumere, nel contesto complessivo, una valenza di principio», e tale principio «sembrerebbe, pertanto, doversi applicare, non solo nella fase di impugnazione del provvedimento di diniego della protezione internazionale, ma anche, per ciò che attiene nel presente giudizio, in sede di convalida» (§ 17.1). L'importanza di questo passaggio non va sottovalutata: l'assunto della inapplicabilità dell'art. 2-bis, comma 5, alla convalida, pur rimasto indimostrato nei provvedimenti del Tribunale di Roma (e delle altre sezioni specializzate intervenute sul tema), era la premessa necessaria per poter sindacare, in quella sede, la designazione sempre e comunque, cioè a prescindere dai motivi allegati dai richiedenti.

Se, dunque, per tutelare il richiedente basta applicare l'art. 2-bis, comma 5, anche in sede di convalida, quand'è che il giudice può sindacare la designazione e censurarla?

La risposta, questa volta, è ancor più netta: la designazione può essere censurata «*in ipotesi limite*» (§ 17.3). Il concetto di «ipotesi limite» – ribadito anche in chiusura (§ 18) – coincide con il «limite» alla configurabilità delle eccezioni personali. Tali eccezioni, in linea di principio «compatibili con la nozione di paese di origine sicuro», incontrano un *limite* nel fatto che «non sono ammesse a fronte di persecuzioni costanti, endemiche o generalizzate», giacché è in situazioni di questo genere che «sarebbe messo in crisi il requisito del *generalmente*, richiesto nell'allegato I della direttiva» (§ 17.2).

Soltanto di fronte all'evidenza di «persecuzioni costanti, endemiche o

generalizzate», il giudice può sindacare la designazione. In ogni caso, il sindacato è di tipo estrinseco: «[i]l giudice, infatti, è chiamato a verificare, in ipotesi limite, se la valutazione ministeriale abbia superato i *confini esterni della ragionevolezza* e sia stata esercitata in modo *manifestamente arbitrario* o se la relativa designazione sia divenuta, *ictu oculi*, non più rispondente alla situazione reale» (§ 17.3).

In questa ridefinizione del potere del giudice, il discorso sulle «ipotesi limite» sembra soppiantare la distinzione – abbozzata nella sentenza del 19 dicembre – tra l'allegazione dei «gravi motivi» ex art. 2-*bis*, comma 5, e la deduzione di «rilievi d'ordine generale», veicolo per il sindacato sulla designazione affermato dalla Corte di giustizia. Forse quella distinzione serviva ad aprire il dialogo con i giudici europei, ma nell'ordinanza del 30 dicembre quella cautela non serve più. Il dialogo è instaurato. Potendo ragionare a partire dalle *proprie* premesse, la Cassazione non distingue più tra ciò che sta fuori e ciò che sta dentro il meccanismo di tutela offerto dall'art. 2-*bis*: i «gravi motivi», non più spartiacque, sembrano atti a ricomprendere qualsiasi motivo, anche di ordine generale, volto a proteggere il richiedente dalla presunzione di sicurezza del suo Paese di origine. Pare delinearsi, così, un sindacato sulla designazione non solo attivabile «in ipotesi limitate», ma anche del tutto eventuale, data la satisfattività del rimedio generale approntato dall'art. 2-*bis*.

4. *Le implicazioni da trarne e il problema di fondo: la “fuga” del giudice dall'oggetto del giudizio*

Ricostruiti i contenuti delle due pronunce, proviamo a capire quali possano essere le loro ricadute applicative. Per farlo, occorre muovere da alcune premesse generali. La prima è che il giudice ordinario non giudica le leggi ma le applica, interpretandole, al caso concreto. L'oggetto del giudizio non è la legge (la sua legittimità costituzionale o il suo potenziale contrasto col diritto UE), bensì la posizione soggettiva dedotta, oggetto precipuo dell'accertamento del giudice e del giudicato¹².

¹² Sul noto insegnamento, per tutti, G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 81 («il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire»), nonché, più di recente, A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, ora anche in ID., *Le tutele giurisdizionali dei diritti: studi*, Napoli, 2003, 293-320, spec. 294: «oggetto

Altro punto fermo, corollario anch'esso del principio di separazione dei poteri. È la legge che seleziona gli interessi meritevoli di tutela. Il giudice si limita a verificare se la posizione dedotta in giudizio corrisponde a quella indicata dal legislatore e se il ricorrente ne è effettivamente titolare, nel qual caso accorda la tutela.

Che cosa accade se la posizione dedotta in giudizio non corrisponde allo schema di legge, ma il giudice la ritiene comunque meritevole di tutela? Delle due, l'una: o il giudice solleva una questione di legittimità costituzionale della norma, per valutarne la conformità alla Costituzione e ai principi europei e internazionali che la Costituzione stessa richiama; oppure applica la norma, consapevole che le scelte sulla meritevolezza della tutela competono al legislatore.

La saga giurisprudenziale sui Paesi terzi sicuri mette in discussione questi capisaldi. Proviamo, di seguito, a ripercorrere i principali fraintendimenti, alla luce delle indicazioni della Cassazione, e a ricavarne alcune implicazioni utili per orientare la futura applicazione delle norme.

a) L'onere di allegazione del richiedente? Imprescindibile sempre

Si è detto che l'oggetto del giudizio (anche di quello sulla protezione) è la posizione soggettiva dedotta (dal richiedente). I primi fraintendimenti sorgono già su quel participio ("dedotta"). Occorre, perciò, chiarire la portata dell'onere di allegazione dei fatti costitutivi della domanda e distinguerlo dall'onere della prova¹³.

Secondo un consolidato orientamento della Cassazione – riassunto nella sentenza n. 25311 dell'11 novembre 2020, che giova richiamare – in materia di protezione internazionale è ammessa una *attenuazione del principio dispositivo*, ma *non del principio della domanda*. Il giudice del merito può attivare poteri officiosi integrativi, in deroga al principio dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., ma questa deroga «*opera esclusivamente sul versante della prova, non su quello dell'allegazione*». La Cassazione ha, infatti, da tempo chiarito che «l'istanza diretta a ottenere il riconoscimento della protezione internazionale *non si sottrae all'applicazione del principio della domanda, nel*

del processo e del giudicato non sono *mai fatti o atti o norme, ma sempre solo diritti*: il diritto fatto valere in giudizio *tramite la domanda dell'attore*» (corsi aggiunti).

¹³ Sul concetto processuale di allegazione, inteso appunto (e solo) come affermazione dei fatti posti a fondamento della domanda, «quali elementi genetici dell'effetto giuridico invocato», per tutti, L.P. COMOGLIO, *Allegazione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., I, Torino, 1987, 274.

senso che il ricorrente ha l'onere di indicare i fatti costitutivi del diritto azionato, pena l'impossibilità per il giudice di introdurli d'ufficio nel giudizio»¹⁴.

La specialità della materia è, dunque, limitata all'onere della prova, mentre l'onere di allegare i fatti costitutivi della domanda resta in capo al richiedente. Per questo, nella sentenza del 19 dicembre 2024, la Cassazione insiste sul carattere indefettibile («*pur sempre necessario*») dell'«assolvimento, da parte del richiedente, *dell'onere di allegazione* e di presentare una domanda che possa qualificarsi quale richiesta di protezione internazionale, *in relazione ai fatti dedotti*» (§ 21).

Dall'imprescindibilità dell'allegazione discende che il giudice non può introdurre quei fatti o motivi d'ufficio nel giudizio, trattandosi di onere esclusivo del ricorrente. Per capire come si applichi questo principio al giudizio sulla protezione, distinguiamo tre fattispecie.

i) Domanda fondata su motivi individuali (ad esempio, le minacce da parte di parenti). È la fattispecie meno controversa: l'onere di allegazione non è in discussione perché senza allegazioni il giudice non ha accesso al fatto costitutivo della posizione e non può fare altro che rigettare la domanda.

ii) Domanda fondata su motivi "misti", individuali e generali (le c.d. eccezioni personali). È la fattispecie cui fanno riferimento i rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia. A prescindere dalla compatibilità di queste eccezioni con la designazione del Paese sicuro (problema che l'approccio qui proposto sdrammatizza, perché ai fini del caso concreto ciò che conta non è la designazione ma l'esistenza di un rischio effettivo), vi è qui la compresenza di due elementi costitutivi della posizione soggettiva: uno generale, cioè l'esistenza di fattori di rischio legati a specifiche categorie di persone (dato oggettivo che il giudice può e deve desumere d'ufficio dalle fonti qualificate, incluse le schede-paese); e uno individuale, cioè la connessione di quei fattori di insicurezza generale con la posizione individuale del richiedente. In questa fattispecie, l'onere di allegazione copre essenzialmente quest'ultimo elemento (individuale): se il richiedente non allega i fatti atti a dimostrare la sua appartenenza alla categoria a rischio, viene a mancare un elemento costitutivo della posizione e il giudice – diversamente da quanto ha fatto il Tribunale di Roma – non può tutelarla.

¹⁴ Così, Cass., n. 25311/2020. Nello stesso senso si vedano, *ex multis*, le sentenze della Cassazione n. 27336/2018, n. 3016/2019, n. 11096/2019 e n. 11312/2019.

iii) *Domanda fondata su motivi generali (l'insicurezza del Paese di origine designato come sicuro)*. È questa l'«ipotesi limite» di cui parla la Cassazione nell'ordinanza del 30 dicembre, corrispondente a situazioni «di persecuzioni costanti, endemiche o generalizzate» nel Paese di origine designato come sicuro: situazioni tali da escludere che possa parlarsi di eccezioni personali, trattandosi di una condizione per l'appunto generalizzata di insicurezza. In questo caso, l'onere di allegazione non viene meno, ma si assottiglia: al richiedente basterà dedurre, come fatto costitutivo della propria domanda di protezione, l'esistenza di quelle condizioni generalizzate di insicurezza¹⁵.

La tripartizione proposta conferma che l'onere di allegazione è da “graduare” in relazione al peso relativo dei motivi individuali o generali su cui si fonda la domanda, ma è ineludibile. Questa conclusione è coerente con lo specifico sistema di tutela previsto per il richiedente che provenga da un Paese sicuro: la sua posizione è tutelabile – dice la norma di base europea (art. 36 della direttiva 2013/32) e nazionale (art. 2-bis, comma 5, d.lgs. 25/2008) – «solo se» il richiedente invoca «gravi motivi per ritenere che quel paese non sia un paese di origine sicuro nelle circostanze specifiche in cui si trova». La meritevolezza della pretesa dipende da quella allegazione. Se vi è allegazione, la presunzione di sicurezza viene meno e, con essa, “a cascata”, la presunzione di infondatezza della domanda, la procedura meno garantista e l'eventuale trattenimento in frontiera. Se, invece, l'allegazione manca, quelle presunzioni e modalità procedurali restano ferme: la domanda non può essere accolta – come avverrebbe anche nell'ambito della procedura di asilo ordinaria – perché la posizione del richiedente che la legge individua come meritevole di tutela, semplicemente, non c'è.

Emerge, così, il punto forse più debole della posizione assunta dal Tribunale di Roma (tanto nei decreti del 18 ottobre, quanto nelle ordinanze dell'11 novembre), nonché dalle altre sezioni specializzate intervenute sul tema. In tutti quei casi, il giudice ha ignorato le allegazioni del richiedente e,

¹⁵ In tal senso sembra potersi anche leggere la sentenza CGUE del 4 ottobre, dove si conclude che il giudice «deve sollevare, sulla base degli elementi del fascicolo e di quelli portati a sua conoscenza nel corso del procedimento dinanzi ad esso pendente, un'inosservanza delle condizioni sostanziali di tale designazione, di cui all'allegato I di tale direttiva, anche se tale inosservanza non è espressamente dedotta a sostegno del ricorso» (§ 98). Il problema della generale (in)sicurezza del Paese di origine, anche se non dedotto in questi termini (di legittimità della designazione), deve emergere dagli elementi del fascicolo e del procedimento. Il che significa, nella efficace sintesi fornita dalla Cassazione, che occorre che il ricorrente «sostanzialmente contest[i] che il paese di origine sia sicuro per rilievi d'ordine generale» (§ 21.1, sent. 19 dicembre).

quindi, la necessità di un nesso tra la posizione individuale e la categoria di persone a rischio nel Paese di origine, sindacando la designazione “di *default*”. Riconoscere che l’onere di allegazione è necessario – principio solidissimo che attraversa tutta la giurisprudenza della Cassazione in tema di protezione internazionale – è, invece, la chiave di volta per una lettura «normalizzatrice» della questione dei Paesi terzi sicuri e per la sua riconduzione a una fisiologica dialettica tra livelli giurisdizionali e tra poteri dello Stato. Vediamo perché.

b) I poteri istruttori del giudice rispetto alla situazione generale del Paese di origine sicuro? Pieni e pienamente riconducibili all'art. 2-bis, comma 5

Nel giudizio sulla protezione, qual è il rapporto tra i poteri istruttori del giudice e la situazione generale del Paese di origine? Siccome quei poteri d'ufficio attengono non all'allegazione (onere esclusivo del richiedente), ma all'ambito probatorio, ne derivano due implicazioni.

Prima: se il richiedente non allega (almeno «sostanzialmente», come specifica la Cassazione) il motivo di insicurezza del Paese di origine sul quale si fonda la sua domanda, il giudice non può attivare i propri poteri officiosi integrativi, perché – altro principio affermato dalla Cassazione già in passato – «*lo stesso dovere di cooperazione istruttoria del giudice (...) presuppone comunque il previo assolvimento da parte del richiedente dell'onere di allegazione dei fatti costitutivi della sua esposizione a rischio, a seguito del quale opera il potere-dovere del giudice di accertare anche d'ufficio se, e in quali limiti, nel Paese di origine del richiedente si verificano fenomeni tali da giustificare la misura tutoria*» (Cass., n. 25311/2020).

Seconda: se c'è allegazione, siamo dentro lo schema dell'art. 36 della direttiva 2013/32 e dell'art. 2-bis, comma 5, del d.lgs. n. 25/2008. Per questo, nell'ordinanza del 30 dicembre si insiste sulla portata generale di quella norma di base, estesa a tutte le forme di allegazione e a tutte le fasi di giudizio, compresa la convalida del trattenimento in frontiera (§§ 17.1 e 18, ord. 30 dicembre).

Quand'è, dunque, che il giudice comune può rivolgere la sua attenzione alla situazione generale del Paese di origine? Quando lo richieda – siamo in sede di prova – la verifica della consistenza dei fatti e motivi allegati dal richiedente. Quando, cioè, il giudice debba accertare se le allegazioni trovino fondamento nella situazione generale del Paese di origine sicuro. Ciò accade, in particolare, nella seconda e nella terza fattispecie sopra evocate, cioè in giudizi nei quali i motivi dedotti a fondamento della domanda non sono

meramente personali, ma si correlano a elementi generali, come la presenza di categorie di persone a rischio ovvero di situazioni di persecuzione endemica. È appunto in quei casi che il giudice “entra in contatto” con la situazione generale del Paese di origine.

Sotto questo profilo (dei poteri officiosi del giudice), non c'è alcuna differenza sostanziale tra la procedura di asilo ordinaria e quella speciale. Nella procedura ordinaria, il giudice verifica la fondatezza delle allegazioni attraverso le fonti qualificate e aggiornate sul Paese di origine (*Country of origin information* – COI). E lo stesso fa (deve fare) anche nella procedura accelerata, nella quale la designazione di sicurezza di quel Paese non può considerarsi ostativa, pena la creazione di un'area di immunità dalla giurisdizione a favore del Governo: ipotesi che la Cassazione ha escluso nella sentenza del 19 dicembre, dove confuta la tesi dell'«atto politico».

La identica estensione dei poteri istruttori officiosi del giudice nelle due tipologie di procedure è, del resto, un dato pacifico in giurisprudenza. Già prima della sentenza della Corte di giustizia del 4 ottobre, la Cassazione riconosceva che anche nella procedura accelerata il giudice mantiene «*inalterato il suo diritto-dovere di acquisire con ogni mezzo tutti gli elementi utili a indagare sulla sussistenza dei presupposti della protezione internazionale, secondo le allegate condizioni personali del ricorrente e secondo la situazione generale del Paese di origine considerata rilevante quando egli decide sul ricorso*», dal momento che «*la richiamata doverosa potestà (sulla quale il sistema pacificamente converge) non può essere limitata, nelle possibilità di esplicazione, dal mero fatto che uno Stato sia stato incluso in un elenco di Paesi da considerare sicuri sulla base di informazioni (certo qualificate ma) vagliate unicamente nella sede governativa (o lato sensu amministrativa)*» (Cass., n. 25311/2020).

Se il giudice nella procedura accelerata conserva intatti i suoi poteri istruttori officiosi, ne deriva che deve poter consultare autonomamente le COI aggiornate e le schede-paese del Ministero degli affari esteri, per verificare se siano rintracciabili, nel Paese di origine, problemi di sicurezza che confortino e rendano verosimili le allegazioni del richiedente.

Ove la verifica officiosa dia esito positivo, però, l'esito è semplicemente questo: la presunzione di sicurezza del Paese di origine deve ritenersi superata e il giudice deve accogliere la domanda. Per garantire la posizione dei richiedenti meritevoli, non serve altro: la base normativa fornita dall'art. 2-bis, comma 5, rende superfluo disapplicare la designazione.

c) A che serve il sindacato sulla designazione? Non a proteggere chi merita

Viene allora da chiedersi quale sia il “valore aggiunto”, in termini di tutela, del sindacato sulla designazione: perché il giudice della protezione dovrebbe avventurarsi in un controllo di legittimità di una valutazione di ordine generale riservata ad altri poteri dello Stato?

Abbiamo acclarato (sub *a* e *b*) che la norma di base (art. 2-*bis*, comma 5) consente già di tutelare i richiedenti che abbiano dedotto i fatti costitutivi della loro posizione in tutte e tre le principali fattispecie ipotizzabili. L’ampia formula dei «gravi motivi» consente, infatti, di e proteggere sia chi alleggi motivi personali (es. minacce), sia chi deduca motivi più generali, come l’appartenenza a categorie di persone a rischio o la provenienza da paesi interessati da conflitti o persecuzioni generalizzate. Tramite l’art. 2-*bis*, quei richiedenti “meritevoli” possono ottenere tutela sotto ogni profilo – tanto sul piano sostanziale (spettanza della protezione), quanto sul piano procedurale (procedura più garantista) – e in ogni fase del procedimento, inclusa la convalida del trattenimento.

Ma se i richiedenti “meritevoli” sono già pienamente tutelati dall’art. 2-*bis*, alla domanda non può che risponderci così: a beneficiare del sindacato sulla designazione sono soltanto i richiedenti “non meritevoli”, ossia quanti non possano fornire allegazioni di sorta o possano dedurre soltanto motivi non pertinenti ai fini della protezione.

L’esito è paradossale: il sindacato di legittimità della designazione – svolto in sostituzione del sindacato prescritto dall’art. 2-*bis*, comma 5 – ha come unico effetto di protezione “aggiuntivo” quello di assegnare una procedura più garantista e meno coercitiva proprio ai richiedenti che, non avendo una posizione soggettiva, non possono dedurre i fatti costitutivi necessari per fondare la loro domanda di protezione. Cioè esattamente coloro per i quali la normativa europea (si legga l’art. 31(8)(a) della direttiva 2013/32) prescrive una procedura più rapida, con una istruttoria semplificata, non essendovi nulla da approfondire. Che senso ha, dunque, un sindacato sulla designazione che, intervenendo in assenza di allegazioni o a prescindere da esse, ha come unico effetto quello di prevedere una procedura più garantista proprio laddove non vi è una posizione da garantire?

Il paradosso ridonda sull’intero sistema di separazione dei poteri. In questo modo, infatti, è il giudice – non il legislatore – a stabilire quali richiedenti meritano tutela: nel caso in esame, non solo i richiedenti meritevoli per legge, ma tutti i richiedenti a prescindere dalle allegazioni e (quindi) dall’esistenza di una posizione giuridica, purché abbiano semplicemente

presentato una domanda di protezione, anche se strumentale, abusiva o comunque priva dei requisiti. La sostituzione del giudice al legislatore nella scelta dei valori da proteggere porta inevitabilmente al tradimento della *ratio legis*. Sindacare la designazione significa applicare le norme sulla procedura accelerata in modo da vanificarne l'obiettivo primario, che – come ricorda più volte la Cassazione – è quello di distinguere in via preliminare tra richiedenti meritevoli e non, per negare ai secondi la possibilità di entrare e circolare nell'area Schengen.

Questa constatazione induce a concludere che – ferma restando la pienezza dei poteri istruttori del giudice in ordine alla situazione generale del Paese di origine anche nella procedura accelerata – riconoscere al giudice della protezione un potere di sindacare la designazione non ha senso né sul piano giuridico (perché le esigenze di tutela sono integralmente soddisfatte dall'art. 2-*bis*), né sul piano istituzionale (per l'interferenza indebita nelle scelte di valore e nella individuazione dei fini che competono al legislatore). Il giudice comune deve poter vagliare con i propri poteri istruttori, anche officiosi, la situazione generale del Paese sicuro, *ma al solo fine* di concorrere a provare l'esistenza della posizione soggettiva del richiedente (a partire dalle sue allegazioni). Al medesimo fine, quel giudice deve avere accesso alle schede-paese: non per vagliare la legittimità generale della designazione, ma la veridicità dei fatti allegati dal ricorrente.

d) Il sindacato sulla designazione può servire a tutelare il “diritto alla procedura”? No, perché non esistono garanzie procedurali tutelabili a prescindere dalla posizione sostanziale

Nella sentenza del 4 ottobre, la Corte di giustizia lega la possibilità di un sindacato sulla designazione al suo carattere decisivo ai fini della protezione (§ 95), seguita in questo dalla Cassazione nella pronuncia del 19 dicembre (§ 21.1). Tuttavia, l'analisi qui svolta porta a riconoscere che la designazione non può mai essere decisiva ai fini della spettanza della protezione.

La ragione è evidente. La designazione determina soltanto la scelta iniziale del tipo di procedura (accelerata), che il richiedente può superare allegando i seri motivi richiesti dall'art. 2-*bis*. La neutralizzazione della presunzione di sicurezza che deriva dalla designazione incide soltanto sul piano procedurale, interrompendo la procedura accelerata e l'eventuale trattenimento, ma non sul piano sostanziale, non garantendo al richiedente l'ottenimento della protezione. Perché? Perché la protezione dipende in ogni caso dalla posizione soggettiva dedotta in giudizio dal ricorrente, a prescindere dal tipo di

procedura di asilo. La riprova è intuitiva: chi non supporti con motivi pertinenti e seri la propria domanda non otterrà protezione neppure all'esito di una procedura di asilo ordinaria, più garantista.

Ciò chiarito, occorre affrontare l'argomento ricorrente, secondo cui il sindacato sulla designazione serve piuttosto a garantire il diritto dei richiedenti a una procedura più garantista. In effetti, se la designazione non è mai decisiva per la spettanza della protezione (che dipende dalle allegazioni), lo è invece sempre, decisiva, ai fini della procedura verso la quale il richiedente viene indirizzato. Ma significa, questo, che il "diritto alla procedura più garantista" può essere tutelato a prescindere dalle allegazioni, cioè dalla posizione sostanziale?

Se fosse così, la procedura ordinaria spetterebbe di diritto a tutti i richiedenti, anche quelli abusivi. Eppure, questa tesi sembra in qualche modo legittimata dalla sentenza del 4 ottobre, laddove la Corte di giustizia afferma che «l'esame completo ed ex nunc incombente al giudice (...) può riguardare gli aspetti procedurali di una domanda di protezione internazionale» (§ 90), e che la designazione del Paese sicuro «rientra in tali aspetti procedurali (...) in quanto (...) è atta a comportare ripercussioni sulla procedura di esame vertente su domande del genere» (§ 91).

La genesi di questa tesi risale, come noto, a una pronuncia del Tribunale di Firenze del 20 settembre 2023¹⁶. In quella occasione, il giudice ordinario si è per la prima volta attribuito il potere di sindacare la designazione, sulla base del seguente sillogismo:

A) (premessa maggiore) se la designazione «ha una pluralità di conseguenze sulla procedura applicata alle domande di protezione» e

B) (premessa minore) se quella procedura «introduce una deroga ad alcuni diritti procedurali che la direttiva 2013/32/UE (...) garantisce – in modo chiaro e specifico – al richiedente asilo», allora

C) (conclusione) «deve ritenersi sussistente un potere/dovere di controllo dell'autorità giurisdizionale ordinaria».

Al di là del salto logico tra il punto B e il punto C, il passaggio chiave è la premessa minore (B), che fa riferimento al carattere derogatorio della procedura speciale per la compressione dei diritti procedurali che ne deriva. Basta quel riferimento a legittimare la "fuga" del giudice dall'oggetto proprio del giudizio (l'accertamento della posizione soggettiva del richiedente) e a giusti-

¹⁶ Tribunale di Firenze, decreto del 20 settembre 2023 (r.g. 9787/2023).

ficare un sindacato oggettivo sulla legittimità della designazione? Evidentemente no. Il Tribunale di Firenze riconosce che «è lo stesso legislatore europeo – nell’ottica di evitare l’abuso del diritto alla protezione internazionale – a consentire ai paesi membri di creare una lista di paesi sicuri cui legare una procedura parzialmente diversa».

La procedura speciale, che comprime diritti, è una precisa scelta legislativa europea. Quindi, se si ritiene che quella compressione leda i diritti fondamentali – che, nelle parole del Tribunale di Firenze, «trovano esplicito riconoscimento nell’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE, nell’art 13 della CEDU, nonché agli artt. 24 e 113 Cost.» – non dovrebbero essere la Corte costituzionale o la Corte di giustizia a occuparsene e risolvere la questione “a monte”, lasciando che “a valle” il giudice comune continui a concentrarsi sulla posizione soggettiva del richiedente, oggetto precipuo del suo giudizio?

Se, dunque, la compressione dei diritti di difesa nella procedura accelerata è una precisa scelta del legislatore europeo e nazionale, legittima fino a prova contraria, perché da essa dovrebbe derivarne l’obbligo per il giudice ordinario di verificare sempre se la designazione è corretta, prim’ancora delle (e, anzi, a prescindere dalle) allegazioni del richiedente? Questa interpretazione non è accettabile. Altrimenti, tutti giudici comuni, di fonte a una qualsiasi norma che restringa diritti, dovrebbero sindacarne la legittimità prima di applicarle: un approccio che paralizzerebbe l’attività amministrativa e giudiziaria di qualsiasi ordinamento.

È la stessa norma cardine europea, del resto, che preclude quell’indagine in via prioritaria, stabilendo – in modo risultato chiaro finora ai giudici di tutti gli Stati membri, salvo il nostro¹⁷ – quanto segue (si riporta la previsione dell’art. 36(1) della direttiva 2013/32 quasi per intero):

«Un paese terzo designato paese di origine sicuro a norma della presente direttiva può essere considerato paese di origine sicuro per un determinato richiedente, previo esame individuale della domanda, solo se:

a) questi ha la cittadinanza di quel paese; ovvero

b) è un apolide che (...),

e non ha invocato gravi motivi per ritenere che quel paese non sia un paese di origine sicuro nelle circostanze specifiche in cui si trova il richiedente stesso (...).».

Che cosa vuol dire «previo esame individuale della domanda»? Che le allegazioni vanno esaminate prima di ogni altra cosa. Questa previsione non

¹⁷ Si veda quanto specificato *infra*, in nota 18.

può essere ignorata con l'argomento che sono in gioco i diritti procedurali dei richiedenti asilo e che altrimenti si impedisce al giudice di sindacare le scelte (potenzialmente arbitrarie) dei governi. Con i suoi poteri istruttori, azionabili d'ufficio in sede probatoria (supra, sub b), il giudice è sempre in grado di assicurare una tutela piena, procedurale e sostanziale, evitando che la designazione, ove arbitraria, ricada sulla posizione del richiedente. Sono i suoi diritti, non l'astratta legalità, l'oggetto del giudizio.

Non solo questa impostazione disattende l'art. 36 appena richiamato, ma le sue stesse premesse teoriche sono fallaci, dandosi per scontato ciò che scontato non è, ossia che possa configurarsi e tutelarsi un autonomo "diritto alla procedura".

A dispetto del tentativo di scindere la pretesa al bene finale (la protezione) da quella al bene strumentale (la procedura più garantista), la posizione che rileva nell'ambito della procedura accelerata (anche di frontiera) è la stessa, tanto che la normativa lega strettamente i due piani: ha diritto a una procedura più garantista soltanto chi invoca «gravi motivi» e, quindi, con un accertamento più completo in procedura ordinaria, potrebbe avere diritto al bene finale. Chi invece non adduca quei «gravi motivi» non ha – secondo l'art. 36 – alcuna pretesa tutelabile, né di tipo finale (protezione), né di tipo strumentale (procedurale).

Questo principio generale di non autosufficienza delle garanzie procedurali è, come noto, racchiuso nell'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo, che chiarisce: le garanzie procedurali servono se vi è una posizione soggettiva; se non vi è, quelle garanzie sono come un "guscio vuoto", la cui inosservanza non inficia la validità della decisione. E il medesimo principio emerge dalla costante giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁸.

Si può concludere, sul punto, asserendo che la designazione non è mai decisiva per la spettanza del bene finale e che ad essa non corrisponde neppure un "diritto alla procedura" autonomamente tutelabile. Quindi, attivando un sindacato sulla designazione, il giudice non tutela i diritti: per farlo, è necessario verificare le allegazioni, anche alla luce della situazione generale

¹⁸ Come rileva G. MANNUCCI, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, in *Diritto amministrativo*, n. 2/2017, p. 259 ss., pur mancando nel diritto europeo una norma analoga all'art. 21-octies, comma 2 – che esclude l'annullabilità dei provvedimenti adottati all'esito di procedimenti viziati quando la decisione non avrebbe potuto essere diversa da quella in concreto adottata – la Corte di giustizia applica da tempo, nel giudizio di annullamento, il criterio della influenza causale dei vizi formali.

del Paese di origine, e trarne le implicazioni nel caso concreto. Censurare, invece, la designazione in via generale e, su quella base, rendere giustizia nel caso concreto ma a prescindere da esso è una contraddizione che porta a tutelare interessi diversi da quelli selezionati dalle norme, che impedisce all'amministrazione di prevenire l'ingresso e la circolazione in Schengen dei non meritevoli e che altera il rapporto tra giudice comune, legislatore e giudice costituzionale¹⁹.

e) Quel che resta della sindacabilità della designazione (non giustifica la disapplicazione)

Torniamo alla domanda rimasta sin qui senza risposta: perché la Cassazione riconosce al giudice ordinario, sia pure «in ipotesi limite», il potere di sindacare la designazione, se quel sindacato non serve a proteggere diritti?

La risposta è che quelle «ipotesi limite» riguardano casi di esercizio manifestamente arbitrario del potere di designazione. Non è ammissibile che considerazioni politiche relative alla sicurezza e alla cura delle relazioni internazionali arrivino a determinare la designazione come sicuro di un Paese di origine, quando lì manchino le più elementari condizioni di rispetto dei diritti fondamentali. Perciò, di fronte a un potere governativo o legislativo che così palesemente esonda, travolgendo gli argini posti dalle norme europee, il contropotere giudiziario è, a sua volta, legittimato a interferire. L'obiettivo non è tutelare diritti ma attivare un meccanismo istituzionale di correzione di una scelta abnorme che ha un impatto su larga scala.

Questo meccanismo, tuttavia, può essere attivato dal giudice ordinario soltanto nell'ambito del giudizio concreto sulla posizione del richiedente. Il primo passo è sempre verificarne le allegazioni, perché senza allegazioni non c'è pretesa e neppure sindacabilità. A fronte di allegazioni serie, il giudice ri-

¹⁹ Ciò contribuisce a spiegare perché, in tanti anni di applicazione della direttiva 2013/32, il problema del sindacato sulla designazione dei Paesi di origine sicura non si sia posto mai negli Stati membri che applicano le procedure accelerate. A quanto consta, l'unica apparente eccezione – prima della *nouvelle vague* italiana – era ed è la Francia: eccezione apparente perché il sindacato sulla designazione dei Paesi di origine sicura *non viene attivato nell'ambito di un giudizio individuale sulla protezione*, bensì in un *giudizio speciale*, che ha ad oggetto (non la posizione di un richiedente, bensì) specificamente la legittimità dell'atto amministrativo generale contenente l'elenco dei Paesi sicuri, che le associazioni possono contestare soltanto davanti al Conseil d'État. Si veda, a riguardo, l'analisi di G. CASSOLA, *Il controllo giurisdizionale sulla designazione dei paesi di origine sicuri: l'istruttiva esperienza della Francia*, in ADiM Blog, *Analisi & Opinioni*, novembre 2024.

corre ai suoi poteri istruttori per accertare che i fatti invocati siano compatibili con la situazione generale del Paese di origine. Qualora, nel condurre tale accertamento, sorga un dubbio di arbitrarietà della designazione, il giudice può e deve verificare se esista un «manifesto discostamento» dai criteri normativi (informazioni aggiornate, tratte dalle fonti qualificate, vagliate in riferimento ai criteri sostanziali dell'allegato I) che regolano l'esercizio di quel potere. Solo in quel caso, il giudice può spingersi in un territorio – quello della legittimità della designazione – che eccede le esigenze di garanzia nel caso concreto. Questa «escursione» è ammessa al solo fine di correggere l'erroneo instradamento, su larga scala, dei richiedenti di un certo Paese verso la procedura accelerata.

Da ciò deriva un'ultima implicazione. Se il giudice comune è chiamato a esercitare quel sindacato «oggettivo» per innescare una correzione di sistema, la correzione non può risolversi in una mera disapplicazione. Non è in dubbio – si badi – la spettanza in astratto del potere di disapplicare la norma interna contraria al diritto UE. È, però, fortemente dubbia la sua utilità in concreto. Se si tratta di correggere un errore di portata sistemica, non basta un rimedio che esaurisca i suoi effetti nel singolo caso. Occorre un rimedio demolitorio, con effetti di annullamento erga omnes.

Quel rimedio, nel quadro normativo successivo al d.l. n. 145/2024, consiste nel proporre una questione di legittimità costituzionale. Ove, nel verificare la consistenza delle allegazioni alla luce della situazione generale del Paese, sorga quel dubbio di arbitrarietà della designazione, il giudice della protezione deve sollecitare l'intervento correttivo della Corte costituzionale. Sarà poi lo stesso giudice delle leggi a validare o smentire i dubbi circa il «manifesto discostamento» della designazione dalla Costituzione e dai vincoli europei ivi richiamati²⁰. Il passaggio dal giudizio sul caso concreto al giudizio sul-

²⁰ Ove invece si insista nel ritenere che il giudice possa, per tutelare i richiedenti, utilmente disapplicare le norme interne contrarie al diritto UE, ciò dovrebbe avvenire alle condizioni previste dalla giurisprudenza *Ciltif*, tanto nota quanto «manipolata». Nella misura in cui il diritto UE attribuisce al giudice «soggetto soltanto alla legge» il potere, eccezionalmente, di non applicarla, in deroga alla separazione dei poteri, quelle condizioni dovrebbero essere interpretate restrittivamente. Una interpretazione che rispetti quei canoni dovrebbe condurre a riconoscere che le condizioni per disapplicare – elegantemente riassunte nei concetti di *acte clair* e *acte éclairé* (§ 11, ord. 30 dicembre) – non ricorrevano e, al momento in cui si scrive, non ricorrono nella fattispecie. Non l'*acte clair*, che richiede che «l'interpretazione del diritto dell'Unione si imponga con evidenza tale da non dare adito a ragionevoli dubbi»: la Cassazione ha evidenziato che gli artt. 36 e 37 della direttiva imporrebbero, semmai, una lettura opposta a quella sostenuta dal Tribunale di Roma. E neppure l'*acte éclairé*, che ricorre «quando la

la legittimità della designazione implica, nel nuovo regime, che la questione passi dal giudice comune al giudice costituzionale. Quando quest'ultimo avrà deciso, il giudice comune potrà definire il giudizio a quo. Soltanto così si possono proteggere i diritti fondamentali dei migranti senza alterare l'equilibrio tra giurisdizioni e tra poteri dello Stato.

f) In sintesi (come e perché la “fuga” del giudice dall'oggetto del suo giudizio dovrebbe finire)

La rilettura delle pronunce della Cassazione, compiuta attraverso la lente dei principi generali, conduce alle seguenti conclusioni, utili a riportare il giudice ordinario nell'alveo del giudizio sulla protezione che gli compete.

Primo. Il giudice ordinario deve sempre, come prima cosa («*previo esame individuale della domanda*»: art. 36 della direttiva), esaminare le allegazioni del richiedente, perché l'invocazione dei «gravi motivi» è l'elemento costitutivo dalla posizione soggettiva: senza l'allegazione, non vi è una posizione tutelabile in giudizio, neppure – come ha chiarito la Cassazione – in sede di convalida²¹.

Secondo. Anche nell'ambito della procedura accelerata, il giudice conserva intatti i suoi poteri istruttori officiosi. Deve perciò poter vagliare la situazione generale del Paese di origine, anche quando questo sia designato come sicuro, *ma non* per sindacare la legittimità della designazione, bensì *solo per* verificare se la posizione dedotta dal richiedente sia compatibile con quella situazione.

Terzo. Il sindacato sulla designazione non serve mai a tutelare il richiedente meritevole, sia perché la sua posizione è integralmente garantita dall'art. 2-*bis*, comma 5, sia perché *la designazione non è mai decisiva ai fini*

questione sia materialmente identica ad altra già decisa o vi sia una giurisprudenza consolidata della Corte sul punto»: l'unica pronuncia europea sul punto, quella del 4 ottobre, non era giurisprudenza «consolidata», né relativa a questione «materialmente identica», occupandosi di eccezioni territoriali e non di eccezioni personali, che – come la Cassazione ha altresì chiarito – hanno altra natura e altra disciplina. Ciò nondimeno, il Tribunale di Roma e altre sezioni specializzate hanno disinvoltamente equiparato le eccezioni personali a quelle territoriali, dopo averle ritenute, d'ufficio, rilevanti. E altre sezioni specializzate – come si dirà più avanti – hanno cominciato a disapplicare l'elenco legislativo.

²¹ Se manca l'allegazione, il giudice non ha accesso alla situazione soggettiva: non può cioè conoscere della sua esistenza o inesistenza e, quindi, non può che rigettare la domanda (ringrazio dell'osservazione Federico Orso, le cui competenze in ambito processuale sono molto superiori alle mie).

della protezione. Tutelando i richiedenti a prescindere dalle allegazioni, i giudici finiscono per garantire posizioni inesistenti, perché non individuate della normativa europea e nazionale come meritevoli. Non spetta al giudice selezionare gli interessi meritevoli di tutela.

Quarto. Neppure si può sostenere che, sindacando la designazione, il giudice tuteli un autonomo “diritto alla procedura” dei richiedenti (senza aggettivi). Le garanzie procedurali sono pretese strumentali distinte (concettualmente) ma dipendenti (giuridicamente) dalla pretesa sostanziale dedotta in giudizio (nel nostro caso, la pretesa alla protezione). Se manca l’allegazione dei gravi motivi, la pretesa non è tutelabile né sul piano sostanziale, né su quello procedurale.

Quinto. Il sindacato sulla designazione – che la Cassazione circoscrive a «ipotesi limite» – è un rimedio «di chiusura» che non serve a tutelare diritti ma ad attivare un meccanismo istituzionale di correzione che ha un impatto sulla procedura di asilo di interi gruppi nazionali di migranti. Per risolvere il problema sistemico, la disapplicazione della designazione manifestamente arbitraria per contrasto col diritto UE è uno strumento inadeguato. L’appropriato rimedio con efficacia *erga omnes*, nel quadro normativo vigente, è offerto dalle pronunce di annullamento della Corte costituzionale, che il giudice della protezione può e deve sollecitare.

5. *Missione compiuta?*

Chiamata a pronunciarsi sulla questione dei Paesi di origine sicuri, che da mesi alimenta l’aspro conflitto istituzionale, la Cassazione avrebbe potuto lasciare la “patata bollente” alla Corte di giustizia, che sul tema si pronuncerà a breve. Invece, forse per assicurarsi che giungesse a Lussemburgo anche una lettura diversa da quella proposta nelle ordinanze di rimessione dei nostri Tribunali rimettenti e, forse, anche per evitare di ritrovarsi di nuovo ai margini del dialogo nazionale ed europeo tra le Corti, come era già accaduto sulla questione della garanzia finanziaria²², la Suprema Corte ha accantonato le riserve e operato in due tempi.

Prima, con la pronuncia del 19 dicembre, ha tentato di tenere insieme il principio di sindacabilità della designazione affermato dalla Corte di giustizia

²² Per una ricostruzione di quella vicenda, si veda M. SAVINO, *Il nuovo decreto sulla garanzia finanziaria: via libera alla procedura di frontiera in Italia e in Albania?*, in ADiM Blog, Editoriale, giugno 2024.

con il riconoscimento della centralità della norma di base che prevede il superamento della presunzione di sicurezza (art. 2-*bis*, comma 5). Soprattutto, ha chiarito che è possibile tutelare pienamente i diritti dei migranti senza interferire con le scelte politiche generali in materia di gestione dei flussi; e che, quando è davvero indispensabile, quell'interferenza deve avvenire nel rispetto delle prerogative degli altri poteri.

Poi, il 30 dicembre, con una coraggiosa pronuncia «interlocutoria», è entrata nel campo di decisione della Corte di giustizia e dato la propria lettura delle norme (anzitutto europee) sulla procedura accelerata di frontiera. Una lettura scevra da cautele compromissorie, offerta alla valutazione dei giudici europei come contributo «al dialogo tra giurisdizioni», secondo una interpretazione non formale del principio di «leale cooperazione». Il risultato è una lezione esemplare, che serve a ricordare ai giudici che il loro compito è operare un genuino tentativo di sintesi, il più possibile organico, tra principi e regole, nel rispetto dei ruoli dei diversi poteri e delle diverse giurisdizioni. È questa la strada per rivitalizzare il Diritto (con la “D” maiuscola) e restituirgli quella capacità di composizione dei conflitti ormai smarrita nella materia, sempre più politicizzata, dell'immigrazione.

La parola passa ora alla Corte di giustizia, che, nel pronunciarsi sul tema, dovrà valutare se insistere con l'interpretazione «per sineddoche» criticata dalla Cassazione, estendendola alle eccezioni personali, o se provare a confinare quell'approccio alle eccezioni territoriali. La percezione del rischio di destabilizzare il complessivo funzionamento delle procedure accelerate è diffusa e di questo certamente la Corte di giustizia è avvertita²³.

Nell'attesa, l'azione nomofilattica della Cassazione dovrebbe bastare a riallineare la prassi delle sezioni specializzate attorno a un aspetto preliminare ma – come si è visto (§ 4) – decisivo: quello della necessaria verifica dell'allegazioni. Se «l'assolvimento, da parte del richiedente, dell'onere di allegazione» è sempre «necessario» – come afferma il costante orientamento della Cassazione e ribadiscono entrambe le pronunce di dicembre – allora quella verifica va fatta *sempre, prima e a prescindere* dall'attivazione di un eventuale sindacato sulla designazione.

²³ Come traspare dal recente rinvio operato dal Tribunale amministrativo regionale di Berlino nell'ordinanza del 29 novembre 2024 (cui la Corte di giustizia ha assegnato il numero di causa C-839/24), ove si chiede ai giudici europei: «per determinare se uno Stato sia un paese di origine sicuro, è necessario che esista sicurezza a livello nazionale *per tutti* i gruppi di popolazione o categorie di persone?» Detto altrimenti, la designazione si fonda su un giudizio di (irrealistica) *assolutezza* o (più ragionevolmente) su un giudizio di *prevalenza* delle condizioni generali di sicurezza del Paese di origine, compatibile con l'insicurezza di *alcuni* gruppi?

I segnali, però, non sono incoraggianti. I primi provvedimenti successivi alle pronunce di fine 2024 dimostrano, per un verso, la riluttanza di alcune sezioni specializzate a trarne le implicazioni necessarie²⁴; per l'altro, l'intenzione di continuare a colpire la procedura di frontiera in più punti. Dopo la garanzia finanziaria (presa di mira ripetutamente nell'autunno 2023 ma ormai messa in sicurezza²⁵) e la designazione dei Paesi terzi sicuri (ora protetta dallo scudo approntato dalla Cassazione, in attesa della pronuncia europea), sembra infatti delinearsi un nuovo bersaglio: il c.d. automatismo del trattenimento in frontiera²⁶.

Al di là del dubbio rigore logico-giuridico che li sostiene, siffatti tentativi restituiscono l'immagine di un giudice comune che non sembra saper resistere alla tentazione di rendere giustizia oltre il caso concreto (decidendo a prescindere dalle allegazioni, *id est* dalla posizione giuridica) e di impiegare lo

²⁴ Paradigmatico è il decreto del Tribunale di Catania del 4 gennaio 2025 (r.g. 60/2025), di non convalida del trattenimento in frontiera di un richiedente egiziano. Ignorando le allegazioni, nonché il richiamo della Cassazione alla necessità di circoscrivere il sindacato sulla designazione a «ipotesi limite», il giudice catanese ha continuato a svolgere un sindacato di tipo sostitutivo (limitandosi a elencare fattori di insicurezza desunti da varie fonti, la cui somma darebbe il risultato dell'insicurezza generale, senza preoccuparsi di verificare la pertinenza di quei fattori rispetto al caso concreto, né di indicare i criteri normativi che quella designazione violerebbe in modo manifesto). Su questa base, il giudice ha proceduto alla disapplicazione dell'elenco legislativo *in parte qua* (la sostanza è questa, anche se nella decisione timidamente si parla di superamento della «presunzione relativa di sicurezza», che presuppone invece un'indagine sulle allegazioni *ex art. 2-bis*). E ha disapplicato in nome di un diritto UE asseritamente contrario, ma confusamente identificato con la sentenza del 4 ottobre 2024 (in relazione agli avverbi «generalmente e costantemente», che, come si è visto, la Cassazione ha ridimensionato) e con altre pronunce europee non pertinenti (sul primato del diritto UE).

²⁵ Dalla nuova disciplina del decreto interministeriale del 10 maggio 2024.

²⁶ Si allude al decreto del Tribunale di Palermo del 2 gennaio 2025 (r.g. n. 21/2025), che – sulla scorta di un suo precedente estivo (decreto del 27 agosto 2024, r.g. 10239/2024) – ha negato la convalida di un trattenimento in frontiera, perché viziato da una applicazione “automatica” della relativa disciplina. Stando a tale decisione, le due misure alternative previste dalla procedura di frontiera (la consegna del passaporto e la costituzione della garanzia finanziaria) non sarebbero tali, bensì cause generali «di esclusione» ovvero «di revoca o di cessazione» del trattenimento. Ne deriverebbe un automatismo detentivo incompatibile con il «può» dell'art. 6-*bis* del d.lgs. n. 142/2015, verbo ausiliare che imporrebbe al questore di motivare in modo più ampio la necessità del trattenimento, spiegando il mancato ricorso a ulteriori misure alternative. Quali? Rifacendosi (in base a una carambola di rinvii normativi) alla disciplina dell'espulsione, il giudice suggerisce di sperimentare (anzi, ritiene doveroso farlo) le misure alternative dell'obbligo di dimora o dell'obbligo di presentazione presso un ufficio di polizia. Misure, che, evidentemente, non bastano a prevenire l'ingresso in Schengen e i movimenti secondari dei richiedenti non meritevoli.

strumento della disapplicazione per sindacare da solo la legittimità delle leggi (come conferma la riluttanza a coinvolgere la Corte costituzionale su questioni dall'evidente "tono costituzionale")²⁷. Il tratto comune è la duplice "fuga" dall'oggetto del giudizio e dal giudizio di costituzionalità.

Riusciranno, in un contesto così complicato, i giudici "erculei" di cui si diceva in premessa – presenti non solo in Cassazione ma certamente anche presso numerose sezioni specializzate – a limitare queste "fughe" e a dissipare l'impressione complessiva di un "*whatever it takes*" giudiziario contro la procedura di frontiera e il "progetto Albania"? Riuscirà, la Corte di giustizia, a fornire loro una sponda, elaborando un orientamento più solido, che metta in primo piano la *ratio legis* e scongiuri il rischio di nuove manipolazioni interpretative? Speriamo che il nuovo anno porti loro fortuna!

²⁷ Il riferimento è al criterio indicato dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 181/2024 (spec. § 6).

PARTE II

GLI STRUMENTI DELLA DETERRENZA

RESPINGIMENTI E *NON-REFOULEMENT*

FIFTY SHADES OF NON-REFOULEMENT
THE CJEU'S DISTORTING READING
OF ARTICLE 1D REFUGEE CONVENTION
FOR REFUGEES OF PALESTINIAN ORIGIN

Chiara Raucea^{*}

SUMMARY: 1. Case summary – 2. Analysis of the CJEU's answers – 3. Commentary –
4. Conclusions.

1. *Case summary*

*Case C-563/22 SN & LN*¹ concerns the applicants SN and LN, who are respectively a stateless mother and child of Palestinian origin who lived in the Gaza Strip. In July 2018, they fled Gaza due to unsustainable living conditions and entered Bulgaria illegally.

In March 2019, SN and LN lodged their first asylum application in Bulgaria, basing their claims on several factors,² including dire conditions and instability in the Gaza Strip. In July 2019, Bulgaria rejected SN and LN's applications, arguing that they would not incur a serious risk of death, torture or inhuman and degrading treatment as required by Art 15 *Directive 2011/95/EU Qualification Directive Recast*³ (QD) if returned to the Gaza Strip. The rejection was based on earlier CJEU's case law interpreting Art 15 QD where the Court established that, in exceptional circumstances, the violence of an armed conflict is so widespread and indiscriminate that any individual returned to that area would personally run a serious risk of being

^{*} Assistant Professor of EU Law, Tilburg University

¹ CGUE, sentenza del 13 giugno 2024, *SN & LN v Zamestnik-predsedatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite (SN & LN)*, C-563/22, ECLI:EU:C:2024:494.

² *SN & LN*, paras 23-24.

³ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio (rifusione) del 13 dicembre 2011 recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea L 337/9.

killed or exposed to inhuman treatment (see *Elgafaji*⁴). Bulgaria argued that the conflict and the attacks in the Gaza Strip (at the time when the decision was taken, July 2019) were not too pervasive; therefore, SN and LN would not be exposed personally to death or inhuman treatment if returned.

In August 2020, SN and LN lodged a second application, in which they reported their registration with the UNRWA, claiming that this factor would make the special regime set in Art 12 (1) (a) QD applicable to them. This provision establishes that applicants assisted by the UNRWA cannot qualify for refugee protection in the Common European Asylum System (CEAS) unless UNRWA's protection or assistance has ceased. If this condition is met, the applicants shall be considered *ipso facto* refugees entitled to all refugees' rights set in the CEAS.

In their second application, SN and LN argued that UNRWA's assistance had ceased for them and provided evidence relating to the dire living conditions in the Gaza Strip at the time relevant to their new application (2020). Since 2018, the UNRWA has been underfunded, so the assistance the applicants received from that agency was reduced, making it impossible for them to live under dignified living conditions.⁵

SN and LN's second application was found admissible. Still, it was rejected because the competent authorities did not agree that UNRWA's protection had ceased for reasons beyond SN and LN's control and did not reexamine the situation in the Gaza Strip at the time of the second application.⁶ SN and LN challenged this second rejection before the Sofia Administrative Court, arguing that their return to the Gaza Strip would violate the principle of non-refoulement.⁷

The Sofia Administrative Court referred four questions to the CJEU. The first question is procedural and asks for clarification on the evidentiary rules applicable in subsequent asylum application.⁸ The second question seeks clarification about when UNRWA's protection has ceased.⁹ The third question seeks clarification on applying the principle of non-refoulement in cases where Art 12 (1) (a) QD applies. In particular, the referring court asks whether the general situation in the Gaza Strip upon return must also be

⁴ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 17 febbraio 2009, *Meki Elgafaji and Noor Elgafaji v Staatssecretaris van Justitie (Elgafaji)*, C-465/07, ECLI:EU:C:2009:94, para 45.

⁵ *SN & LN*, paras 22-25.

⁶ *SN & LN*, paras 30-31.

⁷ *SN & LN*, paras 32-33.

⁸ *SN & LN*, paras 36-38 and 41(1).

⁹ *SN & LN*, paras 39 and 41(2).

considered.¹⁰ In its fourth question, the referring court asks whether it shall apply the test to grant subsidiary protection (and so Art 15 QD) to applicants of Palestinian origins entitled to UNRWA's assistance to establish whether they cannot be returned.¹¹

2. *Analysis of the Cjeu's answers*

I will limit my analysis to the Court's answers to the second and third questions, where the CJEU interprets the conditions under which applicants entitled to UNRWA's protection can obtain refugee status in the EU. The CJEU addressed the second and third questions together because they have a common element: the referring court questioned the relevance (if any) of the general living conditions in the Gaza Strip when deciding on the claim for protection of LN and SN.¹² However, I argue that the two questions have a different focus.

The second question asked about how to evaluate the general living conditions when assessing whether UNRWA's assistance had ceased for the applicants. The CJEU had to indicate whether national authorities may conclude that UNRWA's assistance had ceased basing their assessment solely on evidence relating to the general living conditions in the Gaza Strip at the time when the applicants lived there.¹³

The third question concerned instead whether the general situation prevailing in the Gaza Strip, rather than the individual applicants' characteristics, may be a decisive factor when determining that an eventual return of SN and LN in the area would be compatible with the principle of non-refoulement. So, the CJEU had to clarify whether there might be cases in which the humanitarian disaster in the Gaza Strip is so widespread that "any" refugee in the area, *«irrespective of his or her wishes and personal choices»* would be exposed to forms of poverty amounting to inhuman and degrading treatment.¹⁴

In answering jointly the second and the third questions on the general living conditions in the Gaza Strip, the CJEU concluded that UNRWA's

¹⁰ *SN & LN*, paras 40 and 41 (3).

¹¹ *SN & LN*, para 41 (4).

¹² *SN & LN*, paras 59-87.

¹³ *SN & LN*, para 59.

¹⁴ *SN & LN*, para 84.

protection or assistance ceases within the meaning of Art 12 (1) (a) QD when two cumulative conditions are met.¹⁵

First, UNRWA's protection or assistance in the area ceases for an applicant when *«it is impossible for the UNRWA (...) to guarantee that the living conditions of that individual would be compatible with its mission (...) for whatever reason, including by reason of the general situation prevailing in that sector»*.¹⁶ The threshold that the CJEU established here is extremely high: it should be proven that, when the applicants lived in Gaza, UNRWA couldn't carry out its mission.¹⁷ Alternatively, the applicant should be in a special position of vulnerability, making the assistance that UNRWA usually provides to other refugees insufficient for that specific applicant to conduct a dignified life.¹⁸

Second, it can be concluded that UNRWA's protection or assistance has ceased based on the general conditions in the Gaza Strip when the return of an applicant to that area would create the risk of exposing her/him to extreme poverty and undignified living conditions incompatible with the UN agency's mission.¹⁹ This risk will materialise when the UNRWA, for whatever reason, including underfunding and the general situation prevailing in the area, cannot ensure access to the basic needs of applicants (in terms of subsistence, health, or education). The CJEU specifies that the test on whether UNRWA's assistance meets the applicant's basic needs should be conducted considering the applicant's eventual vulnerabilities relating to her/his group or personal identity.²⁰

The Court acknowledges that there is currently an ongoing humanitarian disaster in the Gaza Strip. However, it still leaves the room open for some applicants' return. On the one hand, it states that *«both the living conditions in the Gaza Strip and UNRWA's capacity to fulfil its mission have experienced an unprecedented deterioration due to the consequences of the events of 7 October 2023»*.²¹ On the other hand, however, it rules that it is for national courts to establish, case by case, whether the situation on the ground in the Gaza Strip is unsafe and disastrous for "any" applicant entitled to UNRWA's assistance.²²

¹⁵ SN & LN, paras 87 and 90.

¹⁶ SN & LN, paras 71-72.

¹⁷ SN & LN, para 68.

¹⁸ SN & LN, paras 72-73.

¹⁹ SN & LN, paras 75 and 79.

²⁰ SN & LN, paras 78-79.

²¹ SN & LN, para 82.

²² SN & LN, paras 83-84.

3. Commentary

The CJEU's interpretation of Art 12 (1) (a) QD in SN & LN²³ misconstrues the protection that, under Art 1D *Refugee Convention*,²⁴ is due to refugees of Palestinian origin who are not receiving assistance by UNRWA.

I argue that the risk of inadequate protection derives from reading as cumulative the two tests that the CJEU introduced on the general living conditions in the UNRWA's area of operation, (1) at the time of the applicant's departure and (2) at the time of a potential return. The CJEU's restrictive interpretation of when UNRWA's assistance ceases continues on the path traced by earlier case law on refugees of Palestinian origin (*Bolbol*,²⁵ *El Kott*,²⁶ *SW*²⁷), where the Court deviated from the purposeful interpretation of Art 1D *Refugee Convention*.²⁸

Under Art 1D *Refugee Convention*, the condition to be *ipso facto* refugees is simply that applicants of Palestinian origin entitled to UNRWA's assistance are not benefitting from it at present, for any reason.²⁹ The CJEU restrictively interpreted this clause by adding several extra conditions. First, in *Bolbol*,³⁰ the CJEU ruled that Art 12 (1) (a) QD does not cover "any" applicant in principle entitled to UNRWA's assistance, but only applicants who have actually availed themselves of UNRWA's assistance. In *El Kott*,³¹ the

²³ *SN & LN*, paras 87 and 90 point 2.

²⁴ *Convenzione relativa allo status dei rifugiati*, adottata a Ginevra il 28 luglio 1951, ratificata dall'Italia con legge n. 722 del 24 luglio 1954, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 196 del 27 agosto 1954.

²⁵ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 17 giugno 2010, *Nawras Bolbol v Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal (Bolbol)*, C-31/09, ECLI:EU:C:2010:351.

²⁶ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 18 dicembre 2012, *Mostafa Abed El Karem El Kott, Chadi Amin A Radi, Hazem Kamel Ismail v Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal (El Kott)*, C-364/11, ECLI:EU:C:2012:826.

²⁷ CGUE, sentenza del 5 ottobre 2023, *Office français de protection des réfugiés et apatrides v SW (SW)*, C-294/22, ECLI:EU:C:2023:733.

²⁸ C. COSTELLO, *Defining Protection: Refugeehood, Non-refoulement, and Human Rights*, in C. COSTELLO, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford (United Kingdom), 2016, pp. 171-230.

²⁹ S.M. AKRAM, *UNRWA and Palestine Refugee*, in C. Costello, M. Foster, and J. McAdam (a cura di), *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Oxford, New York, 2021, pp 643-660. See also G. GOODWIN-GILL, S. M. AKRAM, *Forward to Amicus Brief on the Status of Palestinian Refugees Under International Refugee Law*, in *Palestine Yearbook of International Law*, n. 11, 2000-2001, pp 185-260.

³⁰ *Bolbol*, para 53.

³¹ *El Kott*, para 82.

CJEU ruled that applicants who availed themselves of UNRWA's assistance are ipso facto refugees only when it can be established, on an individual basis, that they flee because their personal safety was at serious risk and the agency was unable to protect them.

This test has been recently clarified in SW, where the CJEU concluded that UNRWA's protection has ceased for an applicant in exceptional cases when the agency cannot grant access to healthcare. However, the threshold set by the Court to determine whether UNRWA fails to assist a patient is very high: the treatment needed should be a lifesaving one.³²

Compared to this earlier case law, the conclusions in SN & LN suggest *prima facie* a more comprehensive protection.³³ The CJEU held that there are exceptional cases, like the current situation in the Gaza Strip, where applicants do not need to show they are personally targeted by risks generated from a general situation. In those cases, extreme poverty and generalised insecurity are sufficient to establish that UNRWA's assistance cannot meet anyone's basic needs. However, in SN & LN,³⁴ the CJEU introduced a demanding temporal dimension to test UNRWA's capacity to provide effective assistance over time, which is absent in Art 1 D *Refugee Convention*.

The Court referred to the general incapacity of the UNRWA to protect any person in the area, which should be established both at a TIME A (when the applicants left the area of UNRWA's operation) and at a TIME B (which is the one of a potential return of the applicants). The CJEU considers these two conditions cumulative. This conclusion may be drawn from a literal reading of the Court's findings in the English version where the two conditions are presented using the connectors «(i) ... and (ii)...». Similarly, the French original version of the ruling and the Italian one indicate that the test on UNRWA's incapacity to aid should be verified both at TIME A and at TIME B, by using respectively the phrasing «d'une part ... et, d'autre part ...» and «da un lato ... e dall'altro ...».³⁵

Introducing these two cumulative conditions means that the scope of application of Art 12 (1) (a) QD becomes narrower than that of Art 1D *Refugee Convention*. According to the Refugee Convention, applicants entitled to UNRWA's assistance, who are present in the EU, should be able to qualify as ipso facto refugees as soon as they show that UNRWA's assistance is at

³² SW, para 49.

³³ SN & LN, para 79.

³⁴ SN & LN, paras 87-90.

³⁵ SN & LN, para 90.

present unavailable to them for reasons relating to the current general living conditions, “or” that it has ceased because was not available at the time when they lived in the area.

Several arguments can be used in support of a disjunctive reading of the test on UNRWA’s incapacity to assist the applicant either at the time of the departure or at the time of potential return. First, the UNHCR, in its Revised Statement on Article 1D of the 1951 Convention,³⁶ recommended considering Palestinian refugees who leave the areas of UNRWA’s operation as ipso facto entitled to refugee protection. So, the test on applicants’ returnability is an extra condition not included in Art 1D Refugee Convention. This extra condition should not be added interpretatively to Art 12 (1) (a) QD if EU law is to remain faithful to its aspiration of providing a «full and inclusive application» of International Refugee Law (Recital 3 QD).

Second, there might be cases of protection needs arising *sur place* (see Art 5(1) QD). This happens when applicants entitled to UNRWA’s assistance leave its area of operation at a time when the general living conditions are not so poor to meet the severe threshold of extreme poverty and unsafety developed by the CJEU (in *Bolbol, El Kott, SW*); however, the situation may deteriorate after the applicants’ departure until the extent that their return would be incompatible with the principle of non-refoulement. In such cases, unreturnable refugees of Palestinian origin should be considered as *ipso facto* refugees under Art 1D *Refugee Convention*. For determining their refugee status, the reasons why the applicants left the UNRWA’s area of operation in the past become irrelevant when, at present, UNRWA’s protection is inaccessible.

4. Conclusion

The main point of critique arising from *SN & LN* lies in the formulation of the CJEU’s conclusions, which suggest a restrictive reading of international refugee law. In *SN & LN*, the CJEU ruled that applicants fleeing from a UNRWA’s area of operation can qualify for refugee status when two conditions regarding the general living conditions in the UNRWA’s area are met:

³⁶ UN High Commissioner for Refugees, *UNHCR Revised Statement on Article 1D of the 1951 Convention in relation to Bolbol v. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal pending before the Court of Justice of the European Union*, October 2009, disponible online: <https://www.refworld.org/jurisprudence/amicus/unhcr/2009/en/95708>.

a) it can be established that the UNRWA failed to meet the applicants' basic needs at the time when they lived in its area of operation; together with
b) UNRWA's persistent incapacity to aid any refugee in the area upon a potential applicant's return.

In the future, it would be desirable for national courts to send preliminary questions to the CJEU to question the necessity of reading these two conditions as cumulative.

Moreover, inadequate protection for applicants may derive from confusingly merging different lines of case law interpreting, respectively, Art 12 (1) (a) QD (like *SN & LN*) and material deprivation in cases relating to reception conditions in the CEAS (like *Jawo*³⁷).

In fact, there is a risk that, in the future, the CJEU will limit the application of a test on extreme material deprivation and general living conditions to only two categories of cases. Basically, only in cases of Dublin returns (like *Jawo*) and in cases of potential returns to areas under the UNRWA's mandate (like *SN & LN*) by arguing that only in such instances non-refoulement may be triggered by failures of third parties to guarantee dignified living conditions to applicants. Namely, failures attributable to institutions which should have a specific positive duty under EU law to care for the applicants. This duty derives for EU Member States from the Reception Conditions Directive³⁸ in the first type of cases and for the UNRWA from UN resolutions in the second type. Such a restrictive approach, if adopted, would risk further fragmenting the interpretation of the principle of non-refoulement and limiting, in the future, the possibility for the generality of applicants to successfully claim protection from refoulement when the risk of inhuman treatment arises from an eventual return to a third-country where the applicants' basic needs cannot be met due to dire living conditions.

³⁷ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 19 marzo 2019, *Abubacarr Jawo v Bundesrepublik Deutschland (Jawo)*, C-163/17, ECLI:EU:C:2019:218.

³⁸ Direttiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio (rifusione) del 26 giugno 2013 recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea L 180/96.

H.T. C. GERMANIA E GRECIA:
I RESPINGIMENTI ALLA FRONTIERA TRA FINZIONI,
PRESUNZIONI E TUTELE EFFETTIVE

Francesca Rondine*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. I fatti in causa e la decisione della Corte EDU – 3. La decisione della Corte EDU: *M.S.S. rebound?* – 4. Il *Seebofer deal* – 5. Conclusioni: quale antidoto contro l'incantesimo delle frontiere?

1. *Premessa*

Il 15 ottobre 2024 la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU d'ora in avanti) ha reso la sua sentenza nel caso *H.T. c. Grecia e Germania*¹. Le vicende riguardano un richiedente asilo siriano respinto dalla Germania alla Grecia in applicazione di un accordo di riammissione bilaterale tra i due paesi.

A partire dal 2018, infatti, nel tentativo di ridurre i c.d. “movimenti secondari” verso il proprio territorio, la Germania ha concluso diversi accordi amministrativi di riammissione con altri Stati membri UE, tra i quali figura la Grecia. L'accordo tra Germania e Grecia, conosciuto anche come “*Seebofer Deal*”, dal cognome dell'allora ministro dell'interno tedesco, è stato concluso nel giugno del 2018 e ha ad oggetto la cooperazione tra i due paesi in materia di riammissione e rifiuto di ingresso dei richiedenti asilo. In virtù di tale accordo, i richiedenti asilo provenienti dalla Grecia sono automaticamente ivi riammessi dalla Germania.

L'accordo si applica quando ricorrono determinate condizioni. In primo luogo, il cittadino di paese terzo deve essere fermato in occasione di un controllo alla frontiera terrestre con l'Austria. In secondo luogo, l'individuo deve manifestare la volontà di chiedere la protezione internazionale in Germania e, infine, il cittadino di paese terzo deve essere già stato fotosegnalato in Grecia in quanto richiedente protezione internazionale, rientrando così nella categoria 1 di Eurodac².

Ove, dunque, le autorità tedesche si trovino in presenza di un richiedente

* Assegnista di ricerca in diritto internazionale presso l'Università di Napoli l'Orientale.

¹ Corte EDU, sentenza del 15 ottobre 2024, *H.T. c. Germania e Grecia*, ric. n. 13337/19.

² Si veda il § 63 della sentenza.

asilo al confine con l'Austria e di un riscontro positivo in Eurodac per la cat. 1 dalla Grecia, le stesse invieranno una notifica alle autorità greche e trasferiranno immediatamente il richiedente protezione in Grecia, nell'arco delle successive 48 ore. Questo è, infatti, ciò che è accaduto al ricorrente nel caso in commento. L'analisi che segue si focalizza su due punti. Il primo riguarda la compatibilità di tali accordi con la CEDU e col suo art. 3. Il secondo intende inquadrare le vicende nel panorama più generale degli accordi di riammissione tra Stati membri UE.

2. *I fatti in causa e la decisione della Corte EDU*

H.T., richiedente asilo di nazionalità siriana, arriva in Grecia nel giugno del 2018 e qui presenta istanza di protezione internazionale. Pochi mesi dopo il suo arrivo, il ricorrente si recava in Germania, transitando attraverso l'Austria. Sottoposto a controlli, veniva scoperto in possesso di un documento di identità contraffatto e scortato presso una stazione di polizia tedesca, dove manifestava la volontà di richiedere la protezione in Germania. Lo stesso giorno veniva informato del fatto che sarebbe stato riportato in Grecia sulla base di un accordo amministrativo tra i due paesi. In un primo momento, le autorità fornivano al ricorrente un rifiuto di ingresso adottato ex art. 14 CFS (codice frontiere Schengen, reg. UE 399/2016) che, ai sensi dell'accordo di riammissione tra i due paesi, tuttavia, non era la base legale corretta.

Resesi conto dell'errore, le stesse adottavano nei confronti di *H.T.* un nuovo decreto di rifiuto di ingresso, la cui base legale era, questa volta, l'art. 18(2), punto 2, della Legge sull'asilo tedesca, che menziona l'accordo bilaterale con la Grecia e indica che quest'ultimo è lo Stato membro competente per la sua istanza di asilo sulla base del regolamento di Dublino (reg. UE 604/2013) (§§ 15-16). Il ricorrente dichiarava di non aver mai acconsentito al rimpatrio in Grecia e di aver chiaramente espresso la volontà di ottenere l'asilo in Germania. Ciononostante, le autorità tedesche si sono rifiutate di registrare la sua istanza, informandolo del fatto che sarebbe stato ricondotto in Grecia in ogni caso.

Nelle more, al ricorrente non è stata data alcuna informazione certa rispetto alla sua condizione giuridica e alla legislazione applicabile, così come gli è stato impossibile entrare in contatto con un avvocato, nonostante la sua richiesta espressa. Durante le poche ore di permanenza in Germania, il telefono personale del ricorrente veniva confiscato. Lo stesso giorno, veniva riportato in Grecia (§§ 17-20). Al suo rientro, il ricorrente presentava nuova-

mente istanza di protezione e veniva trattenuto per oltre due mesi in condizioni materiali pessime, dapprima presso la stazione di polizia dell'isola di Leros, e successivamente presso un centro di accoglienza e identificazione. Nel 2020, *H.T.* riceve lo status di rifugiato in Grecia (§ 23).

Diversi anni dopo le vicende, nel maggio del 2021, il Tribunale amministrativo di Monaco, cui il ricorrente aveva fatto ricorso, ordinava il rientro di *H.T.* in Germania, dichiarando l'illegittimità del trasferimento in Grecia, motivata, tra le altre cose, dal fatto che la Germania avrebbe dovuto applicare il regolamento Dublino e la relativa procedura di ripresa in carico verso la Grecia, e non la procedura semplificata istituita dall'accordo Seehofer³.

Dinanzi alla Corte EDU, *H.T.* lamentava la violazione degli artt. 3 e 5 CEDU nei confronti della Grecia, contestando la legittimità e le condizioni del suo trattenimento; il ricorrente riteneva, inoltre, che la Germania avesse violato l'art. 3 CEDU in ragione del trasferimento automatico verso la Grecia, in assenza di una valutazione appropriata della sua situazione individuale.

Nella sua decisione, la Corte riscontra numerose violazioni in capo ai due Stati convenuti. In particolare, la Germania è ritenuta responsabile di aver violato l'art. 3 CEDU sotto il profilo procedurale, per aver espulso il ricorrente verso la Grecia in assenza di un'adeguata valutazione individuale della sua istanza. Quanto alla Grecia, la Corte riconosce una violazione dell'art. 5(4) CEDU, in ragione dell'assenza di un idoneo rimedio di contestazione del trattenimento, ma non dell'art. 5(1), in quanto la misura aveva una base legale nel diritto interno. Le condizioni materiali del trattenimento, inoltre, sono ritenute tanto gravi da integrare una violazione dell'art. 3 CEDU.

3. *La decisione della Corte EDU: M.S.S. rebound?*

Come accennato, nella sua decisione, la Corte EDU riscontra una violazione dell'art. 3 sotto il profilo procedurale, in capo alla Germania. Le autorità tedesche non hanno, infatti, svolto un esame approfondito e individualizzato del rischio per il ricorrente di essere sottoposto a trattamenti contrari all'art. 3 CEDU in conseguenza del suo trasferimento verso la Grecia (come è poi anche concretamente avvenuto, cfr. *supra*).

³ Statewatch, *Less than 24 hours for an illegal deportation, but still no return ordered three weeks after decision*, 2019; Pro Asyl, *Deal between Greece and Germany „clearly unlawful“*, 7 maggio 2021.

La violazione “procedurale” della norma, nel percorso argomentativo della Corte, si è concretizzata in ragione di una serie di elementi inerenti sia alla condotta delle autorità tedesche nel caso di specie, che alla struttura stessa dell’accordo di riammissione tra Germania e Grecia. Innanzitutto, la Corte ribadisce il principio per cui «*States’ concern to foil the increasingly frequent attempts to circumvent immigration controls is legitimate, but cannot go so far as to render ineffective the protection afforded by the Convention, in particular Article 3 of the Convention*» (§ 122). Si afferma, di conseguenza, che in occasione dell’allontanamento di un richiedente asilo verso un altro paese, che sia o meno uno Stato parte, le autorità statali sono tenute a valutare i rischi di trattamenti inumani o degradanti nel Paese ricevente prima di effettuare qualsiasi trasferimento⁴.

Come osserva la Corte, le vicende del caso e l’accordo amministrativo siglato tra i due paesi vanno letti nel quadro degli sviluppi successivi al caso *M.S.S.*, cui è seguita la sospensione temporanea, ma pluriennale, dei trasferimenti Dublino verso la Grecia, in ragione delle carenze sistemiche del sistema di asilo greco (§ 142). Riprendendo le conclusioni del Comitato dei ministri, dell’UNHCR e della Commissione europea in merito, la Corte osserva che nonostante i miglioramenti, la situazione greca continuava ad essere segnata da seri problemi relativi alla procedura di asilo e al sistema di accoglienza (§§ 142-144). Nel caso in commento, dunque, le autorità tedesche non potevano non essere a conoscenza, o peggio ignorare, le ben note carenze del sistema di asilo greco (§ 144), che erano tali da ribaltare la presunzione di adeguatezza e di sicurezza del paese per il ricorrente e, in generale, per i richiedenti protezione⁵.

La Corte si esprime, poi, più specificamente sull’accordo amministrativo, e ritiene che esso non tuteli sufficientemente i richiedenti asilo dal rischio di trattamenti contrari all’art. 3 CEDU. L’accordo, infatti, non contiene alcuna norma che imponga la valutazione della situazione del paese di destinazione, nello specifico, se siano assicurate l’accesso alla procedura di asilo, a un esame individualizzato e a condizioni di trattenimento adeguate (§ 149). Oltre dieci anni dopo la celebre decisione resa in *M.S.S.*, dunque, la Corte ribadisce l’impossibilità per gli Stati parte di neutralizzare la portata dell’art. 3 attraverso qualunque automatismo di sorta.

⁴ § 138; come anche riconosciuto in Corte EDU, sentenza del 21 novembre 2019, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. n. 47287/15, § 134, e in sentenza del 23 luglio 2020, *M.K. et al c. Polonia*, ric. n. 40503/17, 42902/17 e 43643/17, § 173.

⁵ Cfr. Corte EDU, sentenza del 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ric. n. 30696/09, §§ 366-67.

4. *Il Seehofer deal*

Il *Seehofer deal* si inserisce in una tendenza alla conclusione di accordi bilaterali di riammissione dei richiedenti protezione tra Stati membri dell'Unione⁶. Tali accordi, da un lato, possono essere letti come un tentativo di “semplificare” (se non, in alcuni casi, aggirare) le procedure previste dal regolamento di Dublino, ormai “irrigidite” dalle numerose sentenze delle Corti europee⁷; dall'altro, attraverso tali accordi, gli Stati membri tentano sovente di riorganizzare la disciplina delle frontiere interne sulle quali siano stati ripristinati i controlli, assimilandole alle frontiere esterne.

L'accordo Seehofer e il suo funzionamento, infatti, si reggono su una inedita configurazione giuridica del territorio tedesco e dei suoi confini interni. Secondo quanto affermato dallo stesso ministro Seehofer, il confine tra Austria e Germania, e più precisamente, lo spazio che separa il confine austriaco dalla polizia di frontiera tedesca, ai fini dell'accordo, deve essere considerato come una zona «non UE e non Schengen»⁸. In ragione di tale assetto, non sarebbero applicabili il regolamento Dublino, il codice frontiere Schengen (CFS) il sistema europeo comune di asilo (CEAS) né la direttiva rimpatri⁹. Di conseguenza, i controlli sono condotti ai sensi della sola legislazione interna tedesca, così come il rifiuto di ingresso è adottato ai sensi della stessa, e non dell'art. 14 CFS. L'inapplicabilità dal diritto UE deriverebbe

⁶ (si veda, sul tema degli accordi bilaterali tra Stati membri, ECRE, *To Dublin or not to Dublin? ECRE's assessment of the policy choices undermining the functioning of the Dublin regulation, with recommendations for rights-based compliance*, 2018).

⁷ *Ex plurimis*, Corte EDU, M.S.S.; sentenza del 4 novembre 2014, *Tarakbel c. Svizzera*, ric. n. 29217/12; CGUE, sentenza del 21 dicembre 2011, NS. ME, causa C-411/10, ECLI:EU:C:2011:865.

⁸ C. HRUSCHKA, *The border spell: Dublin arrangements or bilateral agreements? Reflections on the cooperation between Germany and Greece / Spain in the context of control at the German-Austrian border*, in *eumigrationlawblog*, 26 febbraio 2019.

⁹ Regolamento (UE) 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, GU L 180/31 del 29 giugno 2013 (regolamento Dublino); 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; 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 (Direttiva rimpatri), GU L 348/98 del 24 dicembre 2008.

dall'assimilazione delle frontiere in questione alle "zone non-Schengen" degli aeroporti internazionali (ossia quelle sezioni degli aeroporti di cui all'allegato VI del CFS).

La Germania è stato il primo tra i paesi UE ad estendere la "*Fiktion der Nichteinreise*", in origine applicata alle sole zone di transito degli aeroporti, alle sue frontiere terrestri, sino a includere anche le frontiere interne con i paesi confinanti ove siano ripristinati i controlli (come, nelle vicende in commento, con l'Austria). Nel caso della Germania, dunque, parimenti a quanto è accaduto ad H.T., i cittadini di paesi terzi presenti alle frontiere interne tedesche sono considerati "al di fuori dello spazio Schengen", come se non vi avessero mai "legalmente né fisicamente" fatto accesso, nonostante i paesi coinvolti, e nel caso di specie l'Austria, ne facciano parte. Anche presso tali zone di transito, tuttavia, è applicabile la normativa UE e, nello specifico, il CEAS (art. 3 direttiva procedure; art. 3 direttiva accoglienza)¹⁰, il CFS e il regolamento Dublino (artt. 3 e 15).

Il regolamento di Dublino, al suo art. 36, consente la conclusione di accordi amministrativi bilaterali relativi alle modalità pratiche di esecuzione del regolamento, al fine di facilitarne l'attuazione e aumentarne l'efficacia. Tuttavia, l'accordo Seehofer trascende quanto consentito dalla disposizione appena citata. Non si limita, infatti, a semplificare e abbreviare le procedure di ripresa in carico previste dal regolamento, ma le sospende, in favore di procedure riconducibili al diritto nazionale tedesco¹¹.

L'estensione dell'idea di zona di transito alle frontiere interne non è, in ogni caso, una prerogativa della sola Germania. Un processo simile ha infatti coinvolto la Francia e il regime applicabile alle frontiere interne in caso di ripristino dei controlli. Il paese ha, inoltre, un accordo di riammissione in vigore dal 1997 con l'Italia, in virtù del quale sono stati segnalati numerosi casi di respingimenti informali¹². Le vicende francesi sono state oggetto di un ser-

¹⁰ 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), GU L 180/60 del 29 giugno 2013; Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione), GU L 180/96 del 29 giugno 2013.

¹¹ Sul tema specifico della compatibilità di tali accordi col regolamento di Dublino, si veda H. BRU, A. ANASTASOPOULOU, H. HYRKKÖ, *The circumvention of the Dublin regulation through the use of bilateral agreements to return asylum seekers to other Member States*, Human Rights and Migration Law Clinic of the University of Ghent research papers, 2019.

¹² Accordo fra il governo della Repubblica italiana e il governo della Repubblica francese sulla cooperazione transfrontaliera in materia di polizia e dogana, firmato a Chambéry del 3/10/1997; ASGI, *Le riammissioni dei cittadini stranieri a Ventimiglia. Profili di illegittimità*, 2015.

rato dialogo tra il Consiglio di Stato francese e la Corte di giustizia, segnatamente in merito al regime applicabile alle frontiere interne in caso di ripristino dei controlli ai sensi dell'art. 25 CFS. Anche la Francia, infatti, applica il c.d. "respingimento immediato" a tali frontiere. Tuttavia, a differenza della Germania, la Francia fa ricorso all'art. 14 CFS in combinato disposto con l'art. 2, par. 2, della direttiva rimpatri, clausola che consente l'esclusione dei c.d. "casi frontalieri" dal campo applicativo della direttiva 2008/115.

Ci sembra opportuno, in tal senso, ricordare che nel caso *ADDE*¹³, la Corte di giustizia UE ha affermato che non è possibile assimilare radicalmente il regime applicabile alle frontiere esterne a quelle interne sulle quali i controlli siano stati ripristinati. Ove ciò avvenga, è consentito adottare decreti di respingimento immediato, ai sensi dell'art. 14 CFS, ma deve essere applicata la direttiva rimpatri nella sua totalità, e dunque, inter alia, le relative norme in materia di trattenimento e partenza volontaria¹⁴. Sebbene la decisione non riguardasse il respingimento di richiedenti protezione, ma di persone in stato di irregolarità, la sua portata sembra in linea con quanto affermato nella sentenza in commento: l'allontanamento dei cittadini di paesi terzi non può essere automatico, nemmeno qualora esso avvenga verso un altro Stato membro della UE, in linea ai già citati casi "Dublino".

La portata della sentenza in commento, inoltre, rileva anche rispetto alla deroga prevista all'art. 6, par. 3, della direttiva rimpatri, che consente di non adottare una decisione di rimpatrio quando il cittadino di paese terzo sia ripreso da un altro Stato membro in virtù di un accordo di bilaterale di riammissione vigente alla data di entrata in vigore della direttiva (alla quale la decisione del Consiglio di Stato francese che ha applicato la sentenza *ADDE* è in parte ancorata). Anche qualora lo Stato membro si appelli a tale deroga, dovrà comunque rispettare i requisiti procedurali incombenti in virtù dell'art. 3 CEDU. Dunque, in presenza di richiedenti protezione con un "*arguable claim*", prima della "ripresa" da parte di un altro Stato membro, sarà necessario valutare la situazione del paese di destinazione, specialmente con riguardo all'accesso alla procedura di asilo e a condizioni di trattenimento/accoglienza adeguate¹⁵.

¹³ CGUE, sentenza del 21 settembre 2023, *ADDE*, causa C-143/22, ECLI EU:C:2023:68.

¹⁴ B.C. SANTOMAURO, *The Legal Production of the Margin: Migrants Between Border and Territory*, in *Cabiers de l'EDEM*, agosto 2022; F. RONDINE, *Quale regime per l'attraversamento delle frontiere interne in caso di ripristino dei controlli di frontiera?*, in *Questione giustizia*, dicembre 2023.

¹⁵ Corte EDU, *H.T.*, § 149; *M.S.S.*, § 359.

5. Conclusioni: quale antidoto contro l'incantesimo delle frontiere?

In *H.N.* la Corte conferma un orientamento – elaborato a partire da *Ilias e Ahmed*, e ribadito nelle sentenze successive¹⁶ – che smentisce e neutralizza la possibilità di ritagliare zone di confine al di fuori dell'applicazione della Convenzione¹⁷. Gli Stati parte non possono creare spazi o istituire accordi in virtù dei quali automatismi e presunzioni prevalgono sulla concreta protezione dei diritti tutelati nella Convenzione, tanto più quando a essere coinvolti siano le sue disposizioni inderogabili, quale è l'art. 3. Quest'ultimo, infatti, integra, in taluni casi, un obbligo positivo in capo allo Stato di fornire al richiedente asilo, che sia in grado di dimostrare un “*arguable claim*” sotto il profilo dell'art. 3, una possibilità concreta di accedere alla relativa procedura e vedere la sua istanza esaminata¹⁸.

La conclusione cui giunge la Corte EDU è tanto più rilevante alla luce della generalizzazione della finzione di non ingresso nelle procedure di frontiera introdotte col Nuovo patto del 2020 e della presumibile proliferazione di “zone di transito e di frontiera” ai confini esterni della UE¹⁹.

¹⁶ Corte EDU, sentenza del 23 luglio 2020, *M.K. et al c. Polonia*, ric. n. 40503/17, 42902/17 e 43643/17, §§ 171-86; Corte EDU sentenza del 8 luglio 2021, *D.A. et al c. Polonia*, ric. n. 51246/17, §§ 58-70, Corte EDU, sentenza del 15 settembre 2022, *O.M. e D.S. c. Ucraina*, ric. n. 18603/12, §§ 80-98.

¹⁷ Corte EDU (GC), sentenza del 13 febbraio 2020, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. n. 8675/15 e 8697/15, § 110.

¹⁸ Corte EDU, *H.N.* § 116; *M.K.*, § 179; *A.B. e altri c. Polonia*, §§ 34-43.

¹⁹ L. JAKULEVICIENE, *Re-decoration of existing practices? Proposed screening procedures at the EU external borders*, in *EU Migration Law Blog*, 27 ottobre 2020; G. CAMPESI, *The EU Pact on Migration and Asylum and the dangerous multiplication of 'anomalous zones' for migration management*, in *ASILE*, 27 novembre 2020. V. MITSILEGAS, *The EU external border as a site of preventive (in)justice*, in *European Law Journal*, 4/2022.; e, se si vuole, F. RONDINE, *The Fiction of Non-entry in European Migration Law*, in *European Journal of Migration and Law*, 3/2024.

IL DIRITTO ALL'INFORMAZIONE E IL RESPINGIMENTO INDIRETTO DEI RICHIEDENTI ASILO NEL SISTEMA DUBLINO

Francesca Tassinari*

SOMMARIO: 1. Fatti di causa e decisione. – 1.1. Sintesi dei fatti di causa e delle domande pregiudiziali. – 1.2. La decisione della CGUE. – 2. Commento – 2.1. Il diritto all'informazione dei richiedenti di protezione internazionale. – 2.2. Sul *non refoulement* indiretto nel quadro del Sistema Dublino.

1. *Fatti di causa e decisione*

1.1. *Sintesi dei fatti di causa e delle domande pregiudiziali*

La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE) relativa al caso *D.G. et al. c. Ministero dell'Interno*¹ (2023) riunisce le questioni pregiudiziali presentate da quattro tribunali italiani e dalla Corte di Cassazione. Le cause riguardano cinque cittadini di paesi terzi dei quali l'Italia chiedeva la ripresa in carico (i.e., ordinava il trasferimento nello Stato membro in cui avevano presentato una prima domanda di protezione internazionale per concludere la procedura di determinazione dello Stato membro competente) ex art. 18, § 1, b) o d) del regolamento 604/2013² (in seguito regolamento Dublino III).

* Ricercatrice post-dottorato presso il Dipartimento di Diritto Pubblico dell'Università dei Paesi Baschi (UPV/EHU), francesca.tassinari@ehu.eus. Questo contributo è una versione aggiornata dell'articolo F. TASSINARI, *El derecho a la información y el «refoulement» indirecto de los solicitantes de protección internacional: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de noviembre de 2023, «D.G. y Otros c. Ministerio dell'interno»*, in *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n. 65/2024, pp. 121-138. Il capitolo è stato elaborato grazie alla sovvenzione JDC2022-048217-I, finanziata dal MCIN/AEI/10.13039/501100011033 e dall'Unione Europea "NextGenerationEU"/PRTR, e al Grupo de Investigación del Sistema Universitario Vasco en Ciencias Sociales y Jurídicas aplicadas a las Nuevas Tecnociencias (GI CISJANT, rif. IT1541-22) finanziato dal Departamento de Educación del Gobierno Vasco. L'autrice ringrazia il comitato scientifico ADiM per le significative revisioni.

¹ CGUE, sentenza del 30 novembre 2023, *Ministero dell'Interno (Brochure commune - Refoulement indirect)*, C-228/21, C-254/21, C-297/21, C-315/21 e C-328/21, EU:C:2023:934.

² 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

Il primo caso C-228/21 segue le domande della Corte di Cassazione investita della decisione del Tribunale di Catanzaro di annullare il trasferimento del richiedente asilo verso la Repubblica slovena, per violazione dell'obbligo d'informazione. Anche i richiedenti di protezione internazionale nei casi C-328/21 e C-315/21 avevano impugnato le decisioni di trasferimento verso la Repubblica finlandese e la Repubblica federale tedesca per violazione del diritto all'informazione e del principio del non respingimento. Il secondo e il terzo caso C-254/21 e C-297/21, invece, riguardano due cittadini afgani (DG e XXX.XX) che avevano presentato una prima domanda di protezione internazionale rispettivamente in Svezia e Germania. Le domande erano state respinte; DG e XXX.XX avevano quindi presentato una seconda domanda di protezione internazionale in Italia. I due richiedenti avevano poi impugnato le decisioni di trasferimento adottate dalla Repubblica italiana, adducendo il rischio di respingimento indiretto verso l'Afghanistan, e chiedendo all'Italia di prendere in carico le loro richieste ai sensi della clausola discrezionale dell'art. 17, § 1 del regolamento Dublino III. Secondo questa clausola «[...] ciascuno Stato membro può decidere di esaminare una domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel presente regolamento».

Sulla base di questi cinque rinvii pregiudiziali, la CGUE accerta due problematiche principali. La prima concerne la legittimità della decisione di trasferimento nel caso in cui gli opuscoli informativi, ex artt. 4 del regolamento Dublino III e 29 del regolamento Eurodac,³ non siano stati consegnati e/o nell'ipotesi di mancato svolgimento del colloquio personale, ex art. 5 del regolamento Dublino III. Tanto gli opuscoli quanto il colloquio personale, infatti, garantiscono la corretta comprensione del Sistema Dublino da parte dell'individuo oggetto di trasferimento, in una duplice prospettiva: per assi-

da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione), *GU* L 180 del 29.6.2013, pp. 31/59.

³ Regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione 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 un paese terzo o da un apolide 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. 1077/2011 che istituisce un'agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (rifusione), *GU* L 180 del 29.6.2013, pp. 1/30.

curare la corretta applicazione dei criteri del regolamento Dublino III, e per tutelare il diritto fondamentale a un ricorso effettivo (art. 47 Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE⁴ o CDFUE). La seconda problematica, invece, riguarda la valutazione della sussistenza del rischio di *refoulement* indiretto, in seguito a un cd. trasferimento Dublino tra Stati membri. Com'è noto, il principio del *non refoulement* vieta l'allontanamento dello straniero verso territori in cui la sua vita o la sua libertà possano essere minacciate (art. 33 della Convenzione sullo statuto dei rifugiati del 1951⁵). Quello indiretto, anche detto "a catena", impedisce l'espulsione verso uno Stato in cui i migranti possono affrontare un'ulteriore deportazione senza un'adeguata valutazione della loro richiesta di protezione internazionale.

1.2. La decisione della CGUE

La CGUE avverte che, nonostante l'art. 4 del regolamento Dublino III si proponga di determinare lo Stato membro competente di fronte ad una prima domanda di protezione internazionale (artt. 18, § 1, a) e 20 del regolamento Dublino III), il diritto all'informazione del richiedente di protezione internazionale deve essere garantito anche nei casi di domande successive e, quindi, all'interno dei procedimenti di ripresa in carico (artt. 18, § 1, b), c) e d) e 23 del regolamento Dublino III). Tale garanzia, infatti, rende noto l'inizio di un procedimento amministrativo che potrebbe arrecare un pregiudizio al migrante (art. 41 della CDFUE). Tuttavia, la CGUE distingue due ipotesi: i) in difetto di colloquio personale, la decisione di trasferimento è annullabile, a meno che la persona non possa far valere i suoi argomenti nel corso di un'altra audizione, prevista dalla normativa nazionale, e atta a modificare la decisione di trasferimento; ii) in caso di mancata consegna dell'opuscolo comune, invece, la decisione di trasferimento è annullabile solo quando l'interessato, nonostante si sia svolto il colloquio personale, non possa far valere i propri argomenti, così da condurre il procedimento amministrativo a un risultato diverso.

In merito al divieto di *refoulement* indiretto, la CGUE dà priorità al principio di fiducia reciproca tra gli Stati membri piuttosto che l'integrità fisica dei cittadini stranieri. Così, la CGUE afferma che il giudice competente

⁴ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, GU C 202 del 7.6.2016, pp. 389/405.

⁵ Convenzione di Ginevra del 1951 sullo statuto dei rifugiati, 28 luglio 1951, U.N.T.S., vol. 189, p. 137, entrata in vigore il 11 aprile 1954.

per decidere sul ricorso avverso la decisione di trasferimento non può esaminare il rischio di *refoulement*, salvo che nello Stato membro richiesto sussistano «carenze sistemiche» nella procedura d'asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti di protezione internazionale sulla scorta della sentenza *N.S.*⁶ Ciò non è deducibile dall'esistenza di opinioni divergenti tra le autorità o i giudici dello Stato membro richiedente da un lato, e le autorità o i giudici dello Stato membro richiesto dall'altro, sulla sussistenza dei presupposti della protezione interna alternativa (art. 8 della direttiva qualifiche⁷). In questo caso né il giudice dello Stato membro richiedente, né il giudice dello Stato membro richiesto sono obbligati a dichiararsi competenti ex art. 17 del regolamento Dublino III. Al contrario, in caso di «carenze sistemiche» l'obbligo di presa in carico discenderebbe dall'art. 3, § 2 del regolamento Dublino III.

2. *Commento*

2.1. *Il diritto all'informazione dei richiedenti di protezione internazionale*

Come già sottolineato in dottrina,⁸ l'interpretazione del diritto all'informazione ha dato luogo a diversi orientamenti giurisprudenziali che sostengono, gli uni, che la nullità dovrebbe predicarsi solo in via eccezionale, ovvero in caso di comprovato pregiudizio nei confronti del migrante; gli altri, che la nullità dovrebbe limitarsi ai casi di provvedimenti *contra legem* o ai motivi di carenze sistemiche e di cessazione della competenza per far primeggiare gli obiettivi del regolamento Dublino III (artt. 3, § 2 e 19 del regolamento Dublino III). Queste divergenze hanno spinto la CGUE a pronunciarsi sulle conseguenze derivanti dalla violazione dell'obbligo d'informazione scalfendo il principio d'autonomia procedurale degli Stati membri.

⁶ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 21 dicembre 2011, *N.S. et al.*, C-411/10 e C-493/10, EU:C:2011:865.

⁷ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione), GUL 337 del 20.12.2011, pp. 9/26.

⁸ S. MARINAI, *Obblighi informativi e fiducia reciproca tra stati membri nei trasferimenti Dublino: tra aperture e punti fermi fissati dalla corte di giustizia all'alba dell'accordo sul nuovo patto*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2024, pp. 1-29.

La CGUE osserva che l'art. 4, § 1 del regolamento Dublino III riconosce tale diritto «[n]on appena sia presentata una domanda di protezione internazionale» ex art. 20, § 2 dello stesso regolamento. Quest'ultima norma chiarisce che una domanda di protezione internazionale è «presentata» quando le autorità competenti dello Stato membro interessato ricevono l'apposito formulario o il verbale, senza specificare se si tratta di una prima domanda o di domande successive. La CGUE aggiunge poi che l'art. 20 precede le sezioni II e III sui procedimenti di presa e ripresa in carico e che, quindi, deve ritenersi applicabile ad entrambi i procedimenti.

Nonostante i procedimenti di ripresa in carico in questione rispondono a fattispecie diverse, la CGUE afferma che le autorità italiane avrebbero dovuto consegnare l'opuscolo informativo a prescindere dal fatto che i richiedenti lo avessero già ricevuto in base alla prima richiesta d'asilo. Nel caso di GE, inoltre, la CGUE sottolinea la necessità di consegnare l'opuscolo dell'Allegato X (parti A e B sulla tutela del trattamento dei dati personali registrati nell'Eurodac e sul trasferimento del richiedente di protezione internazionale) così come l'opuscolo dell'Allegato XIII, che riguarda solo i migranti intercettati nel territorio di uno Stato membro in situazione irregolare le cui impronte biometriche sono trasmesse all'Eurodac (ma non ivi conservate). Come osservato dall'AG Kokott nelle sue conclusioni,⁹ «un obbligo informativo selettivo» non si concilierebbe con gli obiettivi del Sistema Dublino e sarebbe anche difficile da realizzare. È «generalmente difficile per le autorità del secondo Stato membro verificare se i richiedenti hanno già ricevuto una volta l'opuscolo informativo».

Per giustificare la sua decisione, la CGUE ricorda che durante il procedimento di ripresa in carico il migrante può ancora apportare elementi di prova decisivi che metterebbero in discussione la decisione sullo Stato membro competente nel rispetto delle norme del regolamento Dublino III. La CGUE confuta le pretese del governo italiano e della Commissione europea in merito alla sentenza *H. e R.*¹⁰ e chiarisce che, in linea di principio, lo Stato membro di fronte al quale è presentata una seconda domanda di protezione internazionale non è tenuto, nell'ambito di un procedimento di ripresa in carico, a determinare se lo Stato membro richiedente è “competente” per esa-

⁹ CGUE, Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott del 20 aprile 2023, *Ministero dell'Interno (Brochure commune - Refoulement indirect)*, C-228/21, C-254/21, C-297/21, C-315/21 e C-328/21, EU:C:2023:316.

¹⁰ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 2 aprile 2019, *H.R.*, C-582/17 e C-583/17, EU:C:2019:280.

minare una domanda ai sensi del Capo III del regolamento Dublino III. Infine, la CGUE ricorda che il criterio della competenza di cui all'art. 20, § 5 può essere invocato dall'interessato in seguito ad elementi di prova che dimostrino la competenza dello Stato membro richiedente. In questo caso, lo Stato membro richiedente deve astenersi dall'adottare una richiesta di ripresa in carico in virtù del principio di leale cooperazione (art. 4, § 3 TUE¹¹).

In seguito, la CGUE estende le sue conclusioni sull'art. 4 all'art. 5 del regolamento Dublino III. Questa norma, secondo la CGUE, «costituisce il modo per verificare che tale interessato comprenda le informazioni contenute in tale opuscolo». Pertanto, il colloquio personale previsto dall'art. 5 del regolamento Dublino III non solo agevola il procedimento di determinazione dello Stato membro competente, ma soprattutto permette di verificare la corretta comprensione delle informazioni fornite al richiedente di protezione internazionale, mediante l'opuscolo informativo. I co-legislatori, tuttavia, non hanno regolato le conseguenze che discendono dall'inadempimento dell'obbligo di realizzare il colloquio personale. La CGUE traccia quindi un parallelismo con la sentenza *Addis*¹² per decidere che, nel caso di ripresa in carico ex art. 18, § 1, d) del regolamento Dublino III, il migrante può essere esposto a conseguenze non meno gravi di quelle di un rifugiato la cui (seconda) domanda di protezione internazionale è stata dichiarata inammissibile, senza essere stato ascoltato ex artt. 14, 15 e 34 della direttiva procedure.¹³ Nel caso in esame, infatti, la persona incorrerebbe nel rischio di «[...] allontanamento da parte dello Stato membro richiesto verso il suo paese di origine». Di conseguenza, la decisione di trasferimento dovrebbe essere annullata in mancanza del colloquio personale previsto dall'art. 5, «[...] a meno che la normativa nazionale consenta all'interessato, nell'ambito di detto ricorso, di esporre di persona tutti i suoi argomenti avverso tale decisione nel corso di un'audizione che rispetti le condizioni e le garanzie enunciate in detto articolo 5, e che tali argomenti non siano atti a modificare detta decisione».

¹¹ Versione consolidata del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea Trattato sull'Unione europea (versione consolidata) Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (versione consolidata) Protocolli Allegati del trattato sul funzionamento dell'Unione europea Dichiarazioni allegata all'atto finale della conferenza intergovernativa che ha adottato il trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007 Tavole di corrispondenza, GU C 202 del 7.6.2016, pp. 1/388.

¹² CGUE, sentenza del 16 luglio 2020, *Milkiyas Addis*, C-517/17, EU:C:2020:579.

¹³ 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), GU L 180 del 29.6.2013, pp. 60/95.

Nell'ipotesi in cui, invece, il colloquio personale dell'art. 5 del regolamento Dublino III sia stato effettuato, ma l'interessato non abbia ricevuto l'opuscolo informativo degli Allegati X o XIII, la CGUE si rifà al principio di effettività e conclude che il procedimento è viziato—i.e., la decisione di trasferimento è impugnabile—quando la consegna dell'opuscolo ha impedito all'interessato di allegare i propri argomenti, senza così poter influire sulla decisione di trasferimento.

In sostanza, promuovendo la partecipazione dell'individuo nel procedimento amministrativo (come auspicato dal Parlamento europeo nella proposta sulla gestione dell'asilo e della migrazione¹⁴) gli artt. 4 e 5 del regolamento Dublino III, e l'art. 29 del regolamento Eurodac, si inserirebbero tra le garanzie procedurali volte a tutelare il diritto a un ricorso effettivo ex art. 47 della CDFUE (cfr. *État belge*¹⁵). Una loro violazione non comporterebbe la nullità della decisione di trasferimento *tout court*, ma ne legittimerebbe l'impugnazione in virtù dell'art. 27, § 1 del regolamento Dublino III. È in questa sede, contenziosa, che il giudice nazionale è tenuto a valutare le conseguenze derivanti dall'inadempimento degli obblighi d'informazione¹⁶.

2.2. *Sul non refolement indirecto nel quadro del Sistema Dublino*

Il secondo punto analizzato dalla CGUE parte da una premessa fondamentale: la CGUE esclude una violazione del principio del non respingimento indiretto quando la decisione di trasferimento concerne due Stati membri, a meno che lo Stato membro competente presenti «carenze sistemiche» ex art. 3, § 2 del regolamento Dublino III. Questa disposizione, si ricorda, era stata inserita nel regolamento Dublino III in seguito alla sentenza *N.S.* già citata in deroga al principio di fiducia reciproca (art. 2 TUE). Il vincolo (apparentemente indissolubile¹⁷) tracciato dalla CGUE tra il principio del non respingimento a quello di «carenze sistemiche» ha sollevato critiche¹⁸ poiché la

¹⁴ Disponibile al sito https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0152_EN.html, accesso al 16 febbraio 2025.

¹⁵ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 15 aprile 2021, *État belge*, C-194/19, EU:C:2021:270.

¹⁶ S. MARINAI, cit. p. 14.

¹⁷ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 19 marzo 2019, *Abubacarr Jawo*, C-163/17, EU:C:2019:218.

¹⁸ M. FERRI, *Nel nome della fiducia reciproca! La Corte di Giustizia si pronuncia sul rischio di refolement indirecto nei trasferimenti Dublino: l'unica (e sempre più restrittiva) eccezione*

CGUE giunge ad una decisione precipitosa ove la fiducia reciproca prevale sul diritto inter- e sovranazionale a tutela dei diritti umani.

Nello specifico, la CGUE ha affermato che lo Stato membro richiedente non può mettere in discussione l'opinione divergente delle autorità giudiziarie degli Stati membri competenti in merito al riconoscimento o meno dello status di rifugiato (o beneficiario di protezione internazionale). Così, la CGUE ignora che le autorità svedesi e tedesche avevano respinto le domande d'asilo di DG e PP ex art. 8 della direttiva qualifiche (i.e. per sussistere protezione dei cittadini di paesi terzi all'interno del paese d'origine), sebbene le autorità italiane avrebbero riconosciuto loro protezione sussidiaria ex art. 15, c) della stessa direttiva. Non essendo stata esplicitamente messa in discussione l'esistenza di «carenze sistemiche» nei procedimenti d'asilo e di accoglienza di Svezia e Germania, la CGUE vieta alle autorità giudiziarie dello Stato membro richiedente di rivalutare lo standard di protezione del paese d'origine. In definitiva, la CGUE impone ai giudici italiani di presumere, *iuris tantum*, la corretta valutazione del rischio da parte delle altre autorità degli Stati membri; questa valutazione può essere contestata, tutt'al più, nel momento in cui il richiedente impugna la decisione di rimpatrio ex art. 47 CDFUE. La CGUE lascia intendere che, in via eccezionale, l'opinione divergente delle autorità giudiziarie potrebbe essere motivo d'invalidità della decisione di trasferimento¹⁹. Anche in questo caso però il giudice dello Stato richiedente avrebbe la sola facoltà (ma non l'obbligo) di esaminare la domanda di protezione internazionale quando disapprova la valutazione dello Stato membro competente circa il «rischio di *refoulement* dell'interessato». Lo stesso giudice non potrebbe invece obbligare lo Stato membro competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale «per il motivo che esiste, secondo tale giudice, un rischio di violazione del principio di non-*refoulement* nello Stato membro richiesto». In modo analogo, la clausola discrezionale sancita dall'art. 17, § 1 del regolamento Dublino III non obbligherebbe lo Stato membro richiedente a dichiararsi competente nel caso di un rischio di *refoulement* indiretto, sebbene la dottrina interpreti in senso restrittivo le maglie della discrezionalità esercitabili dalle autorità nazionali competenti.

Per escludere qualsiasi ipotesi di vulnerabilità del migrante nel caso di trasferimento verso gli Stati membri competenti di Svezia e Germania, la

delle carenze sistemiche e le (limitate) prerogative del giudice nazionale, in *Eurojus*, n. 1/2024, pp. 40-80, p. 45.

¹⁹ S. MARINAI, cit. p. 25.

CGUE fa leva sulla possibilità che l'interessato impugni la decisione di rigetto della domanda d'asilo, sorvolando sulla questione della natura sospensiva del ricorso²⁰. Questo ragionamento non tiene conto del rischio incorso da XXX.XX (più elevato rispetto a DG e PP) la cui domanda di protezione internazionale era stata definitivamente respinta dalla Germania, e seguita da un ordine di espulsione definitivo. Pur ammettendo l'integrità delle procedure d'asilo e delle condizioni d'accoglienza dei richiedenti di protezione internazionale di Svezia e Germania, la CGUE non entra nel merito della competenza statale per determinare il livello di protezione offerto dal paese (o una sua parte) verso il quale i richiedenti asilo sono *refoulées*. Questa competenza fa sì che, da un punto di vista sostanziale, la decisione sul merito possa divergere notevolmente da un'Unità Dublino ad un'altra; proceduralmente, gli Stati membri possono implementare protocolli di ritorno accelerati o prioritari verso un paese terzo «sicuro»²¹, quali ad esempio l'inammissibilità della domanda d'asilo per manifesta infondatezza (art. 33, § 2, c), della direttiva procedure e *Ibrahim* per la Germania²²).

La sentenza *D.G. et al. c. Ministero dell'Interno* è inoltre criticabile perché si allontana dalla giurisprudenza della Corte EDU sul divieto di respingimento tanto in forma diretta²³ quanto indiretta²⁴—i.e., tra Stati parte della Convenzione europea dei diritti umani²⁵ (CEDU)—alla luce dell'art. 3 della CEDU. Secondo la Corte EDU, l'analisi del rischio cambia a seconda del fatto che lo Stato nel quale è stata adottata la decisione di respingimento abbia esaminato la domanda d'asilo, o meno. Nel primo caso, e una volta accertata la fondatezza della domanda, lo Stato che respinge il cittadino, seppur indirettamente, deve analizzare l'esistenza di un "rischio" di maltrattamento nel paese d'origine, o nel paese verso il quale la persona viene espulsa; nel secondo caso, invece, lo Stato del respingimento deve esaminare «in modo ap-

²⁰ COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO, *The challenges and opportunities of the asylum system in Sweden*, Madrid, 2019, pp. 1 e 20, e COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO, *The challenges faced by the German asylum system*, Madrid, 2019, p. 13.

²¹ Cfr. ad esempio CGUE, sentenza del 25 luglio 2018, *A c. Migrationsverket*, C-404/17, EU:C:2018:588, per la Svezia.

²² CGUE, sentenza del 19 marzo 2019, *Bashar Ibrahim*, C-297/17, C-318/17, C-319/17 e C-438/17, EU:C:2019:219.

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

²⁴ Corte Edu, decisione del 7 marzo del 2000, *T.I. c. Regno Unito*, ric. n. 43844/98.

²⁵ Convenzione europea dei diritti umani, 4 novembre 1950, E.T.S. 005, entrata in vigore il 3 settembre 1953.

profondito» il «rischio reale che al richiedente asilo sia negato l'accesso, nel paese terzo ricevente, a una procedura di asilo adeguata, che lo protegga dal respingimento»²⁶. In sostanza, se le domande dei ricorrenti fossero state dichiarate inammissibili, l'Italia avrebbe dovuto prendere in considerazione l'assenza di una decisione sul merito e, quindi, valutare se e in che termini i ricorrenti avrebbero potuto accedere a una procedura d'asilo adeguata nel paese terzo ricevente. Se, invece, le loro domande fossero state analizzate e poi respinte, l'Italia avrebbe dovuto ponderare l'esistenza di un "rischio" di maltrattamento sia nello Stato richiesto, sia nel paese (d'origine o terzo) verso il quale la persona sarebbe stata espulsa. Infine, se le garanzie fossero risultate insufficienti, l'art. 3 della CEDU avrebbe impedito l'allontanamento del richiedente asilo a prescindere dal carattere diretto o indiretto del respingimento. A ciò si aggiunge il fatto che la sottomissione del migrante a maltrattamenti da parte dell'Italia indurrebbe alla sua corresponsabilità agli occhi della Corte EDU.²⁷ Secondo la CGUE, invece, il giudice dello Stato membro richiedente deve «[...] ritenere acquisito il fatto che l'autorità competente in materia di asilo dello Stato membro competente valuterà e determinerà correttamente il rischio di *refoulement*, nel rispetto dell'articolo 19 della Carta, e che il cittadino di paese terzo disporrà, conformemente alle prescrizioni derivanti dall'articolo 47 della Carta, di mezzi d'impugnazione effettivi per contestare, se del caso, la decisione di detta autorità al riguardo». Nel complesso, il ragionamento della CGUE secondo il quale il principio del non respingimento è strettamente vincolato al concetto di «carenze sistemiche» non sottrarrebbe lo Stato italiano ad una sentenza di condanna ex art. 3 della CEDU.

²⁶ Cfr. Corte Edu, sentenza del 14 dicembre 2020, *M.K. et al. c. Polonia*, ric. n. 40503/17, 42902/17 e 43643/17, § 174 e § 131.

²⁷ Cfr. Corte Edu (Grande Sezione), sentenza del 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ric. n. 30696/09, § 358.

LA DETENZIONE AMMINISTRATIVA

L'HABEAS CORPUS DEI MIGRANTI SECONDO LA CONSULTA, OVVERO: IL RITRATTO DI UN DIRITTO FONDAMENTALE SEMPRE PIÙ SBIADITO?

Lorenzo Bernardini*

SOMMARIO: 1. La vicenda – 2. La questione di legittimità costituzionale – 3. La decisione – 4. Brevi considerazioni a margine – 4.1. Un richiamo normativo inconfondibile – 4.2. Un'interpretazione teleologica necessaria – 4.3. Possibile incompatibilità della normativa italiana con il diritto eurounitario.

1. La vicenda

Un cittadino tunisino, W.H., irregolarmente presente sul territorio italiano, veniva raggiunto da un provvedimento di espulsione, cui si accompagnava la misura del trattenimento¹ presso il Centro di Permanenza per il Rimpatrio (c.p.r.) di Milano. La detenzione amministrativa, finalizzata al rimpatrio, veniva tempestivamente convalidata dal giudice di pace competente, secondo la scansione temporale prevista dall'art. 14, co. 3, del Testo Unico sull'Immigrazione (t.u.i.), il quale dispone che «il questore del luogo in cui si trova il centro trasmette copia degli atti al giudice di pace territorialmente competente, per la convalida, senza ritardo e comunque entro le quarantotto ore dall'adozione del provvedimento».²

* Postdoctoral Researcher in Criminal Law and Criminal Procedure, Università di Lussemburgo. Attualmente *Visiting Scholar* presso la Columbia Law School, Columbia University in the City of New York (*spring semester 2025*).

¹ O «detenzione amministrativa», come definita dalla dottrina più attenta alla conformazione simil-carceraria della misura. Tra gli altri, E. VALENTINI, *Detenzione amministrativa dello straniero e diritti fondamentali*, Torino 2018, e R. PALLADINO, *La detenzione dei migranti. Regime europeo, competenze statali, diritti umani*, Napoli 2018. Ritiene che l'adozione dell'attributo «amministrativa» sia un «eufemismo inaccettabile, perché la privazione di libertà personale è sempre sanzione penale o misura cautelare penale e dovrebbe essere presidiata dalle relative garanzie», A. CAVALIERE, *Diritto penale massimo e diversione discrezionale? Un'ipotesi su neoliberalismo e politica criminale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, n. 3-4/2017, p. 439. Sulla natura sostanzialmente penale della detenzione amministrativa, sia consentito il rinvio a L. BERNARDINI, *Administrative Immigration Detention as a Punitive Measure: Is it Time for a New Standpoint?*, in A. DI STASI-R. PALLADINO-A. FESTA (a cura di), *Migrations, Rule of Law and European Values*, Napoli 2023, pp. 231-257.

² Corsivo aggiunto.

Il 25 ottobre 2022, W.H. presentava una domanda di protezione internazionale, che veniva immediatamente trasmessa alla questura. Nonostante ciò, egli permaneva nel C.P.R. per ulteriori sei giorni, fino a quando, il 31 ottobre 2022, veniva adottato un nuovo provvedimento di trattenimento, motivato dalla ritenuta strumentalità della richiesta di protezione. Tale possibilità è espressamente contemplata dall'ordinamento: il richiedente protezione internazionale già trattenuto a fini di rimpatrio «rimane nel centro quando vi sono fondati motivi per ritenere che la domanda [di protezione internazionale] è stata presentata al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione del respingimento o dell'espulsione»³.

Il secondo trattenimento veniva convalidato dal Tribunale di Milano il 2 novembre 2022, in applicazione dell'art. 6, co. 5, del d.lgs. 142/2015, il quale rinvia, per le tempistiche della convalida, all'art. 14, co. 3, t.u.i.: anche in questo caso, la misura restrittiva doveva essere sottoposta al vaglio giurisdizionale entro quarantotto ore dall'adozione.

Per il tramite del suo difensore, W.H. impugnava la convalida dinanzi al medesimo Tribunale, lamentando di essere stato trattenuto illegittimamente per sei giorni dalla presentazione della domanda di protezione internazionale, prima che il questore adottasse il secondo provvedimento di trattenimento.⁴

In tale contesto, il giudice milanese sospendeva il procedimento e sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, co. 5, d.lgs. 142/2015, ritenendolo in contrasto con l'art. 13, co. 3, Cost., nella parte in cui rinvia «per quanto compatibile» alla disciplina dell'art. 14 T.U.I., con particolare riferimento ai termini per la convalida della misura restrittiva.

2. La questione di legittimità costituzionale

L'ordinanza del giudice rimettente⁵ muove dalla constatazione secondo cui, se la privazione di libertà dello straniero *irregolare* deve essere comunica-

³ Ai sensi dell'art. 6, co. 3, d.lgs. 142/2015.

⁴ Il lasso temporale considerato inizia il 25 ottobre 2022 (presentazione della domanda di protezione internazionale) e termina il 31 ottobre 2022 (emissione del secondo ordine di trattenimento a carico di W.H.). In questi sei giorni, lamentava la difesa di W.H., lo straniero rimase comunque trattenuto nel c.p.r. di Milano, senza tuttavia che vi fosse un titolo legittimo per giustificare la sua privazione di libertà.

⁵ Il contenuto integrale dell'ordinanza è disponibile al seguente URL: <https://bit.ly/4b9E7ri>.

ta all'autorità giudiziaria *entro quarantotto ore dall'adozione del provvedimento di trattenimento* (e cioè dal momento in cui l'azione coercitiva viene esercitata nei confronti di un soggetto inizialmente libero), nel caso dell'irregolare già *in vinculis* che diviene richiedente risulterebbe problematico applicare lo stesso paradigma. Questo perché, adottando il medesimo approccio, l'adozione dell'ulteriore provvedimento detentivo a carico del (neo-)richiedente sarebbe rimessa, di fatto, alla *discrezionalità del questore*, che potrebbe determinarsi entro un lasso di tempo che superi il periodo di quarantotto ore previsto in Costituzione, durante il quale lo straniero – che nel frattempo ha cambiato il proprio *status* – rimane comunque trattenuto.

Nella prospettiva del rimettente, una normativa che consentisse l'adozione del provvedimento restrittivo anche oltre il limite di quarantotto ore dall'effettiva imposizione della forza nei confronti del soggetto interessato si porrebbe in chiara frizione con il principio costituzionale di *habeas corpus*. Secondo lo stesso, infatti, è dal momento che lo straniero irregolare diviene “richiedente protezione internazionale” che dovrebbe decorrere il termine di quarantotto ore concesso al questore per: (i) vagliare la strumentalità della domanda; (ii) redigere il nuovo provvedimento restrittivo e, (iii) trasmettere gli atti al tribunale competente.

La stringatezza della procedura sarebbe costituzionalmente imposta poiché, dal momento di acquisizione dello status di “richiedente”, il pregresso titolo detentivo – legittimo *ab origine* – cessa *ex nunc* di riverberare ogni effetto. Di qui l'incostituzionalità del rinvio operato dall'art. 6 comma 5 d.lgs. 142/2015 all'art. 14 t.u.i. «per quanto compatibile», in quanto tale richiamo comporterebbe l'applicazione, anche per il richiedente, del termine di convalida giudiziaria di quarantotto ore a partire dall'adozione del provvedimento detentivo (e non, quindi, dall'effettiva manifestazione di volontà dello straniero di domandare la protezione internazionale).

3. La decisione

La Corte costituzionale respinge le doglianze del giudice rimettente, addivenendo ad una decisione di inammissibilità, motivata dalla ricostruzione incompleta del quadro normativo rilevante per la causa *de qua* proposta dal giudice del rinvio, accusato di aver «omesso di farsi carico della norma (...) che contempla specificamente la fattispecie del giudizio *a quo*», vale a dire l'ultimo periodo dell'art. 6 comma 5 d.lgs. 142/2015. Quest'ultima disposizione, da un lato, prevede che i termini del primo provvedimento restrittivo

siano sospesi non appena la domanda di protezione viene presentata e, dall'altro, impone al questore di sollecitare la convalida del nuovo provvedimento a carico del neo-richiedente alla sezione specializzata in materia di immigrazione presso il Tribunale competente. In tale contesto, il primo termine di quarantottore previsto all'art. 13, co. 3 Cost. «non può che decorrere dalla data di *adozione del provvedimento*, posto che quest'ultimo [c]ostituiscie l'oggetto [della convalida stessa]».⁶

La Corte costituzionale, poi, rileva come l'art. 6, co. 5, d.lgs. 142/2015 non consenta all'autorità giudiziaria di pronunciarsi sulla «carezza del titolo restrittivo» nel periodo intercorso tra la presentazione della domanda di protezione e l'adozione del (secondo) provvedimento restrittivo. Sebbene siffatto periodo «nella prassi [possa] durare a lungo», la Consulta pare categorica nell'escludere che, nel caso in esame (sei giorni), ciò sia accaduto. In ogni caso, il Giudice delle Leggi impone al giudice della convalida di interpretare la summenzionata norma al fine di evitare «prassi applicative distorte» che possano portare ad un prolungamento eccessivo, quando non indefinito, della privazione di libertà personale patita dal migrante⁷.

4. *Brevi considerazioni a margine*

La decisione di inammissibilità adottata dalla Consulta non pare persuasiva sotto diversi profili, alla luce sia del diritto interno che di quello eurounitario.

4.1. *Un richiamo normativo inconferente*

Va rilevato, sin da ora, che il richiamo della Corte costituzionale all'art. 6, co. 5 d.lgs. 142/2015 appare inconferente nella vicenda *de qua*.

La norma invocata dispone la sospensione dei termini massimi di detenzione dello straniero “irregolare” (diciotto mesi) una volta che lo stesso assume la qualità di “richiedente”. Anzitutto, ciò confermerebbe che, da quel

⁶ Corsivo aggiunto.

⁷ Per un primo commento, si v. P. RAFAIANI, *Tempi del trattenimento e “prassi applicative distorte”: la Corte costituzionale “sfiora” la disciplina della detenzione amministrativa dei migranti. Nota a Corte cost., sentenza n. 212 del 2023*, in Osservatorio AIC, n. 3/2024, pp. 270-282;

momento in avanti, il pregresso titolo detentivo perde efficacia *ex nunc* (!), avallando la tesi del Tribunale di Milano. In secondo luogo, se è vero che, per certi versi, tale norma regola la situazione dello straniero già *in vinculis*, va però rilevato che nulla dispone in materia di tempistiche della convalida del nuovo periodo di trattenimento.

Poiché il giudice del rinvio incentra il proprio quesito su tale problematica, non si comprende come possa tale disposizione fornire una risposta esauritiva alle sollecitazioni del magistrato rimettente, le quali – al contrario – paiono rimaste senza risposta.

4.2. *Un'interpretazione teleologica necessaria*

La Corte costituzionale, inoltre, si confronta essenzialmente con il tenore *letterale* dell'art. 13, co. 3 Cost. che, effettivamente, impone il rispetto del primo termine di quarantottore, a partire dall'adozione del provvedimento detentivo.

Tuttavia, siffatta impostazione risente di un presupposto di fondo: i Costituenti si riferivano, chiaramente, alle quarantottore decorrenti a partire dal momento – coincidente con l'adozione del provvedimento in esame – in cui un individuo *inizialmente libero* venga privato della propria libertà personale. La procedura di convalida, in quest'ottica, svolgerebbe la funzione centrale di attribuire validità alla privazione di libertà già imposta all'interessato. Non è un mistero, infatti, che suddetta norma costituzionale nasca proprio per ridurre al minimo la discrezionalità delle autorità procedenti (amministrativa e giudiziaria) in una fase delicatissima, quale quella dell'imposizione del potere coercitivo dello Stato nei confronti di un individuo *inizialmente libero*.⁸

Ecco, allora, che la *ratio* dell'art. 13, co. 3 Cost. diviene centrale nel caso in esame. Infatti, W.H. era *già ristretto* al momento del cambiamento di *status*. Non potendo più essere detenuto a scopo di rimpatrio – in quanto i “richiedenti” vanno privati della libertà personale secondo un regime diverso rispetto a quello degli “irregolari” – appare evidente che il *momento* preciso in cui W.H. è stato *de facto* detenuto in quanto “richiedente” ha cominciato

⁸ G. SAVIO, *Controllo giurisdizionale e diritto di difesa degli stranieri trattenuti presso i centri di permanenza temporanea*, in *Dir. imm. citt.*, n. 1/2000, p. 68. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, normativi e dottrinali, sia consentito il rinvio a L. BERNARDINI, *Soglie temporali ed eclissi della libertà personale: una (non convincente) decisione sulla convalida giudiziaria dei provvedimenti detentivi*, in *Giur. cost.*, n. 4/2023, p. 2529 ss.

a decorrere con la presentazione della domanda di protezione internazionale, trasmessa alla Questura in pari data⁹.

In tale frangente, la soluzione proposta dalla Consulta appare conferire indebitamente la più ampia discrezionalità all'autorità amministrativa. Infatti, il Giudice delle Leggi conferma che il primo termine di quarantotto ore decorre dal momento in cui il Questore dispone la (ulteriore) detenzione del "richiedente" (già ristretto in quanto "irregolare"). Tuttavia, la Consulta non specifica in alcun modo *entro quali scansioni temporali* il Questore debba pronunciarsi a tal fine (ciò che, invero, era proprio il "cuore" del quesito posto dal giudice rimettente).

Ed allora: non infrequente potrebbe essere la situazione di quel questore che, oberato di lavoro e sguarnito di adeguato personale, disponga il trattenimento di un migrante neo-richiedente, già ospitato presso un c.p.r., financo due o tre settimane dopo l'inoltro della domanda di protezione internazionale da parte dello stesso. Pratica pienamente legittima, riprendendo il ragionamento della Consulta, secondo cui è la mera adozione del provvedimento a definire l'inizio del decorso del termine di quarantotto ore¹⁰.

4.3. *Possibile incompatibilità della normativa italiana con il diritto eurounitario*

Infine, e sebbene il giudice del rinvio abbia ritenuto più opportuno sollecitare, in prima battuta, la risposta del Giudice delle Leggi, parrebbero residuare numerosi spiragli per poter adire la Corte di Giustizia dell'Unione europea, nell'ambito della procedura di rinvio pregiudiziale. L'intervento della Corte di Lussemburgo, peraltro, sembrerebbe ancor più necessario a seguito della declaratoria di inammissibilità che qui si commenta.

Su quali basi andrebbe dunque chiamato in causa l'organo nomofilattico dell'Unione europea? E quali norme del diritto sovraordinato rileverebbero nel caso di specie?

Va ricordato, in primo luogo, che il d.lgs. 142/2015 — entro cui è ricompre-

⁹ F. ASTA-C. CAPRIOGLIO, *Per giusta decisione. Riflessioni sul controllo giurisdizionale del trattenimento degli stranieri*, in *Mat. st. cult. giur.*, n. 2/2017, p. 566. Similmente, M. BENVENUTI, voce *Libertà personale*, in C. PANZERA-A. RAUTI (a cura di), *Dizionario dei diritti degli stranieri*, Napoli, 2020, p. 422. Nota che il meccanismo della convalida ex art. 14 t.u.i. sia stato previsto «sulla falsariga della convalida del fermo e dell'arresto», G. SAVIO, *Controllo giurisdizionale*, cit., p. 64.

¹⁰ Sulla discrasia tra siffatta interpretazione dell'art. 13, co. 3 Cost. e la disciplina codicistica che ad esso si sarebbe apertamente ispirata, L. BERNARDINI, *Soglie temporali*, cit., p. 2530 ss.

sa la norma contestata (art. 6, co. 5) — è fonte che attua nel sistema giuridico italiano la dir. 2013/33/UE «recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione)». Scorrendo le varie disposizioni, ci si accorge immediatamente che il legislatore eurolunitario ha fissato una serie di regole in materia di controllo giurisdizionale del trattenimento del richiedente protezione internazionale. La norma su cui bisogna concentrarsi è l'art. 9 dir. 2013/33, rubricato «garanzie per i richiedenti trattenuti». Al par. 3, in particolare, viene imposto un ben preciso onere procedimentale agli ordinamenti nazionali: quando si tratta di trattenimento disposto in prima battuta dall'autorità amministrativa — come accade in Italia — gli Stati membri sono obbligati a disporre un meccanismo di convalida giudiziaria, d'ufficio e/o su domanda del richiedente. Qualora, però, siffatto Stato membro abbia optato per un vaglio officioso — è ancora il caso dell'ordinamento italiano — tale verifica va assicurata «il più rapidamente possibile a partire dall'inizio del trattenimento stesso».

Già così, la normativa eurolunitaria fornisce una interpretazione piuttosto chiara delle scansioni temporali che dovrebbero circondare il procedimento di *judicial review* del provvedimento detentivo. Ciò sarebbe confermato dal fatto che, per giurisprudenza consolidata, l'art. 9 dir. 2013/33 è munito di effetto diretto, in quanto incondizionato e sufficiente preciso¹¹.

Risulta a chiare lettere, quindi, che incomba sulle giurisdizioni nazionali un onere ben preciso di garantire una *judicial review* del titolo detentivo che sia il più celere possibile a partire dall'apprensione fisica dell'interessato in quanto «richiedente».

In secondo luogo, va menzionato che, dall'interpretazione della Corte di Giustizia, si può dedurre — in maniera ben più chiara rispetto alla Consulta — che il momento iniziale del trattenimento del neo-richiedente va collocato nell'istante in cui egli muta il suo *status* di irregolare, e cioè quando manifesta la volontà di chiedere la protezione internazionale.

Infatti, i due regimi di trattenimento — quello a scopo di rimpatrio, e quello a carico del richiedente — sono *differenti* in quanto a base giuridica e presupposti¹². Ciò è stato ulteriormente confermato dalla giurisprudenza successiva.

I Giudici di Lussemburgo hanno specificato che «un richiedente asilo,

¹¹ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 14 maggio 2020, *FMS et al.*, C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367, § 288, commentata in L. BERNARDINI, «Libertà va cercando...». Una detenzione «atipica», uno «scontro» tra Corti: quali prospettive per i migranti detenuti in Europa?, in *Leg. pen.*, 3 dicembre 2020.

¹² CGUE, sentenza del 30 novembre 2009, *Kadzoev*, C-357/09 PPU, EU:C:2009:741, § 45.

indipendentemente dal rilascio di un titolo [di soggiorno], ha il diritto a rimanere nel territorio dello Stato membro di cui trattasi fino a che la sua domanda [di protezione internazionale] sia stata respinta in primo grado e *non può quindi essere considerato in "soggiorno irregolare"* ai sensi della direttiva 2008/115, mirando quest'ultima ad allontanarlo da tale territorio»¹³.

Solo a seguito del rigetto *in prime cure* di siffatta domanda, il soggiorno dello straniero può essere considerato "irregolare" ai sensi della dir. 2008/115. Ma con una importante precisazione: qualora il migrante impugni tale rigetto, «lo Stato membro interessato [deve garantire] la *sospensione di tutti gli effetti giuridici* della decisione di rimpatrio nelle more dell'esito del ricorso»¹⁴. Pertanto, la possibilità di detenere lo straniero ai fini di rimpatrio in tale frangente temporale risulta espressamente preclusa alle autorità¹⁵.

Ecco, allora, il punto di caduta della giurisprudenza della Corte di Giustizia: il richiedente non può essere considerato, di regola, come irregolarmente soggiornante, e quindi il titolo detentivo per mantenerlo legittimamente in un centro deve essere *diverso* da quello che lo privava della libertà per motivi connessi al rimpatrio.

In definitiva, l'art. 6, co. 5, d.lgs. 142/2015, nell'interpretazione datane dalla Consulta con la sentenza in commento, potrebbe porsi in contrasto con il contenuto preciso ed incondizionato dell'art. 9, par. 3, dir. 2013/33. Lo stesso, in altri termini, osterebbe ad una normativa nazionale come quella italiana, la quale prevede che la convalida giudiziaria del trattenimento del richiedente protezione internazionale – già detenuto in quanto "irregolare" ai sensi dell'art. 15 della dir. 2008/115 – debba essere operata entro quarantotto ore dall'adozione formale del relativo provvedimento da parte dell'autorità amministrativa, e *non* dal momento in cui il cittadino di Paese terzo abbia manifestato la volontà di presentare domanda di protezione internazionale, sebbene lo straniero rimanga *de facto* confinato nel centro nel periodo intercorrente tra la presentazione di siffatta domanda e l'adozione del nuovo provvedimento restrittivo.

¹³ CGUE, sentenza del 30 maggio 2013, Arslan, C-534/11, EU:C:2013:343, § 48, corsivo aggiunto.

¹⁴ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 19 giugno 2018, Gnandi, C-181/16, EU:C:2018:465, § 61, corsivo aggiunto.

¹⁵ *Ivi*, § 62.

LA “VALUTAZIONE CASO PER CASO” NEL TRATTENIMENTO
DEI RICHIEDENTI PROTEZIONE INTERNAZIONALE:
ATTIVITÀ VINCOLATA O DISCREZIONALE?

Giampiero Cassola*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La procedura di frontiera nella direttiva 33/2013/UE e l'interpretazione della Corte di Giustizia – 3. La disciplina interna sul trattenimento dello straniero durante lo svolgimento della procedura di frontiera: decisione vincolata o discrezionale? – 4. La procedura di frontiera nel Nuovo Patto su migrazione e asilo – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Con le ordinanze interlocutorie dell'8 febbraio 2024, nn. 3562 e 3563, le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione hanno sottoposto ex art. 267 TFUE alla Corte di Giustizia UE la questione di compatibilità della normativa nazionale in materia di procedura di frontiera e di trattenimento del richiedente protezione internazionale con gli artt. 8 e 9 della direttiva 2013/33/UE (c.d. direttiva accoglienza)¹.

Uno dei problemi alla base della questione sollevata riguarda la natura giuridica dello schema definito dalla direttiva accoglienza per lo svolgimento della procedura di frontiera: schema che dovrebbe adeguatamente bilanciare l'interesse pubblico a controllare l'ingresso nel territorio dell'area Schengen con l'interesse individuale del richiedente alla libertà personale e alla libertà di circolazione.

Il problema di fondo – di rilevanza costituzionale, oltre che di compatibilità con il diritto UE – è se un tale bilanciamento di interessi possa essere effettuato *ex ante*, a livello legislativo, rinviando al piano amministrativo un mero accertamento dei requisiti per l'applicazione della procedura di frontiera, così configurando il trattenimento come decisione del tutto o in larga parte vincolata; oppure se, al contrario, detto bilanciamento debba essere assicurato e garantito a livello amministrativo, secondo uno schema legislativo di tipo discrezionale che conceda all'amministrazione margini di valutazione e ponderazione in ordine all'opportunità del trattenimento.

* Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo, Università della Tuscia.

¹ Cass. civ., sez. Unite, ordinanze interlocutorie, 8 febbraio 2024, nn. 3562 e 3563.

In attesa della decisione della Corte di Giustizia e dell'entrata in vigore del Nuovo Patto su migrazione e asilo (le cui norme diventeranno efficaci a partire dal 12 giugno 2026), si intende indagare la natura giuridica dello schema della procedura di frontiera, nella convinzione che si tratti di un aspetto rilevante per comprendere quali margini di decisione abbia la Corte di Giustizia e quali possano essere le ricadute sull'ordinamento interno.

A tal fine, innanzitutto si analizza la giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di procedura di frontiera per individuarne gli elementi costitutivi. In secondo luogo, si esamina lo schema normativo previsto a livello interno, che pare oscillare tra profili rigidamente vincolati e incerti spazi discrezionali. Da ultimo, si guarderà ad alcune previsioni del Nuovo Patto su migrazione e asilo, per iniziare a riflettere sul prossimo meccanismo giuridico in materia.

2. *La procedura di frontiera nella direttiva 33/2013/UE e l'interpretazione della Corte di Giustizia*

L'art. 8, par. 1, della direttiva accoglienza prevede, come regola, che gli Stati membri non trattengono una persona per il solo fatto di essere un richiedente ai sensi della direttiva 2013/32/UE.

Il successivo paragrafo 3 prevede una serie di tassative eccezioni che possono giustificare il trattenimento del richiedente, tra le quali è compresa la possibilità di trattenimento per decidere, nel contesto di un procedimento, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio dello Stato (lett. c). Quest'ultima, come si vedrà, costituisce il motivo di trattenimento posto alla base della procedura di frontiera disciplinata a livello interno.

La direttiva, inoltre, rimette agli Stati membri il compito di indicare disposizioni alternative al trattenimento, come, a titolo esemplificativo, l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria o l'obbligo di dimorare in un luogo assegnato (par. 4).

Quanto al “cuore” della procedura, il par. 2 del menzionato articolo 8 dispone che «*ove necessario e sulla base di una valutazione caso per caso, gli Stati membri possono trattenere il richiedente, salvo se non siano applicabili efficacemente misure alternative meno coercitive*». Il relativo provvedimento amministrativo deve precisare le motivazioni di fatto e di diritto sulle quali si basa (art. 9, par. 2).

Le disposizioni qui richiamate devono interpretarsi alla luce dei considerando 15 e 20 della stessa direttiva, che, rispettivamente, prevedono che i richiedenti possono essere trattenuti in base ai principi di necessità e propor-

zionalità per quanto riguarda sia le modalità che le finalità di tale trattenimento (15), affinché quest'ultimo sia applicabile solo dopo che tutte le misure alternative siano state debitamente prese in considerazione (20).

Dall'esame della direttiva si ricavano tre elementi centrali della procedura di frontiera: i) il trattenimento è la misura di *extrema ratio*; ii) gli Stati membri devono prevedere misure alternative al trattenimento; iii) la valutazione caso per caso deve essere improntata ai principi di proporzionalità e necessità.

I maggiori dubbi interpretativi attengono all'ultimo punto individuato. Infatti, se pare certo che competa al legislatore definire le misure alternative che rendano il trattenimento la misura di ultima istanza, sorge più di un dubbio sul livello (amministrativo o legislativo) ove operare la valutazione caso per caso che assicuri la proporzionalità e la necessità della misura². Le differenze sono significative, non solo in ordine alla legittimità (costituzionale e comunitaria) delle scelte legislative, bensì anche in punto di garanzia del richiedente, essendo una valutazione amministrativa discrezionale, nel caso in esame, certamente più garantista³.

Per meglio comprendere la questione, occorre esaminare la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia. Quest'ultima sembra consolidata nel ritenere che l'art. 8, par. 2, della direttiva accoglienza vada inteso nel senso che «*le autorità nazionali possono trattenere un richiedente protezione internazionale solo dopo aver verificato, caso per caso, se un simile trattenimento sia proporzionato ai fini da esso perseguiti, verifica che comporta la necessità di assicurarsi, in particolare, che il ricorso al trattenimento sia utilizzato esclusivamente in ultima istanza*»⁴. In particolare, secondo la Corte di Giustizia, gli artt. 8, par. 2 e 3, e 9, par. 2, della direttiva 2013/33/UE, ostano a che un ri-

² La centralità della questione sembra a tratti emergere anche dalle ordinanze interlocutorie della Cassazione, che individuano una presunta incompatibilità tra la normativa UE e quella nazionale alla luce dell'impossibilità di operare nell'ambito della procedura di frontiera una valutazione caso per caso basata sui principi di necessità, ragionevolezza e proporzionalità.

³ B. MARCHETTI, *Vincoli sovranazionali e discrezionalità amministrativa*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5-6/2022, pp. 735-736.

⁴ CGUE, sez. I, 3 giugno 2021, C-186/21. Si veda anche CGUE, 14 maggio 2020, C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, punto 258: «*l'articolo 8, paragrafo 2, di tale direttiva prevede che il trattenimento possa avere luogo soltanto ove necessario, sulla base di una valutazione caso per caso, salvo se non siano applicabili efficacemente misure alternative meno coercitive. Ne consegue che le autorità nazionali possono trattenere un richiedente protezione internazionale solo dopo aver verificato, caso per caso, se un siffatto trattenimento sia proporzionato ai fini perseguiti*»; si confronti altresì con CGUE 14 settembre 2017, C-18/16, punto 48.

chiedente protezione internazionale sia trattenuto «*senza che la necessità e la proporzionalità di tale misura siano state previamente esaminate e senza che sia stata adottata una decisione amministrativa o giudiziaria che indichi i motivi di fatto e di diritto per i quali un siffatto trattenimento viene disposto*»⁵.

Innanzitutto, laddove parla di «*decisione amministrativa o giudiziaria*», la Corte chiarisce che compete alle autorità nazionali responsabili dell'attuazione verificare, caso per caso, se «*le misure di trattenimento siano proporzionate ai fini perseguiti*»⁶. Lo conferma il fatto che la Corte di Giustizia si rivolge sempre alle "autorità nazionali" quali soggetti preposti allo svolgimento della valutazione (se la Corte di Giustizia avesse voluto lasciare impregiudicato il punto, avrebbe forse potuto fare generico riferimento agli "Stati membri", come fa l'art. 8, par. 2, della direttiva). Dunque, si può ritenere che la decisione spetti, in prima istanza, alle autorità amministrative competenti nello svolgimento della procedura di frontiera.

In secondo luogo, è esplicito il nesso tra la decisione amministrativa e la necessità e proporzionalità della misura da adottare. Ne deriva che la decisione amministrativa deve essere discrezionale e non vincolata, giacché il principio di proporzionalità assume rilevanza sul piano amministrativo solo per quelle decisioni di natura discrezionale.

Il terzo elemento che emerge dalla giurisprudenza esaminata concerne la correlazione tra la proporzionalità delle misure e il fine perseguito dalla normativa nazionale (nel caso italiano e, più in generale, della procedura di frontiera, il fine del trattenimento è quello, indicato dalla direttiva, di accertare il diritto del richiedente ad entrare nel territorio dello Stato). Quest'ultimo aspetto, in astratto, potrebbe essere compatibile tanto con uno schema vincolato (con bilanciamento di interessi operato *ex ante* a livello legislativo) quanto con uno schema discrezionale (con bilanciamento da compiere sul piano amministrativo).

Ciò che la giurisprudenza della Corte di Giustizia non chiarisce, però, è quali siano i criteri per stabilire se la misura del trattenimento è proporzionale e necessaria in base alla procedura di frontiera.

Gli unici riferimenti della proporzionalità sono i singoli motivi di trattenimento stabiliti a livello nazionale tra quelli previsti dall'art. 8, par. 3, della direttiva. Se il fine è quello di determinare la cittadinanza del richiedente (par. 3, lett. a)) o di accertare il diritto del richiedente di entrare nel territorio (par. 3, lett. c)), quand'è che il trattenimento è sproporzionato? Che valore

⁵ CGUE, 14 maggio 2020, C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, punto 259.

⁶ CGUE, 14 settembre 2017, C-18/16, punto 48.

assumono la libertà personale e la libertà di circolazione del richiedente nel giudizio di proporzionalità?

Nelle pronunce esaminate, la Corte di Giustizia sembra limitarsi, per un verso, a verificare una meccanica rispondenza della procedura ai motivi di trattenimento indicati dalla normativa nazionale (e alla direttiva UE); per l'altro, a evidenziare profili ostativi solo ove non siano previste misure alternative al trattenimento, a prescindere dall'effettività delle stesse.

3. *La disciplina interna sul trattenimento dello straniero durante lo svolgimento della procedura di frontiera: decisione vincolata o discrezionale?*

Sul piano interno, l'art. 6-bis, c. 1, d.lgs. n. 142/2015 dispone che il richiedente può essere trattenuto durante lo svolgimento della procedura di frontiera al solo scopo di accertare il diritto ad entrare nel territorio dello Stato (cfr. art. 8, c. 3, lett. c), direttiva accoglienza)⁷.

Per sottoporre il richiedente alla procedura di frontiera devono sussistere le seguenti condizioni: a) che provenga da un Paese terzo sicuro (art. 28-bis, c. 2, lett. b-bis, d.lgs. 25/2008); b) che non si tratti di minore non accompagnato (art. 28-bis, c. 6, d.lgs. 25/2008); c) che non sia vulnerabile, cioè portatore di esigenze particolari ai sensi dell'articolo 17 del d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142 (art. 28-bis, c. 6, d.lgs. 25/2008); d) (sussistendo queste condizioni), che non siano applicabili misure alternative, ossia che il richiedente non abbia consegnato il passaporto o altro documento equipollente in corso di validità, ovvero non presti idonea garanzia finanziaria.

Il decreto del Ministro dell'Interno del 14 settembre 2023⁸, [in tema di](#) garanzia finanziaria, prevede che l'importo sia pari ad euro 4.938,00 (art. 2, c. 1), che la garanzia debba essere prestata in unica soluzione mediante fideiussione bancaria o polizza fideiussoria assicurativa, e che non possa essere versata da terzi (art. 3, c. 2)⁹.

⁷ Per un'evoluzione sull'istituto del trattenimento, si veda E. VALENTINI, *Il trattenimento in Italia, tra passato, presente e futuro: verso un ricorso massiccio alla detenzione amministrativa?*, in *ADiM Blog*, Analisi&Opinioni, ottobre 2023.

⁸ Decreto del Ministro dell'Interno, 14 settembre 2023, GU Serie Generale n.221 del 21-09-2023. Per un esame del DM, si veda M. SAVINO, *Procedura di frontiera e alternative al trattenimento dei richiedenti asilo: il decreto ministeriale sulla garanzia finanziaria è legittimo?*, in *ADiM Blog*, Editoriale, settembre 2023.

⁹ Sulla rigidità della garanzia finanziaria, si veda E. CELORIA, V. PASSALACQUA, *Turning the Exception into the Rule: Assessing Italy's New Border Procedure*, in *verfassungsblog.de*, 27

Questo quadro normativo sembra suggerire che l'attività dell'amministrazione sia quasi integralmente vincolata, sia nella fase di verifica dei presupposti per l'applicazione della procedura di frontiera (provenienza da un Paese terzo sicuro, maggiore età, vulnerabilità), che, soprattutto, in sede di scelta della misura da adottare (consegna del passaporto e garanzia finanziaria come alternative al trattenimento).

Quanto alla verifica dei presupposti, non lascia dubbi l'accertamento della provenienza da un Paese terzo sicuro. Quanto, invece, all'accertamento della minore età e della vulnerabilità, sembra che si possa parlare di valutazione tecnica, priva, tuttavia, della discrezionalità amministrativa intesa come bilanciamento tra interessi coinvolti.

Venendo alla decisione sul trattenimento, la questura deve verificare, in primo luogo, se il richiedente consegni il passaporto o altro documento equipollente in corso di validità; in caso negativo, deve accertare se il richiedente presti la garanzia finanziaria nei termini rigidamente previsti dal DM del 14 settembre 2023. In mancanza, l'amministrazione dovrebbe (in modo pressoché automatico) adottare il provvedimento di trattenimento.

Tuttavia, il carattere apparentemente vincolato è messo in dubbio dallo stesso dettato normativo, nella parte in cui prevede che il trattenimento «può» (non deve) essere disposto in caso di mancata consegna del passaporto o di mancata costituzione di idonea garanzia finanziaria (art. 6-bis, c. 1). La formula «può» evoca l'esistenza di un margine di discrezionalità amministrativa riferita al *se* esercitare il potere in una determinata situazione (c.d. discrezionalità sull'*an*)¹⁰.

ottobre 2023; M. SAVINO, *Ancora su procedura di frontiera e misura alternativa della garanzia finanziaria: i limiti dell'approccio del Tribunale di Catania*, in ADiM Blog, Editoriale, ottobre 2023; C. PANZERA, *L'accesso al diritto di asilo: problemi e prospettive*, in *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, n. 2/2023; S. ALBANO, *Il giudice non convalida i trattenimenti di tre migranti tunisini disposti in base alla nuova disciplina delle procedure di frontiera*, in questionegiustizia.it, ottobre 2023; A. BRAMBILLA, *Le nuove procedure accelerate di frontiera. Quali prospettive in un'ottica di genere?*, in *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, n. 2/2023; C. FAVILLI, *Presupposti, limiti e garanzie applicabili al trattenimento del richiedente protezione internazionale soggetto a procedura di frontiera: commento al decreto del Tribunale di Catania del 29 settembre 2023*, in *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, n. 2/2023.

¹⁰ Sulla formula «può», si veda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Terza edizione, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 120: «La discrezionalità emerge allorché la norma autorizza ma non obbliga l'amministrazione a emanare un certo provvedimento. Ciò accade anzitutto quando il legislatore prevede che l'amministrazione "può" oppure "ha la facoltà di" emanare un determinato atto».

La tesi della non automatica applicazione del trattenimento trova conferma nella requisitoria della Procura generale, propedeutica alle ordinanze di rimessione della Corte di Cassazione dell'8 febbraio 2024, nn. 3562 e 3563. In tale sede, la Procura ha, infatti, evidenziato come il questore ha «*la facoltà (e non l'obbligo) di disporre il trattenimento e, parimenti, ha l'obbligo di effettuare la valutazione della misura e della impossibilità di applicare le misure alternative*».

Se si aderisce a quest'ultima impostazione, è opportuno allora porsi una domanda: quali sono i criteri che, una volta accertata la non praticabilità delle misure alternative, devono guidare il questore nel decidere se disporre il trattenimento?

Un'ipotesi è che debbano trovare applicazione i criteri previsti dall'articolo 14, c. 1.1, TUI: criteri volti non solo a salvaguardare la sicurezza, ma anche – e forse soprattutto – la funzionalità del trattenimento ai fini di rimpatrio¹¹. Poiché questa esigenza funzionale si pone anche per la procedura di frontiera, che ha il fine ultimo di rimpatriare i richiedenti denegati, evitandone i movimenti secondari nello spazio Schengen, è plausibile che quei criteri vengano utilizzati anche nel contesto in esame. Questa ipotesi trova conforto, del resto, nell'espresso richiamo all'art. 14, c. 1.1, TUI, contenuto nell'art. 6-bis, c. 1, d.lgs. n. 142/2015.

Ne conseguirebbe uno schema amministrativo almeno in parte discrezionale, dove l'amministrazione competente valuta caso per caso, in base ai parametri di legge, se disporre il trattenimento anche in assenza della percorribilità delle altre misure alternative. Vi è, però, da chiedersi se e in qual misura quella discrezionalità possa davvero ritenersi guidata dai principi di proporzionalità e ragionevolezza. E cioè se tale schema garantisca un adeguato bilanciamento tra l'interesse individuale del singolo richiedente (alla libertà personale e di circolazione) e l'interesse pubblico (ad accertare il diritto di entrare nel territorio dello Stato senza consentire movimenti secondari)¹².

¹¹ Oltre alla minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica e alla condanna, anche con sentenza non definitiva, per i reati di cui all'articolo 4, c. 3, terzo periodo, e all'articolo 5, c. 5-bis, compare, tra i criteri di prioritario ricorso al trattenimento, la cittadinanza o provenienza da Paesi terzi con i quali sono vigenti accordi di cooperazione o altre intese in materia.

¹² Per un esame in materia di procedura di frontiera sul rapporto tra autorità e libertà, si veda M. SAVINO, *Per un diritto amministrativo dell'immigrazione: l'istruttivo caso della garanzia finanziaria come alternativa al trattenimento dei richiedenti asilo*, in *diariodirittopubblico.it*, ottobre 2023.

Non è escluso, altresì, che i criteri di cui all'art. 14, c. 1.1, TUI, possano trovare applicazione solo qualora i centri di trattenimento si rivelino saturi, incrinando, allora, il presunto automatismo detentivo della procedura di frontiera. In altri termini, è probabile che la natura più o meno discrezionale della scelta dipenda dal grado di saturazione dei centri: se questi sono pieni, allora l'amministrazione disporrà il trattenimento (su base discrezionale) per coloro che siano considerati una minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica o che siano stati condannati per i reati previsti¹³, nonché per coloro che siano cittadini di Paesi terzi con i quali sono vigenti accordi di cooperazione o altre intese in materia di rimpatrio, o che provengano da essi; al contrario, in presenza di un basso grado di saturazione dei centri, il trattenimento potrebbe essere disposto automaticamente in caso di mancata applicazione delle misure alternative.

Alla luce delle considerazioni svolte, lo schema normativo interno esaminato non pare in evidente contrasto con i principi elaborati dalla Corte di Giustizia, che, come detto, si limita ad accertare, da un lato, l'esistenza di misure alternative e, dall'altro, il nesso tra il trattenimento e il fine indicato dalla normativa nazionale¹⁴. La giurisprudenza UE potrebbe spingersi oltre, ravvisando profili di incompatibilità sia per quanto riguarda l'effettività delle misure alternative individuate dal legislatore nazionale¹⁵, sia per la difficile applicabilità dei principi di proporzionalità e necessità in fase di valutazione caso per caso. Tuttavia, un simile orientamento si porrebbe probabilmente in aperta collisione con l'istituto della procedura di frontiera in quanto tale.

4. *La procedura di frontiera nel Nuovo Patto su migrazione e asilo*

La recente approvazione del Nuovo Patto su migrazione e asilo offre alcuni spunti di riflessione sulla natura vincolata o discrezionale del prossimo schema normativo in ambito di procedura di frontiera.

¹³ L'art. 14, c. 1.1, TUI, rinvia ai reati di cui all'articolo 4, c. 3, terzo periodo, e all'articolo 5, c. 5-bis.

¹⁴ Sul rapporto tra norma interna e diritto UE, si veda V. PASSALAQUA, *Procedura di frontiera e trattenimento: profili di incompatibilità con il diritto dell'Unione*, in ADiM Blog, Osservatorio della giurisprudenza, ottobre 2023.

¹⁵ Si veda la tesi espressa da M. SAVINO, *Ancora su procedura di frontiera e misura alternativa della garanzia finanziaria: i limiti dell'approccio del Tribunale di Catania*, in ADiM Blog, Editoriale, ottobre 2023, che ipotizza un'incompatibilità della normativa interna in ragione della non effettività delle misure alternative al trattenimento.

Il regolamento 2024/1348/UE, che abroga la direttiva 2013/32/UE, rende obbligatoria l'applicazione negli Stati membri della procedura di frontiera (oggi facoltativa) e ne amplia l'ambito di applicazione soggettivo alle ipotesi in cui il richiedente i) abbia indotto in errore le autorità presentando informazioni false od omettendo informazioni, ii) rappresenti un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico, o iii) sia cittadino di un paese il cui tasso di riconoscimento della protezione nell'UE sia inferiore al 20%¹⁶.

Quanto alla procedura prevista, l'art. 10 della direttiva 2024/1346/UE (di rifusione della già esaminata direttiva 2013/33/UE) va a sostituire l'art. 8 della direttiva 2013/33/UE.

Il primo paragrafo dell'art. 10 si limita ad aggiungere che gli Stati membri non trattengono una persona per il solo fatto di essere un richiedente «*o sulla base della sua nazionalità*» e ribadisce la previsione che «*il trattenimento è basato soltanto su uno o più dei motivi di trattenimento di cui al paragrafo 4*» e senza che lo stesso possa mai avere «*carattere punitivo*». Il secondo paragrafo, identico a quello del precedente art. 8 (in merito alla valutazione caso per caso), non offre ulteriori elementi di analisi, al pari del nuovo paragrafo 5 che conferma integralmente il precedente paragrafo 4 dell'art. 8 (riguardo all'obbligo per gli Stati membri di prevedere misure alternative). Quanto ai motivi di trattenimento, il nuovo paragrafo 4 prevede che un richiedente può essere trattenuto «*soltanto sulla base di uno o più dei motivi*» indicati, aggiungendone uno ulteriore alla precedente versione¹⁷.

Più significative sono le novità contenute nel paragrafo 3, introdotto *ex novo*: «*Nel trattenere un richiedente, gli Stati membri tengono conto di tutte le caratteristiche fisiche, le dichiarazioni o i comportamenti che indichino che tale richiedente ha esigenze di accoglienza particolari. Qualora la valutazione di cui all'articolo 25 non sia stata ancora completata, essa è completata senza indugio e i suoi risultati sono tenuti in considerazione nel decidere se mantenere il trattenimento o se le condizioni di trattenimento debbano essere modificate*».

Ad una prima impressione, questo terzo paragrafo sembrerebbe spostare l'asse della valutazione caso per caso verso il piano amministrativo, in un'accezione discrezionale. Infatti, i parametri ivi previsti (caratteristiche fisiche, dichiarazioni e comportamenti del richiedente) potrebbero colmare il vuoto normativo e giurisprudenziale della categoria di ciò che si è definito

¹⁶ Quanto alle ipotesi menzionate, si vedano, rispettivamente, art. 42, par. 1, lett. c), f), j).

¹⁷ In particolare, si veda la nuova lett. c): «*per assicurare il rispetto degli obblighi giuridici imposti al richiedente con decisione individuale a norma dell'articolo 9, paragrafo 1, nei casi in cui il richiedente non ha rispettato tali obblighi e ove continui a sussistere il rischio di fuga*».

come “criteri della proporzionalità”, attribuendo all’amministrazione competente un margine di scelta nel disporre il trattenimento anche nei casi in cui non fossero applicabili le misure alternative.

Tuttavia, più probabilmente, valorizzando il riferimento all’art. 25 (rubricato «Valutazione delle esigenze di accoglienza particolari»), l’ambito di applicazione dei suddetti criteri potrebbe essere limitato alla valutazione delle esigenze di accoglienza dei migranti vulnerabili, non innovando lo schema normativo per la quasi totalità dei casi.

5. Conclusioni

Come emerso dall’esame condotto, la Corte di Giustizia ha finora adottato un approccio molto cauto alla materia del trattenimento dei richiedenti asilo nell’ambito della procedura di frontiera, limitandosi, da una parte, a verificare una meccanica rispondenza della procedura ai motivi di trattenimento indicati dalla normativa nazionale (e alla direttiva UE); dall’altra, a evidenziare profili ostativi solo ove non siano previste misure alternative al trattenimento.

Anche nel caso “italiano”, coerentemente con la sua consolidata giurisprudenza, la Corte di Giustizia, ribadito che il trattenimento è la misura di *extrema ratio*, potrebbe effettuare una valutazione della proporzionalità della normativa circoscritta alla “effettività” delle misure alternative, con particolare attenzione alla garanzia finanziaria.

In alternativa, la Corte di Giustizia potrebbe tentare un approccio “costituzionale” al tema della proporzionalità del trattenimento nella procedura di frontiera, provando a rimodulare una normativa (se non del tutto, almeno) in larga parte vincolata. Con il rischio, in questa seconda ipotesi, di collisione frontale con il modello coercitivo di gestione dei richiedenti asilo in arrivo, adottato dal Nuovo Patto su migrazione e asilo.

I NUMERI DELLA DETENZIONE AMMINISTRATIVA IN ITALIA¹

Giulia Fabini*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La selettività del sistema di detenzione amministrativa – 3. La capacità del sistema di detenzione detentiva – 4. Trattenimento ai fini dell'espulsione senza espulsione – 5. La variazione dei tassi di espulsione e dei tempi di trattenimento nei CPR in Italia – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La detenzione amministrativa in Italia esiste ormai dal 1998 e in un arco temporale relativamente ridotto ha conosciuto varie trasformazioni. Nel tempo ha cambiato più volte forma, faccia, nome, durata, estensione e capacità, sede, funzionamento e, in parte, anche funzione.

Detenzione amministrativa non si riferisce più solo ai Centri di Permanenza per il Rimpatrio – i CPR, un tempo CIE, prima ancora CPT e prima ancora CPTA – ma anche in certa misura agli Hotspot e alle “strutture diverse e idonee” – le camere di sicurezza presenti nelle questure, destinate, in caso di necessità, a tale uso. D'altronde, la detenzione amministrativa non riguarda più solo persone migranti *irregolarizzate*² e in attesa di espulsione, ma anche persone richiedenti asilo. In questo contributo, per esigenze di spazio, l'analisi sarà circoscritta ai CPR.

I centri di detenzione amministrativa operativi in Italia sono, al momento, nove. Sono collocati soprattutto a sud – molti, non a caso, vicino ai punti di sbarco – ma anche in grandi città. Si trovano a Bari, Brindisi, Caltanissetta, Gradisca D'Isonzo, Macomer, Palazzo S. Gervasio, Roma, Trapani, Milano. Il CPR di Torino è al momento chiuso, mentre quello di Trapani è stato recentemente dichiarato inagibile al 90% in seguito a una rivolta interna scoppiata il 22 gennaio 2024 per protestare contro le condizioni di detenzio-

¹ Alcune parti di questo testo sono riprese da Giulia Fabini (2022), “Per una critica radicale alla detenzione amministrativa”, in *Lo stato delle città*, n. 9.

* Ricercatrice (rtd-a) in sociologia del diritto e della devianza, Università di Bologna

² Utilizzo il termine “irregolarizzate” piuttosto che irregolari per sottolineare che, in un momento precedente alla detenzione esiste un processo di irregolarizzazione, ovvero sia un processo giuridico, ma anche politico, culturale, sociale, tramite cui le persone sono rese irregolari (De Genova 2022).

ne. Che queste violassero l'art. 3 della CEDU è stato confermato anche dalla Corte Europea dei Diritti Umani che si è pronunciata in tal senso il 7 febbraio 2024, rispondendo a un ricorso d'urgenza presentato dal legale rappresentante di una delle persone trattenute.

2. La selettività del sistema di detenzione amministrativa

Nel 2022 hanno fatto ingresso nei CPR italiani 6.383 persone, un numero un po' più alto rispetto al solito: nel 2021 erano state 5.147, 4.387 nel 2020, 6.172 nel 2019, 4.092 nel 2018, 4.087 nel 2017, 2.982 nel 2016. Cosa ci dicono questi numeri?

Per dare significato ai numeri, bisogna sempre utilizzare un parametro. In questo caso è utile commisurarli al numero di persone irregolarmente presenti nel paese: 509.000 secondo le stime fornite dalla Fondazione ISMU (2023). Significa che nel 2022, così come negli anni precedenti, è stata tratteneuta una minima percentuale delle persone potenzialmente espellibili. Questo significa che esiste un meccanismo selettivo dei controlli, ovverosia: tra tutte le persone potenzialmente espellibili, solo alcune tra queste finiscono per essere trattenute. Ad esempio, non è automatico che la persona intercettata dalla polizia nel territorio venga portata in questura per essere identificata e che riceva poi un decreto di espulsione che potrebbe dunque portare a un periodo di trattenimento (Fabini 2022). La ricerca sociologica in questo campo cerca, quindi, di comprendere secondo quali criteri le persone trattenute in CPR vengono selezionate (chi, come, quando e per quale motivo). In ricerche precedenti, chi scrive ha cercato di mettere in luce che tali criteri sono in gran parte extra-giuridici (Fabini 2016; 2018).

3. La capacità del sistema di detenzione amministrativa

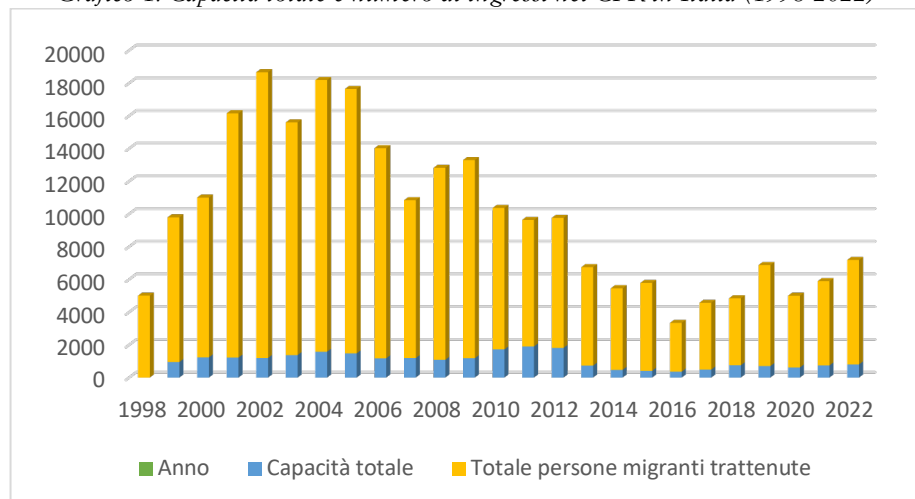
Dal 2016 al 2022 gli ingressi in CPR sono più che raddoppiati. Anche la capienza del sistema è raddoppiata, passando dai 359 posti letto del 2016 agli 804 odierni (Tab. 1). Bisogna usare sempre una certa cautela nel rintracciare in semplici variazioni annuali delle tendenze di medio o lungo periodo; ma anche ampliando la serie storica di riferimento della nostra analisi, partendo quindi dall'osservare la variazione annuale della capacità del sistema di detenzione amministrativa sin dalle sue origini, appare evidente che la tendenza più recente vede una crescita dei numeri delle persone trattenute e dei posti

disponibili in CPR. Tali numeri riflettono un attuale maggiore investimento politico nella detenzione amministrativa.

Tabella 1. Capacità totale e numero di ingressi nei CPR in Italia (1998-2022)

Anno	Numero dei centri	Capacità totale	Totale persone migranti trattenute
1998			5,007
1999		948	8,847
2000		1,234	9,768
2001		1,221	14,933
2002		1,197	17,469
2003		1,372	14,223
2004		1,581	16,605
2005		1,477	16,163
2006		1,178	12,842
2007		1,190	9,647
2008		1,086	11,735
2009		1,183	12,112
2010	13	1,720	8,646
2011	13	1,901	7,735
2012	12	1,815	7,944
2013	10	728	6,016
2014	5	471	4,986
2015	7	413	5,371
2016	6	359	2,982
2017	5	486	4,087
2018	7	751	4,092
2019	8	704	6,172
2020	10	619	4,387
2021	10	744	5,147
2022	10	804	6,383

Fonte: Elaborazione originale di dati provenienti da fonti diverse (Report annuali del Garante per i dati del 2015-2022; dati del ministero dell'interno provenienti da diverse fonti)

Grafico 1. Capacità totale e numero di ingressi nei CPR in Italia (1998-2022)

Fonte: Elaborazione originale di dati provenienti da fonti diverse (Report annuali del Garante per i dati del 2015-2022; dati del ministero dell'interno provenienti da diverse fonti)

Nella tabella, e soprattutto dal grafico, sono riportate le tendenze di lungo periodo circa la capacità totale del sistema di detenzione amministrativa nei centri e il numero di persone che vi hanno fatto ingresso, su base annuale, dal 1998 al 2022. Emergono abbastanza chiaramente delle oscillazioni su base annua anche piuttosto consistenti, sia nel numero di ingressi sia nella capacità totale del sistema. Giuseppe Campesi (2020) ha provato a sistematizzarle, individuando quattro fasi della detenzione amministrativa in Italia: l'istituzionalizzazione (1998-2010), la stabilizzazione (2011-2012), la crisi (2013-2014) e la reinvenzione (dal 2015 in poi).

Dal 1998 i centri sono cresciuti di numero e di capacità totale, presentando un trend crescente fino al 2011, per poi iniziare a diminuire. I tempi massimi di trattenimento, nel frattempo, subivano variazioni e influivano sul *turn-over* degli ingressi, circostanza che spiega il calo delle entrate annuali mentre aumenta la capacità del sistema. Nel 1998, infatti, i tempi di trattenimento massimi erano pari a venti giorni, prorogabili per altri dieci. Nel 2002 sono stati raddoppiati, per arrivare a centottanta nel 2009 e, nel 2011, a diciotto mesi. A quel punto, le persone che annualmente venivano trattenute erano meno rispetto agli anni precedenti, ma forse in condizioni peggiori: a quel punto, il conflitto interno è aumentato a un livello tale che gli allora Cie hanno iniziato velocemente a chiudere. I centri operativi erano tredici nel

2011 e cinque nel 2014, per 471 posti contro i quasi 2000 di tre anni prima. Nel 2014 i tempi massimi di trattenimento vengono ridotti drasticamente a tre mesi. Come spiega Campesi (2020), siamo in piena fase di disinvestimento politico: i centri costano e non servono, di migrazione non si parla più molto, gli occhi dell'opinione pubblica sono puntati sugli effetti della crisi economica, la stagione degli attraversamenti del Mediterraneo non è ancora iniziata. Per circa due anni si ha la sensazione che la detenzione amministrativa stia andando esaurendosi. La capacità totale dei centri, infatti, continua a calare: 413 posti nei Cie nel 2015; 359 nel 2016, con quattro centri operativi in tutto il territorio nazionale. Tuttavia, già dal 2015, qualcosa di importante aveva iniziato a cambiare.

Dal 2015, all'interno dei CPR sono state introdotte nuove categorie di individui. Inizialmente, sono stati inclusi i richiedenti asilo considerati pericolosi o a rischio di fuga. Successivamente, nel 2018, sono stati aggiunti i richiedenti che rifiutano di rilasciare le impronte digitali o che necessitano di identificazione. Nel 2020, la lista si è estesa ai cittadini provenienti da paesi considerati sicuri o con cui l'Italia ha accordi di riammissione. Infine, nel 2023, sono state incluse le persone soggette alle procedure accelerate di frontiera, nonché quelle coinvolte nei processi di riammissione in base al sistema di Dublino.

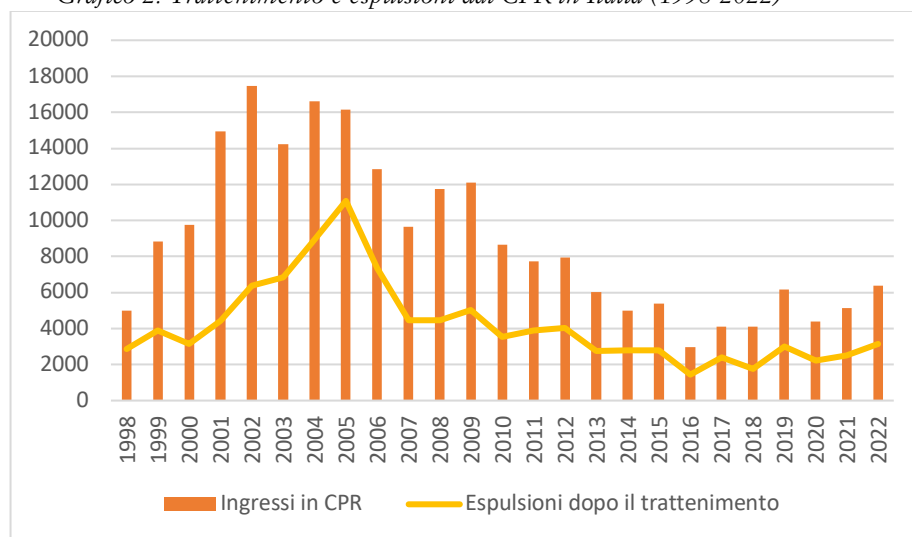
Anche i tempi massimi di trattenimento hanno subito variazioni continue, sino a tornare ai 18 mesi attuali con il dl. 19 settembre 2023, n. 124, come era già successo tra il 2011 e il 2014, periodo in cui molti centri erano stati chiusi *anche* in seguito ai danneggiamenti per mano delle proteste portate avanti dalle persone trattenute. Forse, allora, andrebbe letta in questa chiave la norma dell'ultimo Pacchetto sicurezza che introduce un nuovo reato, punito con la reclusione da 1 a 6 anni, per lo straniero che promuove, organizza o guida una rivolta all'interno dei CPR: una norma che potrebbe essere utilizzata per reprimere o prevenire probabili proteste che potrebbero nascere con l'allungamento dei tempi di trattenimento e il peggioramento delle condizioni di vita all'interno dei centri.

È possibile dedurre un rinnovato interesse per la detenzione amministrativa anche dalla volontà di costruire nuovi centri al fine di trattenere un numero più alto di soggetti e, dunque, *si pensa*, aumentare la capacità espulsiva del sistema. Appare importante specificare che, tuttavia, la volontà di costruire nuovi centri non è iniziata con l'attuale governo, sebbene oggi questa sembri ulteriormente acuita. Si sta, infatti, discutendo della possibile costruzione di nuovi CPR situati in aree a bassissima densità abitativa e facilmente sorvegliabili (sic!), nonché della costruzione dei due centri offshore in Albania.

4. *Trattenimento ai fini dell'espulsione senza espulsione*

L'attuale investimento politico sulla detenzione amministrativa sembra un dato evidente. Tuttavia, questo entusiasmo deve per forza scontrarsi con una critica ormai ricorrente e persistente ai CPR: non assolvono al compito che ne giustifica l'esistenza.

Grafico 2. Trattenimento e espulsioni dai CPR in Italia (1998-2022)



Fonte: Elaborazione originale di dati provenienti da fonti diverse (Report annuali del Garante per i dati del 2015-2022; dati del ministero dell'interno provenienti da diverse fonti)

Nel 2022, sono state espulse il 49,4% delle persone trattenute e questa percentuale si ripete simile a sé stessa di anno in anno. Ciò significa che il trattenimento è inutile ai fini dell'espulsione in almeno metà di casi.

Questo dato ci interroga rispetto alle funzioni reali della detenzione amministrativa in Italia. Però, per riuscire a leggerlo, dobbiamo spaccettarlo ulteriormente e andare a vedere le nazionalità delle persone espulse e i tassi di espulsione dei singoli centri.

Per quanto riguarda le nazionalità, i dati più precisi si trovano nel report di Action Aid (2023, pp. 23-27), cui si rimanda per una trattazione approfondita e puntuale di come l'incidenza dei rimpatri sui trattenimenti vari a seconda delle nazionalità. In generale, la maggior parte delle persone espulse dall'Italia è di nazionalità tunisina, seguite da egiziani e albanesi. I tunisini rappresentano anche la nazionalità che ha una più alta probabilità di venire rimpatriata dopo un periodo

di trattenimento. Gambiani, algerini e marocchini, invece, vengono espulsi in percentuali più basse e tendono a stare in detenzione fino allo scadere dei termini.

Come noto, l'espulsione è possibile solo verso paesi con cui l'Italia ha accordi di riammissione operativi e funzionanti. Come si giustifica il ricorso a questo strumento in tutti gli altri casi?

5. *La variazione dei tassi di espulsione e dei tempi di trattenimento nei CPR in Italia*

Per cercare di comprendere come si giustifica il ricorso al trattenimento anche quando l'espulsione appare impossibile a causa della mancanza di accordi di riammissione funzionanti con i paesi di provenienza, è utile ragionare a partire dalla variazione dei tempi medi di trattenimento e dei tassi di espulsione per ogni centro. Infatti, alcuni centri riescono nell'intento espulsivo, mentre altri falliscono l'obiettivo.

Tabella 2. Tassi di espulsione e tempi medi di trattenimento nei CPR in Italia (2022)

CPR	Bari	Brindisi	Caltanissetta	Go-rizia – Gra-disca d'Isonzo	Macomer	Palazzo S. Gervasio	Roma	Torino	Trapani	Milano
Tasso di espulsione	35.4 5%	30.6 7%	86.9%	54.2 %	23.26 %	47.98 %	27.7 %	32.4 %	66%	41.8 %
Media dei giorni di permanenza	40.1 7	60.9 3	15.47	39.24	72.74	28.44	40.5 1	47.1 7	16,9	36.87

Fonte: Elaborazione originale dai dati del report del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale 2023

Nel 2022, la durata media della detenzione a Caltanissetta si attestava a 15,5 giorni, con un tasso di espulsione dell'87%. A Palazzo S. Gervasio, dove la permanenza media era di 28 giorni, il tasso di espulsione era del 48% sul totale. Invece, a Torino, dove il periodo medio di detenzione è stato di 47 giorni, il tasso di espulsione sul totale del trattenimento si è attestato sul 32,4%. A Roma, la media del trattenimento è stato di 40 giorni per un tasso di espulsione pari al 27,7%. Milano, dove il tasso di espulsione è un po' più alto rispetto agli altri centri urbani del nord, la media del trattenimento è più lunga che a Palazzo S. Gervasio o Caltanissetta e si attesta sui circa 40 giorni. A Macomer, il tasso di espulsione è bassissimo, 23,26% del totale dei trattenuti, e i tempi medi del trattenimento sono i più lunghi nel panorama nazionale: 72,74 giorni.

Alcuni centri mostrano una chiara predisposizione all'espulsione, come nel caso di Caltanissetta. Qui, potremmo forse rintracciare i contorni di una svolta manageriale nella detenzione amministrativa (per il caso spagnolo, Fernandez Bessa e Brandariz 2017), ovvero un utilizzo del trattenimento in CPR per finalità espulsive, laddove il criterio selettivo si concentra su cittadini di nazionalità che si sa di poter effettivamente rimpatriare. Non a caso, il trattenimento nel centro di Caltanissetta riguarda in particolare i cittadini tunisini. Verosimilmente si può ritenere che si tratti di cittadini appena sbarcati, passati dall'hotspot, qui categorizzati come migranti economici e quindi trasferiti nel vicino CPR da cui poi vengono espulsi. In questo caso, Esposito et al (2022) hanno parlato della filiera del trattenimento-espulsione.

Altri centri, come Torino e Roma, funzionano invece diversamente e, come dimostrano le lunghe permanenze e le basse percentuali espulsive, sembrano orientati più verso il trattenimento fine a sé stesso. È interessante evidenziare la loro collocazione geografica: si tratta di centri che insistono su nuclei urbani, lontano dalla frontiera esterna. Dovrebbe essere indagata, quindi, la maniera in cui la normativa sul trattenimento venga utilizzata dalla polizia nella gestione dello spazio urbano (su questo, si può vedere Campesi e Fabini 2020). Significa che, nel caso di questi centri, andrebbe indagata la maniera in cui trattenimento ed espulsione vengano utilizzati come strumenti agevoli per gestire il precipitato a livello urbano di politiche migratorie che producono l'irregolarità delle persone migranti. Ancora diverso il caso di Macomer, dove i lunghi tempi di permanenza e i bassi tassi di espulsione possono essere spiegati con l'alta percentuale di persone che vi arrivano dal trasferimento da istituti di pena: 75 su 198 nel 2021, 48 su 215 nel 2020 (Action Aid 2023), la percentuale più alta in Italia. L'utilizzo del CPR in un momento successivo all'aver scontato la pena in carcere costituisce un altro elemento degno di approfondimento.

I tassi di espulsione e i tempi di trattenimento medi variano notevolmen-

te nello spazio, a seconda dei centri, e, come dimostra la Tabella 3, variano anche nel tempo. Notevole, ad esempio, le variazioni a Milano o anche a Palazzo S. Gervasio tra il 2020 e il 2021.

Tabella 3. Variazione dei tempi di permanenza medi e dei tassi di espulsione nei CPR in Italia (2018-2021)

CPR		Capienza effettiva	Persone transitate	% persone deportate	Giorni di permanenza media
Bari-Palese	2018	54	868	44,2	ND
	2019	18	698	36,5	35,62
	2020	36	696	47,55	14,96
	2021	72	626	49,2	29,5
Brindisi- Restinco	2018	48	321	60,1	ND
	2019	48	241	68	59,72
	2020	48	300	57	36,33
	2021	48	244	35,7	51,2
Caltanissetta - Pian del Lago	2018	72	33	90,9	ND
	2019	72	941	79,3	23,77
	2020	0	105	37,1	54,79
	2021	56	564	87,9	14,5
Gradisca d'Isonzo	2019	66	1	ND	5
	2020	90	709	62,9	27,85
	2021	90	773	55,5	38,7
Macomer	2020	50	175	21,1	73,3
	2021	50	197	17,8	73,5
Palazzo S. Gervasio	2018	100	613	14,2	ND
	2019	100	910	47,4	58,67
	2020	ND	143	35,7	57,95
	2021	98	845	63,8	22,7
Roma-Ponte Galeria	2018	125	631	13,1	ND
	2019	221	1.261	25,5	24,15
	2020	234	1.083	40,7	28,46
	2021	173	468	44,9	34,7
Torino	2018	147	1.147	55,1	ND
	2019	119	910	47,4	58,67
	2020	105	816	53,7	40,96
	2021	105	776	18,3	46,7

Trapani-Milo	2018	205	479	74,9	ND
	2019	60	1.214	68	23,36
	2020	ND	93	58	36,33
	2021	24	180	68,3	15,8
Milano	2018	0	0	0	0
	2019	0	0	0	0
	2020	56	267	83,9	8,6
	2021	28	469	32,2	35,3

Fonte: Elaborazione originale dai dati del report del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale (2023; 2022; 2021; 2020; 2019)

6. Conclusioni

La detenzione amministrativa in Italia assolve a tante funzioni diverse. L'espulsione è una di queste, ma non è l'unica né la principale.

Il dato per cui solo nella metà dei casi al trattenimento segue l'espulsione effettiva deve interrogare circa le reali funzioni della detenzione amministrativa. Osservare come i tempi medi di trattenimento e i tassi di espulsione variano da centro a centro aiuta a riflettere circa l'esistenza di un trattenimento giustificato dall'espulsione anche laddove l'espulsione appare un esito impossibile per la mancanza di accordi di riammissione.

Dall'osservazione della variazione dei dati circa il tasso di espulsione e i tempi medi di trattenimento, appare evidente che i centri collocati in prossimità dei punti di sbarco, raccogliendo nazionalità per le quali è più agevole eseguire il rimpatrio, come nel caso dei tunisini, riescono ad avere percentuali più alte di espulsioni effettive e con una minore durata del trattenimento. Tuttavia, negli altri casi, dove i tassi di espulsione sono molto più bassi e i tempi medi di trattenimento si allungano, le variazioni riflettono pratiche di controllo situate nei territori. Alcune dinamiche di trattenimento possono essere comprese solo se legate a scelte di politica di controllo dell'immigrazione e del territorio situate a livello locale, che rispondono a indicazioni politiche provenienti dalla sfera nazionale, ma ne cercano un'attuazione che risponda anche a esigenze locali.

ERRARE HUMANUM EST, PERSEVERARE AUTEM DIABOLICUM:
LA DOPPIA CONDANNA DELL'UNGHERIA
IN MATERIA DI ASILO

Miriana Lanotte*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il persistente inadempimento e l'avallo della Corte costituzionale ungherese – 3. La prima sentenza di doppia condanna nella materia dell'asilo – 4. Gli aspetti di sistema.

1. *Introduzione*

La Corte di giustizia, nella pronuncia relativa alla causa C-123/22 avente ad oggetto il ricorso per inadempimento ai sensi dell'art. 260, par. 2, TFUE, ha condannato l'Ungheria al pagamento di una somma forfettaria per non aver eseguito la sentenza *Commissione c. Ungheria* (causa C-808/18)¹ e, altresì, al pagamento di due differenti penalità di mora giornaliera in relazione a due specifiche violazioni in materia di asilo e migrazione².

Nella sentenza *Commissione c. Ungheria* del 2020 i giudici di Lussemburgo hanno stabilito che l'Ungheria è venuta meno agli obblighi derivanti dalle direttive: *i*) n. 2008/115/CE (direttiva rimpatri); *ii*) n. 2013/32/UE (direttiva procedure) e *iii*) n. 2013/33/UE (direttiva accoglienza). In particolare, tali inadempimenti derivano dal fatto che l'Ungheria: *i*) ha previsto che le domande di protezione internazionale dei cittadini di paesi terzi o degli apolidi provenienti dalla Serbia possano essere presentate solo nelle zone di transito di Röszke e Tompa; *ii*) ha limitato drasticamente il numero di richiedenti autorizzati a entrare quotidianamente in tali zone di transito; *iii*) ha istituito un sistema di trattenimento generalizzato dei richiedenti protezione internazionale nelle zone di transito senza rispettare le garanzie previste dal

*Assegnista di ricerca in Diritto europeo, Università di Bologna.

¹ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 17 dicembre 2020, *Commissione c. Ungheria*, C-808/18, ECLI:EU:C:2020:1029.

² CGUE, sentenza del 13 giugno 2024, *Commissione c. Ungheria*, C-123/22, ECLI:EU:C:2024:493. Si v. anche G. BARRETT, *Rule of Law Chickens Coming Home to Roost: The Ruling in Case C-123/22 European Commission v Hungary*, in *VerfBlog*, 21 giugno 2024; M. COMETTI, *La Corte di giustizia condanna l'Ungheria al pagamento della più alta sanzione mai comminata ex art. 260, par. 2, TFUE*, in *Rivista del contenzioso europeo*, n. 2/2024.

diritto UE; *iv*) ha consentito l'allontanamento di tutti i cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nel suo territorio è irregolare, ad eccezione di quelli che sono sospettati di aver commesso un reato; *v*) ha subordinato, a condizioni contrarie al diritto dell'Unione, l'esercizio da parte dei richiedenti protezione internazionale del loro diritto di rimanere nel territorio ungherese.

In altre parole, il governo ungherese attraverso le misure suddette – adottate, molto spesso, abusando delle situazioni emergenziali (quali la crisi migratoria del 2015, l'emergenza pandemica e, finanche, la crisi derivante dalla guerra in Ucraina) – ha reso impossibile l'accesso all'asilo alle persone in cerca di protezione internazionale³.

Non a caso, siffatta legislazione è stata oggetto di numerose sentenze di infrazione, alcune delle quali – come quella nel caso che qui interessa – non sono state ancora eseguite dall'Ungheria. Tra queste ultime si pensi alla sentenza relativa alla causa C-821/19, in cui la Corte di giustizia ha stabilito che la cosiddetta legge “Stop Soros”, che criminalizza l'assistenza ai richiedenti asilo, viola il diritto dell'UE, sottolineando come “l'istituzione di (...) sanzioni penali ha *senza dubbio* un effetto dissuasivo particolarmente significativo, che può indurre le persone che intendono assistere i cittadini di paesi terzi o gli apolidi che desiderano ottenere lo status di rifugiato in Ungheria ad astenersi dal prendere parte alle attività di assistenza” (punto 98)⁴. Ciononostante, le disposizioni originarie non sono state modificate in modo da attuare la giurisprudenza di Lussemburgo; anzi, il 7 dicembre 2022, il Parlamento ungherese ha riscritto la Sezione 353/A del Codice penale in modo da mantenere l'effetto dissuasivo nei confronti di coloro che prestano assistenza ai richiedenti asilo e, nel caso, perseguirli penalmente.

Una ulteriore sentenza della Corte di giustizia che non è stata eseguita dallo stato magiaro è quella relativa alla causa C-823/21, in cui i giudici di Lussemburgo si sono occupati del cosiddetto “sistema delle ambasciate”, affermando che quest'ultimo viola il diritto dell'UE⁵. Tale sistema, introdotto nel maggio 2020,

³ G. MÉSZÁROS, *How Misuse of Emergency Powers Dismantled the Rule of Law in Hungary*, in *Israel Law Review*, Vol. 57, n. 2/2024, pp. 288 – 307; K. GALICZ, *Diritto di asilo nei contesti di emergenza: l'involuzione della normativa ungherese*, in *DPCE online*, Vol. 57, 2/2023, pp. 139-161.

⁴ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 16 novembre 2021, *Commissione c. Ungheria*, C-821/19, ECLI:EU:C:2021:930. Si v. A.R. SALERNO, *Diritto di asilo e criminalizzazione dell'assistenza ai migranti in Ungheria*, in *ADiM Blog*, Osservatorio della Giurisprudenza, febbraio 2022.

⁵ CGUE, sentenza del 22 giugno 2023, *Commissione c. Ungheria*, C-823/21, ECLI:EU:C:2023:504.

stabilisce una condizione preliminare obbligatoria per i richiedenti asilo, che devono prima presentare una dichiarazione di intenti presso l'ambasciata ungherese a Belgrado o a Kiev. Questa novella, inserita nel momento in cui era in atto l'emergenza pandemica, è stata estesa su base annuale, anche dopo la sentenza della Corte di giustizia che ne accertava l'incompatibilità con il diritto dell'Unione.

Nei paragrafi che seguono, in primo luogo, si analizza il persistente inadempimento dell'Ungheria, sottolineando come questo sia stato corroborato dalla Corte costituzionale ungherese (v. *infra* par. 2); in secondo luogo, si dà conto del ragionamento svolto dalla Corte nella sentenza relativa alla causa C-123/22, anche perché potenzialmente reiterabile nei succitati casi in cui l'Ungheria continua a non eseguire le sentenze della Corte (v. *infra* par. 3); e da ultimo, si commenta la portata sistemica di alcuni dei passaggi più significativi della pronuncia (v. *infra* par. 4).

2. *Il persistente inadempimento e l'avallo della Corte costituzionale ungherese*

La pronuncia del 13 giugno 2024 prende le mosse dal mancato adempimento alla sentenza *Commissione c. Ungheria* del 2020, alla quale l'Ungheria ha reagito limitandosi a chiudere le zone di transito di Röszke e di Tompa (misura, invero, resasi già necessaria per rispettare la sentenza relativa alle cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU)⁶. Tale misura ha ulteriormente peggiorato la situazione per i richiedenti asilo in quanto ha, di fatto, reso impossibile presentare domanda di protezione internazionale e, inoltre, non ha risolto le ulteriori problematiche della normativa nazionale, relative all'allontanamento dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

Proprio su questo ultimo punto il governo ungherese ha ritenuto che l'attuazione degli obblighi nascenti dalla sentenza ponesse lo Stato davanti ad un "dilemma costituzionale" che necessitava dell'intervento dell'*Alkotmánybíróság* (d'ora in poi, Corte costituzionale ungherese). In particolare, quest'ultima aveva il compito di chiarire se la *Magyarország Alaptörvénye* (Legge fondamentale dell'Ungheria) potesse essere interpretata nel senso che l'Ungheria può attuare un obbligo derivante dal diritto dell'Unione che può portare un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare a soggiornarvi a tempo indeterminato e, di conseguenza, a far parte, di fatto, della popolazione ungherese.

⁶ CGUE (Grande Sezione), sentenza 14 maggio 2020, *Országos*, C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367.

Non è la prima volta che l'intervento della Corte costituzionale viene promosso per "avallare" politiche governative in materia di migrazione e asilo, risultate incompatibili con il diritto dell'Unione. Ciò è avvenuto altresì quando il governo ungherese ha deciso di non applicare la decisione del Consiglio – per di più oggetto di un ricorso in annullamento da parte di Ungheria e Cecoslovacchia⁷, respinto integralmente dalla Corte di giustizia – sulla ricollocazione dei richiedenti protezione internazionale (decisione (UE) 2015/1601). In questa occasione la Corte costituzionale, chiamata dal Commissario per i diritti fondamentali ad interpretare la clausola di integrazione europea (articolo E) (2) della Legge fondamentale), nella decisione 22/2016 (XII. 5.) AB ha argomentato a favore dell'incompatibilità con la costituzione ungherese della decisione del Consiglio e ha giustificato la scelta nazionale sulla base dei concetti di sovranità e di identità costituzionale ungherese⁸.

Anche nel caso di specie, la Corte costituzionale ungherese, sollecitata dal governo che in sostanza contestava la legittimità della sentenza *Commissione c. Ungheria* del 2020, si è espressa sull'interpretazione del contenuto e sulla natura dell'identità costituzionale. Più in dettaglio, la Corte costituzionale, nella decisione 32/2021 (XII. 20.) AB, sebbene abbia rifiutato di pronunciarsi sulla disapplicazione della sentenza, ha, tuttavia, ribadito che: *a)* finché l'Unione europea non esercita in modo effettivo una competenza concorrente in materia di migrazione e asilo, l'Ungheria può esercitare tale competenza; *b)* che, se l'insufficienza dell'esercizio da parte dell'Unione di una competenza concorrente comporta una violazione del diritto all'identità delle persone che risiedono nel territorio dell'Ungheria, lo Stato ungherese è tenuto a garantire la tutela di tale diritto; *c)* che la tutela del diritto inalienabile dell'Ungheria di determinare l'integrità del suo territorio, della sua popolazione, della sua forma di governo e della sua struttura statale fa parte della sua identità costituzionale⁹.

Siffatta sentenza si iscrive tra quelle in cui le Corti costituzionali (non solo quella ungherese) hanno interpretato l'identità costituzionale *ex art. 4, par. 2, TUE*¹⁰ in violazione del diritto europeo, "abusando" del pluralismo

⁷ CGUE (Grande Sezione), sentenza 6 settembre 2017, *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio dell'Unione europea*, cause riunite C-643/15 e C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631.

⁸ Decision 22/2016. (XII. 5.) AB on the Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law. Si v., G. HALMAI, *Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law*, in *Review of Central and East European Law*, 2018, pp. 23-42.

⁹ Decision 32/2021. (XII. 20.) AB.

¹⁰ G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione Europea. Natura e portata dell'art. 4 par. 2 TUE*, Napoli, 2017.

costituzionale¹¹. Tanto è vero che, nella causa *RS*, la Corte di giustizia ha ricordato, da un lato, che è lei stessa che detiene una competenza esclusiva a fornire l'interpretazione definitiva del diritto dell'Unione (e, dunque, anche della clausola identitaria a sensi dell'art. 4, par.2, TUE); dall'altro, che la Corte costituzionale di uno Stato membro non può, sulla base della propria interpretazione di disposizioni del diritto dell'Unione, dichiarare che la Corte di giustizia ha pronunciato una sentenza che viola la sua sfera di competenza e, pertanto, rifiutare di ottemperare a una sentenza dei giudici di Lussemburgo (punto 72)¹².

Così, nel caso di specie la Commissione, a fronte della sentenza della Corte costituzionale ungherese che appoggiava l'inadempimento dello Stato della pronuncia *Commissione c. Ungheria* del 2020, ha avviato il procedimento in questione ai sensi dell'art. 260, par. 2, TFUE.

3. *La prima sentenza di doppia condanna nella materia dell'asilo*

La sentenza relativa alla causa C-123/22 è particolarmente significativa non solo per l'ammontare eccezionale delle sanzioni comminate, ma anche per il contenuto e i principi enunciati dalla Corte di giustizia.

Innanzitutto, i giudici di Lussemburgo hanno ribadito che la normativa nazionale viola l'obbligo derivante dal diritto dell'Unione all'esercizio effettivo del diritto di presentare una domanda di protezione internazionale. Siffatto perdurante inadempimento, come spiega la Corte, è causato dall'istituzione delle zone di transito di Röske e di Tompa – la cui chiusura ha ulteriormente peggiorato la situazione dei richiedenti asilo (punto 59) –, oltre che dall'obbligo di previo deposito di una dichiarazione d'intenti (presso un'ambasciata ungherese sita in un paese terzo) e di rilascio di un documento di viaggio (punto 68) ai fini dell'accesso alla protezione internazionale in territorio ungherese. Su questo aspetto l'Ungheria ha provato a giustificare l'inadempimento adducendo come argomenti la pressione migratoria sulla

¹¹ R.D. KELEMEN, L. PECH, *The Uses and Abuses of Constitutional Pluralism: Undermining the Rule of Law in the Name of Constitutional Identity in Hungary and Poland*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2019; G. MARTINICO, *Contro l'uso populista dell'identità nazionale. Per una lettura "costituzionalizzata" dell'art. 4, par. 2, TUE*, in *DPCE online*, 2020, pp. 3961- 3981; P. BÁRD, – N. CHRONOWSKI – F. ZOLTÁN, *Inventing constitutional identity in Hungary*, MTA Law Working Papers 6, 2022.

¹² CGUE (Grande Sezione), sentenza del 22 febbraio 2022, *RS*, C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99.

«rotta migratoria dei Balcani occidentali» e l'incremento consistente del numero di sfollati provenienti dall'Ucraina, che, però, in quanto difficoltà pratiche non consentono di scriminare la condotta inadempiente (punti 73-74). L'ulteriore problema riscontrato e non risolto dal governo nazionale è quello della opacità e mancata chiarezza della normativa ungherese circa le condizioni a cui il richiedente protezione internazionale possa esercitare il diritto a rimanere nel territorio ungherese quando, a seguito del rigetto della domanda, quest'ultimo è in attesa dell'esito del ricorso. Come spiega la Corte, sebbene in ragione del principio di autonomia procedurale lo Stato membro può stabilire le modalità di esercizio del diritto di rimanere nel suo territorio, siffatte modalità devono essere definite in modo sufficientemente chiaro e preciso affinché il richiedente protezione internazionale possa conoscere l'esatta portata di tale diritto e sia possibile valutare se siffatte modalità sono compatibili con il diritto europeo (punto 79).

Dopo aver ripercorso i motivi che conducono alla doppia condanna dell'Ungheria, la Corte di giustizia ha specificato in maniera puntuale i criteri che hanno condotto alla irrogazione di sanzioni così elevate (ovverosia di una somma forfettaria pari a 200 milioni di euro e di una penalità pari a 1 milione di euro per ogni giorno in cui permangano i comportamenti lesivi già accertati), superiori rispetto a quelle richieste dalla Commissione.

Gli importi "inediti" sono giustificati, in primo luogo, in ragione della durata considerevole dell'inadempimento (oltre i tre anni) che «rappresenta, di per sé, un grave pregiudizio al principio di legalità e dell'autorità di cosa giudicata in un'Unione di diritto» (punti 102 e 129); e, in secondo luogo, in virtù della gravità – criterio che la Corte ha utilizzato, sviluppato e argomentato in maniera completa ed esaustiva – delle violazioni di cui si discute.

Su questo ultimo punto, i giudici di Lussemburgo ritengono che l'insieme delle disposizioni violate – definite "importanti" – ha l'effetto di impedire *sistematicamente* l'accesso alla protezione internazionale, rendendo *impossibile*, per quanto riguarda lo Stato membro interessato, l'applicazione integrale del Sistema europeo comune d'asilo (punto 106). Invero, vi è di più: l'elusione deliberata, da parte di uno Stato membro, dell'applicazione di una politica comune *nel suo insieme* costituisce *una violazione inedita ed eccezionalmente grave* del diritto dell'Unione, che rappresenta una *minaccia importante* per l'unità di tale diritto e per il principio di uguaglianza degli Stati membri, all'art. 4, par. 2, TUE (punto 107). Come sottolinea la Corte, si tratta di violazioni che recano un *pregiudizio particolarmente grave* sia all'interesse pubblico sia agli interessi dei cittadini di paesi terzi e degli apolidi che intendono chiedere protezione internazionale (punti 108 e 118).

Ancora, gli inadempimenti dell'Ungheria hanno anche un'altra conseguenza: trasferiscono le responsabilità in materia di asilo (ovverosia di garantire accoglienza, di istituire le domande ai fini del riconoscimento e revoca di tale protezione e di garantire le modalità di rimpatrio) – responsabilità che hanno evidentemente anche implicazioni finanziarie – sugli altri Stati membri, violando non solo il principio di equa ripartizione di responsabilità *ex art. 80 TFUE*, ma anche il principio di solidarietà (punti 114 - 115), quale *principio fondamentale e valore comune* agli Stati membri (punto 116).

A rendere “straordinariamente grave” la mancata esecuzione delle sentenze vi sono, inoltre, quelle che la Corte definisce circostanze “aggravanti”, ovverosia: *i*) il fatto che la reiterazione del comportamento costituente infrazione ha dato luogo a diverse altre condanne in materia di protezione internazionale (punto 120)¹³; *ii*) la circostanza che il governo nazionale, invece di eseguire la sentenza, abbia atteso la pronuncia della Corte costituzionale, in violazione del principio del primato del diritto dell'Unione, che, come ribadisce in maniera efficace la Corte, si lega a doppio filo a quello del rispetto dell'uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati e costituisce un'espressione del principio di leale cooperazione *ex art. 4, par. 3, TUE* (punto 122); *iii*) l'ulteriore dato in ragione del quale, a seguito della sentenza *Commissione c. Ungheria* del 2020, l'Ungheria, invece di garantire la piena esecuzione di tale pronuncia, ha prorogato l'applicabilità *ratione temporis* delle disposizioni incompatibili con il diritto UE (punto 123).

4. Gli aspetti di sistema

La sentenza della Corte è una sentenza storica. Oltre all'esplicazione dei criteri che hanno comportato la sanzione più elevata mai irrogata – questione questa più squisitamente procedurale –, l'aspetto principale è che la Corte di giustizia ha colto l'occasione per trattare questioni di rilevanza costituzionale scaturenti dalle specifiche infrazioni contestate.

In primo luogo, i giudici di Lussemburgo, riprendendo la dottrina della “Unione di diritto”, ne precisano un ulteriore aspetto fondamentale: il rispetto delle sentenze della Corte di giustizia. L'esecuzione delle pronunce della Corte garantisce i principi di legalità e di cosa giudicata, principi rientranti nel valore dello Stato di diritto *ex art. 2 TUE*. Ne deriva che il controllo giu-

¹³ CGUE, sentenza del 2 aprile 2020, *Commissione c. Polonia, Repubblica ceca, Ungheria*, cause riunite C-715/17, C-718/17 e C-719/17, ECLI:EU:C:2020:257.

risdizionale effettivo garantito da un giudice terzo e imparziale – nucleo centrale dell’“Unione di diritto” – deve necessariamente conoscere poi anche un momento applicativo/attuativo, ovvero sia quello in cui lo Stato, in ragione del principio del primato e di leale cooperazione, si conforma agli obblighi discendenti dalle sentenze emesse dai giudici della Corte di giustizia¹⁴.

Il fatto che il suesposto ragionamento sia stato messo in luce in un caso relativo all’ambito dello Spazio di libertà Sicurezza e giustizia è indice di un significativo avanzamento in questo settore della dottrina della “Unione di diritto”. Sinora, tale nozione è stata principalmente utilizzata in relazione a questioni riguardanti l’equilibrio tra la cooperazione interstatuale e la tutela dei diritti fondamentali, come nel caso noto caso *NS*¹⁵. In questa sentenza la Corte ha introdotto una deroga al principio di reciproca fiducia quando lo Stato competente a pronunciarsi sulla domanda di protezione internazionale non rispetti i valori di cui all’art. 2 TUE. Di conseguenza, la Corte ha statuito che è possibile rifiutare il trasferimento dell’interessato disposto secondo il regolamento Dublino quando questi possa rischiare di subire un trattamento inumano o degradante in ragione delle carenze sistemiche nella procedura di asilo o delle condizioni di accoglienza sul territorio dello Stato membro competente.

In secondo luogo, vale la pena di valorizzare un ulteriore punto strettamente legato al primo. I giudici del Kirchberg non si sono limitati ad accertare che l’Ungheria non avesse eseguito la sentenza *Commissione c. Ungheria* del 2020, ma hanno compiuto una analisi approfondita e sistemica delle conseguenze del mancato rispetto della sentenza tanto, in generale, per la politica di asilo, quanto per gli effetti sui singoli, ma anche rispetto agli altri Stati membri. L’inadempimento dell’Ungheria, infatti, pregiudica gli altri Stati membri perché li costringe a sobbarcarsi costi (non solo finanziari) per sopperire alle negligenze e inadempienze ungheresi, inficiando, così, il principio di uguaglianza tra gli Stati e quello di solidarietà. A tale proposito, da un lato, occorre evidenziare che tale assunto si iscrive nel filone giurisprudenziale più ampio teso a valorizzare alcune disposizioni – si pensi, nel caso *OPAL*, all’art. 194, par. 1 TFUE (punti 37 e 38)¹⁶ e, nel caso di specie, invece, all’art.

¹⁴ F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione dell’Unione ai tempi della crisi*, Napoli, 2020.

¹⁵ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 21 dicembre 2011, *NS*, cause riunite C-411/10 e C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865. Si v. per una disamina puntuale M. FERRI, *To trust or not to trust in case of indirect refoulement? Una nuova sfida per il principio di fiducia reciproca nel sistema Dublino*, in *Questione Giustizia*, 26 ottobre 2021.

¹⁶ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 15 luglio 2021, *OPAL*, causa C-848/19 P, ECLI:EU:C:2021:598.

80 TFUE (punti 115 -117) – in quanto espressioni specifiche del principio di solidarietà tra gli Stati membri di cui all'art. 3, par. 3, TUE, sottese al sistema dei valori di cui all'art. 2 TUE¹⁷.

Dall'altro, è opportuno sottolineare l'importanza del ragionamento della Corte nella parte in cui afferma che il cumulo di violazioni di più disposizioni di diritto derivato in materia di asilo, aggravato dal persistente inadempimento successivo alla sentenza emessa in sede di infrazione come nel caso di specie, può comportare la violazione di principi e valori fondamentali del diritto dell'Unione. In questo senso la sentenza potrebbe offrire una preziosa indicazione alla Commissione rispetto ai parametri normativi che avrebbero potuto (e nel futuro potranno) essere contestati all'Ungheria. Mentre la Commissione – come già avvenuto per il principio dell'indipendenza del giudice – ha aperto una procedura di infrazione contestando l'inadempimento solo del diritto secondario, la Corte, richiamando la solidarietà come principio e valore, e la leale cooperazione, invita a riflettere sul possibile utilizzo degli artt. 2, e 4, par. 3, TUE magari in combinato disposto con l'art. 80 TFUE.

Si ricordi, infatti, che in tema di indipendenza del giudice la Commissione aveva aperto una procedura di infrazione nei confronti dell'Ungheria in relazione alla normativa nazionale sul prepensionamento, o meglio, sul pensionamento forzato dei giudici. In quella occasione la Commissione chiedeva alla Corte di accertare che quella normativa violasse la direttiva 2000/78/CEE sulla parità di trattamento in materia di occupazione¹⁸. Ebbero, a seguito della nota sentenza nel caso *ASJP*¹⁹, la stessa legislazione (questa volta polacca) che introduceva il prepensionamento è stata contestata dalla Commissione non in virtù della direttiva riguardante la parità di trattamento, ma in virtù del combinato disposto di cui agli artt. 2, 19 TUE e 47 CDFUE²⁰.

Inoltre, non si può escludere che tale sentenza possa avere l'effetto di

¹⁷ G. MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione in materia di immigrazione e asilo*, Bari, 2018.

¹⁸ CGUE, sentenza del 6 novembre 2012, *Commissione c. Ungheria*, causa C-286/12, ECLI:EU:C:2012:687. Si legga, N. LAZZERINI, *Le procedure di infrazione avviate dalla Commissione nei confronti dell'Ungheria a seguito dell'entrata in vigore della nuova Costituzione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2012.

¹⁹ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, causa C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117.

²⁰ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 24 giugno 2019, *Commissione c. Polonia*, causa C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531; CGUE (Grande Sezione) sentenza del 5 novembre 2019, *Commissione c. Polonia*, causa C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924.

“ricordare” agli Stati membri interessati da un aggravio di responsabilità in materia di asilo e migrazione la possibilità di utilizzare lo strumento della procedura di infrazione ai sensi dell’art. 259 TFUE.

QUANTE PARETI HA UNA PRIGIONE?
IL TRATTENIMENTO NELLE ZONE DI TRANSITO (UNGHERESI)
NUOVAMENTE AL VAGLIO DELLA CORTE EDU

Francesca Rondine*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le vicende e la sentenza – 3. Il trattenimento nelle zone di transito e di frontiera: una misura sui generis – 4. La teoria della prigione con tre pareti nella giurisprudenza della Corte EDU – 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

Sono ormai numerose le decisioni della Corte EDU su casi di trattenimento presso le zone di transito, specialmente quelle ungheresi di Roszke e Tompa. È noto che, con particolare riguardo alla valutazione della sussistenza di una forma di privazione della libertà personale presso strutture estranee all'iconografia carceraria, la Corte esamina una serie di parametri oggettivi e soggettivi, la cui interazione complessiva determina la qualificazione giuridica della misura di trattenimento. Nel caso della permanenza nelle c.d. zone di transito e di frontiera, un elemento di particolare rilevanza risiede nella eventuale possibilità, per i ricorrenti, di abbandonare volontariamente la zona di transito. Tale parametro può essere più o meno determinante nella qualificazione della misura in quanto limitativa della libertà personale ovvero come mera compressione della libertà di movimento. Nondimeno, esso rappresenta, nella giurisprudenza della Corte, un elemento costante, nonché un fattore di differenziazione tra le diverse tipologie di zone di transito e di frontiera, specialmente tra quelle aeroportuali e quelle terrestri. Prendendo come spunto la recente decisione nel caso *F.O. c. Ungheria*¹, si procede di seguito all'esame di tale parametro e del suo ruolo nella giurisprudenza della Corte EDU relativa alle zone di transito e di frontiera.

2. *Le vicende e la sentenza*

Le vicende riguardano un gruppo composto da cittadini afghani e il loro

* Assegnista di ricerca in diritto internazionale presso l'Università di Napoli l'Orientale.

¹ Corte EDU, sentenza del 20 giugno 2024, *F.O. et al c. Ungheria*, ric. n. 9203/18.

trattenimento presso la zona di transito di Röske, al confine tra Ungheria e Serbia, per un periodo di poco meno di un mese, nelle more dell'esame della loro istanza di asilo, presentata in occasione dell'arrivo in Ungheria. I ricorrenti lamentavano, principalmente, le pessime condizioni della loro permanenza presso la zona di transito, e il fatto che essa costituisse una privazione *de facto* della loro libertà personale. I ricorrenti lasciavano la zona di transito poiché trasferiti in Germania, paese ritenuto competente all'esame delle loro istanze di protezione internazionale ai sensi del regolamento di Dublino². Essi lamentavano una violazione dell'art. 3 in combinato disposto con l'art. 13 CEDU per le condizioni della loro permanenza nella zona di transito e dell'art. 8 CEDU. Inoltre, ritenevano che il loro trattenimento fosse contrario all'art. 5, paragrafi 1 e 4, CEDU.

La Corte EDU ha giudicato le autorità magiare responsabili di aver violato l'art. 3 CEDU, in ragione delle gravi condizioni della permanenza presso le zone di transito, aspetto che esula dal tema di questo commento e per questo motivo non sarà approfondito. La Corte non ha, tuttavia, ritenuto che la misura ricadesse nella sfera applicativa dell'art. 5, poiché, nel suo ragionamento, essa non ha costituito una forma di privazione della libertà personale ai sensi dell'art. 5 CEDU. Nell'escludere che il trattenimento dei ricorrenti nelle zone di transito potesse essere qualificato come forma di privazione della libertà personale, ai sensi dell'art. 5 CEDU, la Corte si basa sugli usuali parametri elaborati nella propria giurisprudenza a partire da *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, cui pure si riferisce esplicitamente³. Nella fattispecie, è decisivo per la Corte il periodo, ritenuto breve, della permanenza nella zona di transito, che «*did not exceed significantly the time needed for the examination of their asylum request*» (§ 15). Diversamente dal precedente *R.R. et al c. Ungheria*, infatti, le autorità statali avrebbero dimostrato di agire con celerità e compatibilmente con l'obiettivo di esaminare con diligenza le istanze di protezione internazionale dei ricorrenti⁴.

La decisione non si dilunga particolarmente sul grado e sull'intensità della restrizione imposta ai ricorrenti, né sulle condizioni delle strutture, rimandando sul punto ai propri precedenti. Decisiva, nell'escludere la rilevanza dell'art. 5, insieme alla durata limitata della misura, risulta la circostanza per

² Regolamento (UE) 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, GU L 180/31 del 29 giugno 2013 (regolamento Dublino.)

³ Corte EDU, sentenza del 14 marzo 2017, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. n. 47287/15.

⁴ Corte EDU, sentenza del 5 luglio 2021, *R.R. et al c. Ungheria*, ric. n. 36037/17.

la quale «*the applicants could have left the transit zone in the direction of Serbia at any moment*» (§ 15).

3. *Il trattenimento nelle zone di transito e di frontiera: una misura sui generis*

In dottrina, è stato evidenziato come, storicamente, gli Stati abbiano tentato di negare il carattere detentivo della permanenza dello straniero presso strutture adibite al trattenimento dei migranti in ingresso, sminuendone il carattere afflittivo e coercitivo, anche attraverso un processo di “edulcorazione semantica”, così da sottrarla a tutti quegli obblighi e a quelle garanzie che invece incombono sulle misure detentive “carcerarie”⁵. Tra siffatte argomentazioni, figura la c.d. “teoria della prigionia con tre pareti”⁶. Tale teoria fu elaborata, per la prima volta, nella giurisprudenza della Corte Suprema statunitense relativa proprio al trattenimento in frontiera dei migranti in ingresso sul territorio, negli anni Cinquanta del Novecento.

Nel celebre caso *Mezei*, la Corte Suprema accolse le argomentazioni del governo, che riteneva che il ricorrente, trattenuto in frontiera nelle more dell’accertamento del suo diritto a fare ingresso sul territorio, non fosse sottoposto a una limitazione della sua libertà personale, poiché egli era «*free to take any leave except west*»: ciò che gli era impedito era “semplicemente” l’ingresso negli Stati Uniti, essendo egli libero di lasciare il porto di S. Francisco in direzione di qualunque altro paese. Nel caso di specie, tale possibilità era, tuttavia, meramente teorica: *Mezei* aveva infatti chiesto una autorizzazione all’ingresso in una quindicina di Stati, senza successo⁷.

Uno *status sui generis* a questo tipo di “confinamento”, sia che esso coinvolga richiedenti asilo che “semplici” migranti irregolari, è tendenzialmente riconosciuto anche dalla Corte EDU. Come punto di partenza, infatti, per la Corte «*the situation of an individual applying for entry and waiting for a short period for the verification of his or her right to enter cannot be described as deprivation of liberty imputable to the State, since in such cases the State authorities have undertaken vis-à-vis the individual no other steps than reacting*

⁵ *Ex plurimis*, G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Carocci, 2013.

⁶ D. WILSHER, *Immigration Detention. Law, History, Politics*, Cambridge University Press, 2011; L. BERNARDINI, *La detenzione degli stranieri tra “restrizione” e “rinviazione” della libertà: aspettando Godot*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 1/2022.

⁷ Corte Suprema degli Stati Uniti, *Shaughnessy c. Mezei*, 345 U.S. 206, 1953.

to his or her wish to enter by carrying out the necessary verifications»⁸. Sappiamo che, nel valutare l'applicabilità dell'art. 5, specialmente nei casi di detenzione al di fuori di strutture "carcerarie", la Corte prende in considerazione elementi oggettivi quali il grado e l'intensità della misura e soggettivi, come il consenso, o meno, al confinamento, esaminati alla luce del caso concreto e delle modalità di implementazione della misura⁹.

Quando il confinamento avviene nelle zone di transito e di frontiera, la Corte valuta, nello specifico, quattro fattori: il regime giuridico applicabile a livello statale; la situazione individuale dei ricorrenti e le loro scelte; la durata della misura alla luce del suo scopo e delle tutele offerte; infine, il grado di restrizione incombente sul ricorrente. Questi sono analizzati congiuntamente e, nessuno di essi è in grado, da solo, di determinare una privazione della libertà personale¹⁰. Lo *status sui generis* del confinamento nelle zone di transito, che per la Corte EDU non è «*in every respect comparable to that which obtains in detention centres*», sarebbe legato anche alla circostanza per cui, diversamente da quanto avviene nella detenzione "classica", in cui il soggetto non acconsente alla limitazione della libertà personale, nel caso delle zone di transito, la persona si sottoporrebbe *motu proprio* al trattenimento¹¹. È costui che decide, infatti, di fare ingresso senza autorizzazione nel territorio dello Stato e, quando ciò accade, le autorità sono legittimate a svolgere le necessarie verifiche prima di decidere in merito alla sua ammissione. Ne consegue, inoltre, che alla persona sarebbe semplicemente impedito l'ingresso sul territorio, essendogli invece consentito l'attraversamento della frontiera in direzione del paese di provenienza, così da riguadagnare la propria libertà¹².

4. La teoria della prigione con tre pareti nella giurisprudenza della Corte EDU

Nella giurisprudenza della Corte EDU, la possibilità, per i ricorrenti, di

⁸ Tra gli altri, Corte EDU, sentenza del 21 novembre 2019, *Z.A. et al c. Russia*, ric. n. 61411/15, 61420/15, 61427/15 e 3028/16, § 145.

⁹ Si veda Corte EDU, sentenza del 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italia*, ric. n. 7367/76., § 93; sentenza del 8 giugno 1976, *Engel et al c. Paesi Bassi*, ric. n. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72 e 5370/72, § 60 ss.; sentenza del 16 giugno 2005, *Storck c. Germania*, ric. n. 61603/00, § 74.

¹⁰ Corte EDU, sentenza del 14 marzo 2017, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. n. 47287/15, §§ 217-218.

¹¹ Corte EDU, sentenza del 25 giugno 1996, *Amuur c. Francia*, ric. n. 19776/92, § 40.

¹² Corte EDU, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, cit., §§ 222, 236.

lasciare il territorio, è da esaminare alla luce del caso concreto: non deve essere eventualità meramente teorica e, inoltre, non deve implicare una violazione dell'art. 3 CEDU e del principio di *non-refoulement*¹³. In *Amuur*, ad esempio, il governo francese riteneva che «[...] *the applicants could at any time have removed themselves from the sphere of application of the measure in issue. [...] the applicants had not shown that their lives or physical integrity were in danger in Syria [...]*»¹⁴. Per la Corte, la mera possibilità, per i ricorrenti, di lasciare la zona di transito non esclude l'applicabilità dell'art. 5, soprattutto ove quella possibilità sia solo teorica o difficilmente realizzabile. Nel caso di specie, nessun altro paese era in grado di offrire un livello di protezione adeguata e equivalente a quella garantita dallo Stato convenuto; inoltre, l'allontanamento dei ricorrenti sarebbe stato praticabile solo a seguito di un accordo col paese (nel caso di specie, la Siria, § 48). In *Amuur*, dunque, il confinamento dei ricorrenti rientra nell'alveo dell'art. 5, in quanto privazione della libertà personale: la quarta parete c'è.

In *Riad e Idiab*, la Corte conferma tale impostazione, nonostante la misura fosse durata solo pochi giorni. Secondo le autorità «*The only restriction placed on the applicants' freedom was that they had been prohibited from entering Belgian territory. [...] They had been free to move and, in particular, to leave Belgian territory*». In *casu*, tale circostanza non è ritenuta sufficiente ad escludere una privazione della libertà personale: «*the mere fact that it was possible for the applicants to leave voluntarily cannot rule out an infringement of the right to liberty*»¹⁵. Tuttavia, ci sembra che il *favor* verso i ricorrenti che emerge in questo caso, a fronte della durata limitata della misura, possa essere spiegato da tre circostanze. In primo luogo, non esisteva, nel diritto nazionale, una previsione sulla durata massima del trattenimento. Inoltre, il confinamento era finalizzato all'espulsione, ricadendo pertanto nell'ambito di applicazione del secondo periodo dell'art. 5(1)(f). I ricorrenti, infatti, erano stati trattenuti nella zona di transito per più di un mese, in seguito a procedimenti di allontanamento disposti nei loro confronti.

Infine, la Corte pare escludere più facilmente la rilevanza della teoria della prigione con tre pareti nei casi di trattenimento presso le zone di transito

¹³ Non sempre senza contraddizioni, sulle quali si veda F.L. GATTA, *Diritti al confine e il confine dei diritti. La Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell'Ungheria (Parte II – Detenzione e Art. 5 CEDU)*, in *ADiM Blog*, gennaio 2020.

¹⁴ Corte EDU, *Amuur*, cit., § 46

¹⁵ Corte EDU, sentenza del 24 gennaio 2008, *Riad e Idiab c. Belgio*, ric. n. 29787/03 e 29810/03, § 66, 48.

aeroportuali rispetto a quelle terrestri, come essa stessa spiega in *Ilias e Ahmed*. Il caso *Ilias e Ahmed*, le cui vicende avevano luogo presso la zona di frontiera di Röszke, è quello, invero, in cui la teoria della “prigione con tre pareti” è elaborata più esaurientemente. La Corte esamina gli usuali parametri, tra i quali la possibilità, per i ricorrenti, di sottrarsi al regime detentivo abbandonando la zona di transito in direzione della Serbia, paese attraverso il quale erano transitati. In un primo momento, essa ribadisce l’importanza della tutela della libertà personale, affermando che «*it is true that in a number of cases the Court stated that detention might violate Article 5 of the Convention even though the person concerned had agreed to it*»¹⁶.

In *Ilias e Ahmed*, tuttavia, ci sembra che proprio la possibilità, per i ricorrenti, di sfuggire al trattenimento oltrepassando la linea di confine verso la Serbia sia un fattore determinante nell’escludere l’applicabilità dell’art. 5. La Corte, infatti, pone l’enfasi, innanzitutto, sul fatto che i ricorrenti erano presenti nella zona di transito “di loro iniziativa”, in quanto non correivano rischi per la loro vita o la loro incolumità in Serbia, al punto che altri richiedenti erano autonomamente tornati nel paese¹⁷.

Inoltre, la Corte sottolinea che a differenza di chi è confinato presso le zone di transito aeroportuali, in *Ilias e Ahmed* i ricorrenti «*do not need to board an airplane in order to return to the country from which they came*» e quindi «*the possibility for them to leave the Röszke land border transit zone was not only theoretical but realistic*»¹⁸. Sebbene con esiti talvolta diversi, tale impostazione è stata confermata nelle sentenze più recenti sulle zone di transito terrestri. Ci si riferisce a *R.R. et al c. Ungheria* e, appunto, a *F.O. c. Ungheria*. In *R.R.*, infatti, a parità di condizioni, il fattore determinante l’applicabilità dell’art. 5 sembra essere stato la vulnerabilità dei ricorrenti. Inoltre, in *Ilias e Ahmed*, e in *F.O.*, le autorità avrebbero agito con diligenza, esaminando le istanze dei ricorrenti in “sole” tre settimane circa, diversamente da *R.R.*, in cui il periodo prolungato della detenzione sarebbe stato sintomatico dell’assenza di diligenza da parte delle autorità statali.

Infine, in *R.R.*, dirimente è anche la permanenza dei ricorrenti, per un

¹⁶ Corte EDU, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, cit., § 221.

¹⁷ *Ibid.*, §§ 222-223, con diverse critiche da parte della dottrina, poiché nella stessa decisione la Corte ha riscontrato una violazione dell’art. 3 CEDU per il respingimento in Serbia. Si veda ancora F. L. GATTA, cit.; V. V. STOYANOVA, *The Grand Chamber Judgment in Ilias and Ahmed v Hungary: Immigration Detention and how the Ground beneath our Feet Continues to Erode*, Strasbourg Observers, 23 dicembre 2019.

¹⁸ Atto che, per la Corte, implica maggiori “problemi pratici” cfr. *Amuur*, § 49, Corte EDU, *Ilias e Ahmed*, cit., § 236.

mese, nella sezione “isolamento” della zona di transito. Tuttavia, anche in R.R., la necessaria premessa, per la Corte, è che «*While the applicants were not permitted to leave the Röszke transit zone in the direction of the remaining territory of Hungary, they could have left the transit zone in the direction of Serbia at any time*»¹⁹.

5. Conclusioni

Dalla breve analisi compiuta, innanzitutto, emerge che il confinamento nelle zone di transito costituisce, di norma, per la Corte EDU, una misura limitativa la libertà personale *sui generis*. Si è ipotizzato che questa specialità sia motivata, tra le altre cose, dal fatto che la persona si sottoporrebbe volontariamente alla misura, attraversando la frontiera sprovvisto di autorizzazione all'ingresso. In tal senso, se volontaria è la soggezione al confinamento, altrettanto liberi sarebbero i ricorrenti di sottrarsi, lasciando la zona di transito in direzione del paese di provenienza.

Come la Corte stessa afferma, inoltre, il trattenimento in frontiera dello straniero sprovvisto di autorizzazione all'ingresso, specialmente se di breve durata, rappresenta, prima di tutto, una ordinaria e legittima espressione di quell' «*undeniable sovereign right*» degli Stati di controllare l'ingresso e la permanenza dei non-cittadini sul proprio territorio. Il breve confinamento nelle more delle verifiche di frontiera, in tal senso, si configura come una “normale” reazione delle autorità al tentativo dello straniero di introdursi irregolarmente sul territorio²⁰.

Il parametro esaminato, inoltre, si mostra particolarmente incisivo nel distinguere la qualificazione della misura a seconda del tipo di zona di transito. Se nelle zone aeroportuali, esso può difficilmente trovare applicazione, in ragione delle modalità, più onerose, dell'eventuale allontanamento e degli adempimenti necessari alla sua concretizzazione, diversamente avviene in quelle terrestri, dove, di norma, sarebbe sufficiente attraversare la linea di confine, a ritroso. Una eventuale privazione della libertà personale, nelle zo-

¹⁹ Corte EDU, R.R., cit., § 81; si veda L. BERNARDINI, “*La storia infinita*”. (Ancora) detenzioni arbitrarie e torture ai confini tra Ungheria e Serbia, in ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, luglio 2022.

²⁰ Corte EDU, Z.A. c. Russia, cit., § 145; sia consentito di rinviare a F. RONDINE, H.N. c. Ungheria: la Corte Edu ritorna sul trattenimento dei richiedenti asilo in occasione del loro ingresso sul territorio, in ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, luglio 2023.

ne di transito terrestri, dunque, ci sembra essere determinata dell'incidenza di altri fattori, qualora siano tali da rendere irrilevante la possibilità per i ricorrenti, quasi *de plano* ritenuta percorribile, dalla Corte, di abbandonare la zona di frontiera.

Infine, come già osservato, tale approccio mostra un crescente formalismo adottato dalla Corte, specialmente nel quadro del trattenimento in ingresso sul territorio degli “*unauthorised entrants*”²¹. La possibilità, per un richiedente asilo, di abbandonare la zona di transito, infatti, ammesso che non comporti un rischio per la sua incolumità, equivale a rinunciare all'esercizio di un diritto quale quello di ottenere l'asilo, che gli Stati dovrebbero proteggere anche garantendo l'accoglienza nelle more della procedura²². Tale diritto, pur non tutelato espressamente nella CEDU, è, nello spazio europeo, tanto fondamentale quanto quello alla libertà personale²³.

²¹ L. BERNARDINI, *Che cos'è la libertà? La Corte di Strasburgo si pronuncia (ancora) sulla detenzione amministrativa nelle zone di transito ungheresi*, in *ADiM Blog*, aprile 2021; F.L. GATTA, *Diritti al confine e il confine dei diritti. La Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell'Ungheria (Parte II – Detenzione e Art. 5 CEDU)*, in *ADiM Blog*, gennaio 2020.

²² Corte EDU, sentenza del 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ric. n. 30696/09, § 249-250.

²³ G. CORNELISSE, *Borders, Procedures and Rights at Röszke: Reflections on Case C-924/19 (PPU)*, in *EDAL*, 9 aprile 2020.

IL “CASO C.P.R.” ALLA LUCE DEL DIRITTO EUROPEO

Paola Regina*

SOMMARIO: 1. La vicenda – 2. I Rapporti sulle condizioni di trattenimento nel CPR – 3. Le restrizioni all’inviolabilità della libertà personale ammesse nei soli casi previsti dalla legge.

1. *La vicenda*

Lo scorso 1° dicembre 2023, a Milano, un’ispezione a sorpresa della Guardia di Finanza ha portato alla luce le condizioni inumane e degradanti, a cui erano sottoposti i soggetti trattenuti nel Centro per il Rimpatrio (CPR) di via Corelli a Milano. A seguito dell’ispezione, nell’ambito delle indagini per frode e turbativa d’asta, la Procura di Milano ha disposto, in via d’urgenza, un sequestro nei confronti della società *Martinina s.r.l.*¹, che si era aggiudicata un appalto di 4,4 milioni di euro, come riportato dalle maggiori testate giornalistiche italiane². L’ispezione della Guardia di Finanza ha fatto emergere nel CPR di via Corelli gravi condizioni di sporcizia, cibo avariato, mancanza di assistenza medica per pazienti oncologici, mancanza di assistenza psichiatrica, somministrazione generalizzata di sedativi, mancanza di assistenza legale ed altre forme di violazioni gravi dei diritti fondamentali in danno dei migranti. Il Tribunale di Milano (XII Sezione Penale), con Ordinanza dello scorso 12 gennaio 2024, depositata in data 16 gennaio 2024 (depositata in data 16 gennaio 2024)³ ha confermato il sequestro del CPR, rico-

* Avvocato internazionalista www.eu-dike.com, Università Statale di Milano.

¹ Il contratto pubblicato sul sito della Prefettura è ancora quello della società Engel che aveva venduto nel gennaio del 2022 il ramo d’azienda della detenzione amministrativa alla società Martinina, destinataria del provvedimento di sequestro giudiziario. Secondo notizia di stampa, però, tra le due società vi era una evidente connessione (infatti, la società Engel faceva capo a Paola Cianiulli, moglie di Alessandro Forlenza, amministratore di fatto della società *Martinina* e gestore del CPR di via Corelli a Milano).

² cfr. L. FERRARELLA, *Cpr di via Corelli a Milano, I PM sequestrano d’urgenza la società di gestione. Un mese fa la Prefettura le aveva rinnovato il contratto per tutto il 2024*, in *Corriere della Sera*, 13 dicembre 2023.

³ ANSA Redazione, *Caso Cpr Milano, Riesame conferma il sequestro della società*, Milano 25 gennaio 2025.

noscendo le condizioni inumane e degradanti cui erano costretti i migranti nonché le gravi violazioni dei diritti fondamentali da questi subite. Il Tribunale ha così rigettato il ricorso per il riesame proposto dall'imprenditore, ex gestore del CPR⁴ (attualmente indagato insieme a soggetti coinvolti nelle indagini milanesi). Naturalmente, la società civile s'interroga sul ruolo svolto dalla Prefettura, stazione appaltante e amministrazione incaricata della vigilanza e del controllo sull'operato dell'Ente gestore. I diritti fondamentali dei trattenuti, tutelati a livello costituzionale ed europeo, consistono nel diritto ad avere accesso alle cure (e quindi ad un medico), nel diritto di difesa (e quindi ad un avvocato) nonché nel diritto alla vita privata e familiare. Tali diritti fondamentali sono menzionati nei documenti pubblicati sulla pagina internet della Prefettura di Milano, relativa al Centro di Via Corelli, ove è possibile anche trovare le direttive organizzative, il regolamento interno del Centro e il dettagliato contratto di gestione. La condizione reale all'interno del CPR è però risultata ben diversa da quella descritta nei documenti pubblicati on line.

2. I Rapporti sulle condizioni di trattenimento nel CPR

Nel marzo 2022, l'Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione (ASGI) ha redatto un Rapporto⁵ sul CPR di via Corelli e lo ha inviato all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC).

In tale rapporto, l'ASGI denuncia, in particolare, l'inesistenza dei servizi previsti per i migranti nel contratto di appalto e l'assenza di verifica e controllo circa il rispetto dei diritti fondamentali delle persone trattenute nel CPR. L'ultimo Rapporto del garante delle persone private della libertà⁶

L'ultimo Rapporto del *Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale* del febbraio 2023⁷ del febbraio 2023 sul CPR di via Corelli descrive (in 12 paragrafi) i locali di pernottamento, la qualità della vita detentiva, la qualità dell'assistenza sanitaria, la qualità del cibo, la libertà di comunicazione, i metodi di accertamento dell'età dei presunti minori, la

⁴ cfr. L. RONTI, L. FIGONI, *Firme false e assistenza inesistente per i reclusi: la Procura indaga sul Cpr di Milano*, in *Altraeconomia*, 2 dicembre 2023.

⁵ ASGI, *Report sulla visita al Centro di Permanenza per il Rimpatrio (CPR) di Milano - Via Corelli*, Marzo 2022.

⁶ Rapporto sulla visita effettuata presso il centro di permanenza per i rimpatri di Milano.

⁷ Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, *Rapporto sulla visita effettuata presso il centro di permanenza per i rimpatri di milano*, 22 febbraio 2023.

tutela dei diritti, il diritto all'informazione, il diritto d'asilo, le difficoltà di accesso alla giustizia, il diritto al reclamo, la sicurezza e l'ordine, il diritto all'incolumità personale, il monitoraggio dei rimpatri forzati. L'associazione milanese NAGA⁸ redige un rapporto annuale approfondito sul Centro per il Rimpatrio di via Corelli a Milano, ove il CPR viene descritto come «non-luogo, progettato per essere nascosto e nascondere gli orrori che contiene, in qualsiasi modo». L'osservazione, nel corso degli ultimi anni, è stata svolta da medici ed avvocati attraverso l'istituzione di un centralino telefonico dedicato (in funzione a partire da maggio 2021), che i migranti possono contattare per chiedere aiuto (SOS CPR), dato che l'accesso diretto di soggetti terzi era vietato (salvo che per le forze dell'ordine o i parlamentari). L'unico rapporto del NAGA dal titolo *Al di là di quella porta* descrive un anno di osservazione faticosissima, perché «osservare un CPR equivale a guardare un oggetto oscuro ed allo stesso tempo invisibile e nascosto da alte mura, pressoché impenetrabili dalla società civile e talvolta dagli stessi addetti ai lavori». Dal punto di vista sanitario, è prevista una visita medica preliminare, volta a stabilire l'idoneità al trattenimento. Al fine di poter garantire un carattere di obiettività e neutralità, secondo il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale⁹, tale visita dovrebbe essere svolta da medici dipendenti del sistema sanitario nazionale. I soggetti trattenuti nel CPR di via Corelli a Milano hanno riferito prassi difforme rispetto alle visite svolte, talvolta in Questura, talvolta in un ambulatorio all'interno il CPR, in presenza della polizia e di medici in regime di libera professione. Le persone trattene riferiscono, inoltre, che l'idoneità al trattenimento veniva valutata sulla base di un semplice colloquio in cui hanno semplicemente dichiarato di stare bene in quel momento. La condizione clinica delle persone trattene è risultata essere piuttosto grave: malati oncologici privi di cure, obbligo di sottoporsi a flessioni nudi, somministrazione generalizzata di sedativi, sino a giungere a numerosi tentativi di suicidio. Ciò è riportato, altresì, dal Rapporto della Coalizione sulle libertà e diritti civili (CILD), dal titolo "*Buchi Neri. La detenzione senza reato nei centri di permanenza per il rimpatrio (CPR)*"¹⁰.

Medicina Democratica ha pubblicato un interessante articolo redatto

⁸ L'associazione NAGA, fondata nel 1987 da un medico e composta da 400 volontari, si occupa di fornire assistenza sanitaria e legale a migranti, richiedenti asilo, rifugiati, stranieri regolari e stranieri con permesso di soggiorno scaduto o privi di permesso di soggiorno.

⁹ Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà, *Rapporto sui CPR in Italia del 2019/2020*.

¹⁰ Coalizione per le libertà e diritti civili (CILD), "*Buchi neri. La detenzione senza reato nei CPR*", 15 ottobre 2021.

dalla Rete No CPR, avente ad oggetto *"Le basi psicopatogene della criminalizzazione delle persone migranti e della detenzione amministrativa"*¹¹, ove viene descritto il processo di esclusione di alcune persone dalla categoria dell'umano, la *"deumanizzazione"*. Il Garante Nazionale delle persone private della libertà personale, nel suo Rapporto sui CPR in Italia del 2019/2020, ha osservato che «la detenzione amministrativa assume nella prassi prevalentemente i tratti di *un meccanismo di marginalità sociale, confino e sottrazione temporanea allo sguardo della collettività di persone*, che le Autorità non intendono includere, ma che al tempo stesso non riescono nemmeno ad allontanare».

Diverse testimonianze di abusi e violenze sono state raccolte dalla campagna *"Lasciateci entrare"* nel Rapporto dal titolo *"Dietro le mura – abusi violenze e diritti negati nei CPR d'Italia"*¹².

3. *Le restrizioni all'inviolabilità della libertà personale ammesse nei soli casi previsti dalla legge*

Infatti, l'inviolabilità della libertà personale sancita dall'articolo 13 della Costituzione italiana ammette restrizioni solo per atti motivati da parte dell'autorità giudiziaria e nei soli casi previsti dalla legge. Le garanzie previste dalla disposizione costituzionale riguardano naturalmente anche gli stranieri, poiché «il carattere universale della libertà personale spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani».¹³ Il 19 maggio 2022, il Ministro dell'Interno, Lamorgese, ha adottato la Direttiva recante *"Criteri per l'organizzazione e la gestione dei centri di permanenza per i rimpatri previsti dall'art. 14 del d.lgs. n. 286/1998 e successive modificazioni"*.

Tale direttiva prevede, tra l'altro, che siano garantiti:

- obblighi informativi nei confronti degli stranieri trattenuti in una lingua *"comprensibile"* da parte loro (art. 2);
- una assistenza sanitaria affidata, *"di norma"* al SSN, con possibilità di affidamento a medici in regime di libera professione, incaricati dagli enti gestori dei CPR (art. 3);

¹¹ Cfr. Medicina Democratica *"Le basi psicopatogene della criminalizzazione delle persone migranti e della detenzione amministrativa"*.

¹² In *"Lasciateci entrare"* Rapporto: *"Dietro le mura – abusi violenze e diritti negati nei CPR d'Italia"*. <https://www.lasciatecicentrare.it/wp-content/uploads/Dietro-le-Mura.pdf>.

¹³ Corte Cost., sentenza 22 marzo 2001, n. 105.

- i servizi all'interno del centro, tra cui il servizio mensa o «colloqui con il servizio di assistenza legale» o il servizio di custodia degli effetti personali o il servizio di raccolta dei rifiuti o il servizio di fornitura di apparecchi radio-televisivi, il servizio di corrispondenza epistolare (art. 4);
- il servizio di corrispondenza telefonica mediante telefoni fissi (art. 5);
- l'accesso al Centro esclusivamente da parte di forze dell'ordine e dipendenti o altri soggetti appartenenti all'ente gestore (art. 6).

Tali disposizioni, che sembrano non soddisfare lo standard minimo di tutela dei diritti umani imposto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sono state portate già all'attenzione del TAR Lombardia. In particolare, la prima sezione del TAR Lombardia, con sentenza del 2 gennaio 2023¹⁴, a seguito del ricorso presentato dall'Associazione NAGA, si è pronunciata sull'art. 6 della "Direttiva Lamorgese", annullando il provvedimento di diniego di accesso al CPR e ribadendo il diritto di accesso alle strutture di detenzione anche per le associazioni che promuovono diritti fondamentali, in applicazione del diritto nazionale ed europeo.

¹⁴ Tribunale Amministrativo Regionale Lombardia, sezione prima, sentenza 2 gennaio 2023, n. 1.

BREVI NOTE SULLA TUTELA DELLA SALUTE NEI C.P.R.

Maria Falcone*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il primo livello di analisi: Testo Unico Immigrazione e Direttiva Lamorgese – 3. Il secondo livello di analisi: gli accordi tra l'ATS e la Prefettura di Milano – 4. Il terzo livello di analisi: la prassi e le sue criticità – 5. Riflessioni conclusive.

1. Introduzione

Il *diritto alla salute*, com'è noto, è riconosciuto dall'articolo 32 della Costituzione italiana come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività ed è l'unico a essere qualificato come “fondamentale” dalla stessa Carta costituzionale, rappresentando la preconditione d'esercizio di tutti gli altri diritti dell'individuo. Come sottolineato dalla giurisprudenza della Corte Edu, per gli individui ristretti nella libertà personale, *qualsiasi sia il luogo di detenzione che li ospita*, le esigenze di garanzia di ogni diritto – quindi anche del diritto alla salute – diventano più marcate, perché dalla condizione di restrizione della libertà personale e dall'affidamento della persona alla custodia dello Stato deriva una condizione di vulnerabilità individuale¹. Ciò vale anche per gli stranieri trattenuti all'interno dei Centri per la Permanenza e il Rimpatrio, in attesa dell'esecuzione di un ordine di espulsione. Questi luoghi, infatti, sono a tutti gli effetti luoghi detentivi, ove si realizza una forma di privazione della libertà personale², di fatto disposta in assenza delle medesime garanzie proprie della materia penale, quali quelle discendenti dagli articoli 13 e 25 della Costituzione.

* Dottoranda di ricerca in Diritto penale, Università degli Studi di Milano.

¹ Sul punto, cfr. Corte Edu, sentenza dell'8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, ric. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10; Corte Edu, sentenza del 24 gennaio 2022, *Sy c. Italia*, ric. n. 11791/20, a commento della quale si rinvia a P. SCARLATTI, *Tutela dei diritti e trattamento dei detenuti vulnerabili. A proposito del recente caso Sy contro Italia*, in *Dirittifondamentali.it*, 2022, 1.

² Corte cost., sentenza del 10 aprile 2001, n. 105, a commento della quale cfr. G. BASCHERINI, *Accompagnamento alla frontiera e trattenimento nei centri di permanenza temporanea: la Corte tra libertà personale e controllo dell'immigrazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, 3, pp. 1680 ss. Su questi temi, si v. anche P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili generali e costituzionali*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, pp. 280 ss.

La tutela del diritto alla salute dello straniero destinatario di un provvedimento di espulsione passa dalla previsione di un meccanismo volto a sottrarre alla misura del trattenimento quegli individui affetti da particolari condizioni di vulnerabilità o gravi patologie, che rendono il loro stato di salute *incompatibile* con la permanenza in una comunità ristretta.

Di questi temi, si è discusso nell'ambito del panel *La tutela della salute all'interno dei Centri per la Permanenza e il Rimpatrio nel T.U.I., nella Direttiva Lamorgese e nella prassi del territorio milanese*, presentato, insieme alla Dott.ssa Cecilia Pagella e alla Dott.ssa Cecilia Pasini, in occasione della ADiM – IntoMe Migration Conference 2024. Il tema è parte di un più ampio lavoro di ricerca condotto in seno al progetto Clinica legale di Giustizia penale dell'Università degli Studi di Milano e coordinato dalla Prof.ssa Angela della Bella³.

La ricerca si articola lungo tre distinti livelli di analisi, su cui ci soffermeremo brevemente: fonti normative e disposizioni ministeriali, atti di recepimento adottati a livello locale e prassi.

2. Il primo livello di analisi: Testo Unico Immigrazione e Direttiva Lamorgese

La disciplina della tutela del diritto alla salute dei trattenuti affidata alla legislazione primaria è molto scarna e si esaurisce nell'art. 14, co. 2, del T.U. immigrazione (D.lgs. del 25 luglio 1998, n. 286). Tale disposizione prescrive solamente che la detenzione all'interno dei C.P.R. avvenga nel rispetto di *adequati standard igienico sanitari e abitativi*. L'individuazione delle modalità di erogazione dei servizi di cura e assistenza è demandata, per il resto, alle indicazioni del Ministro dell'Interno, che oggi si intendono riferite alla Direttiva emanata il 19 maggio 2022 dalla Ministra Luciana Lamorgese.

Nell'impianto della Direttiva, l'accertamento *in ingresso* della compatibilità tra le condizioni di salute e vulnerabilità dello straniero e le specifiche condizioni abitative del Centro di destinazione è affidato a un medico del Sistema Sanitario Nazionale (S.S.N.) ed è volto ad accertare, attraverso un'indagine anamnestica o sintomatologica, l'assenza di malattie infettive

³ L'area di intervento principale della Clinica riguarda il tema della privazione della libertà personale in senso ampio. Le sue attività e i suoi obiettivi sono molteplici e risultano accessibili in uno spazio virtuale, di nuova creazione, che rappresenta uno strumento di diffusione e condivisione delle ricerche e dei progetti portati avanti dalla Clinica stessa (penale.clinicalegaleunimi.it).

contagiose e pericolose per la comunità, disturbi psichiatrici, patologie acute o cronico degenerative o altre patologie evidenti, che rendano incompatibile l'ingresso e la permanenza dello straniero nella struttura. Tale accertamento è documentato tramite il rilascio di un *certificato di idoneità alla vita in comunità ristretta*, che diviene il presupposto per la convalida o la proroga del trattenimento da parte dell'autorità giudiziaria competente. Il monitoraggio delle condizioni di salute e di vulnerabilità nelle more del trattenimento è demandato, invece, al personale medico in servizio presso la struttura, tenuto a richiedere l'intervento delle Aziende Sanitarie Locali (A.S.L.), qualora accerti un mutamento delle condizioni di salute del trattenuto.

Le criticità della disciplina, di cui si è cercato di ricostruire le coordinate in termini essenziali, sono molteplici e si apprezzano anche solo guardando alla cornice normativa delineata dall'art. 14 T.U. Immigrazione. Delegando la definizione delle modalità del trattenimento a una fonte secondaria, la norma incorre nel mancato rispetto della riserva assoluta di legge prevista dall'art. 13 Cost. in materia di privazione della libertà personale. In questo modo, la regolamentazione di aspetti molto delicati della vita detentiva nei C.P.R. è rimessa a una direttiva ministeriale, che, per quanto concerne la tutela della salute dei trattenuti, si premura di costruire una rete di garanzie, che, tuttavia, ammettono diverse eccezioni e non ne assicurano, perciò, la piena salvaguardia⁴.

Difatti, la Direttiva Lamorgese affida la visita medica d'ingresso allo scrutinio dell'autorità sanitaria pubblica, al fine di assicurare che il certificato di idoneità sia rilasciato da un soggetto imparziale e indifferente all'esito della visita stessa⁵. Al contempo, però, la stessa Direttiva contempla la possibilità che la visita d'ingresso possa essere effettuata dal personale medico contrattualizzato dagli enti gestori dei Centri. Laddove ciò accada, ai medici del

⁴ Queste criticità sono state di recente portate all'attenzione della Corte costituzionale ad opera del Giudice di pace di Roma, che – con ordinanza del 17 ottobre 2024, n. 61332 – ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, co. 2, T.U.I., per violazione della riserva assoluta di legge e del principio di eguaglianza. Anticipava questi profili di possibile frizione con il quadro costituzionale, 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.

⁵ Nel vigore del regolamento previgente, sostituito dalla Direttiva Lamorgese, l'assistenza sanitaria era, invece, affidata agli enti gestori. A tal proposito, parla di «extraterritorialità sanitaria» dei C.P.R., F. BORLIZZI, *La nuova direttiva Lamorgese sui "modi" del trattenimento nei C.P.R.*, in *Coalizione italiana libertà e diritti civili*, 8 agosto 2022.

S.S.N. spetta soltanto un secondo *screening* sulle condizioni di salute del trattenuto, che – si ritiene – non potrà verosimilmente concludersi con esito diverso dal primo, senza che ciò si traduca in una presa di posizione dell'operatore sanitario pubblico rispetto a quello privato. Allo stesso modo, la Direttiva consente che il monitoraggio dello stato di salute sia affidato ai medici dell'ente gestore e, dunque, demanda a un soggetto privato l'erogazione dei servizi di cura e assistenza nel periodo del trattenimento.

Le disposizioni ministeriali prescrivono, poi, che l'accertamento delle condizioni di salute e di vulnerabilità del trattenuto sia condotto in relazione alle caratteristiche e ai servizi sanitari disponibili all'interno della specifica struttura a cui è destinato (c.d. *idoneità relativa*). Eppure, la ricerca ha evidenziato come, in molti casi, si consenta che il certificato di idoneità sia rilasciato da un medico che si limita a verificare che le condizioni psicofisiche della persona non siano incompatibili con la vita all'interno di ogni tipo di comunità ristretta e non della specifica comunità di destinazione. Ciò accade, ad esempio, quando lo straniero provenga da un istituto penitenziario, da un altro C.P.R., da un *hotspot*, ovvero da una provincia diversa da quella in cui è situata la struttura ospitante. Nel primo caso, la visita è effettuata dalla Direzione sanitaria dell'Istituto penitenziario. Diversamente, nel caso in cui lo straniero provenga da un altro C.P.R., non è prevista una nuova visita di accertamento, ma è considerata sufficiente la trasmissione del certificato di idoneità rilasciato al momento del primo ingresso, in base alle caratteristiche del Centro di provenienza. Infine, se la provenienza è da un *hotspot* o da una diversa provincia, l'accertamento viene effettuato dal personale medico presente nell'*hotspot* o da un sanitario dell'A.S.L. del luogo di provenienza. In tutte queste ipotesi, dunque, si attribuisce rilevanza al giudizio di un operatore sanitario che non è prossimo al Centro di destinazione e che, pertanto, potrebbe non conoscerne le condizioni detentive e le capacità assistenziali.

Ancora, la Direttiva non prescrive di disporre accertamenti specialistici e nemmeno richiede che le visite siano condotte alla presenza di mediatori linguistico-culturali, così vanificando, quantomeno parzialmente, gli stessi scopi di tutela che la fonte normativa si prefigge. Tutto questo appare accentuato se si considera che molti trattenuti hanno alle spalle percorsi migratori e vicende personali traumatiche, che andrebbero gestite secondo il *culturally competent approach*⁶, previsto dalle Linee guida *I controlli alla frontiera - la frontiera dei controlli*, sviluppate dall'Istituto Nazionale per la promozione

⁶ Si veda anche A.A.V.V., *Health assessment for migrants and asylum seekers upon arrival and while hosted in reception centres: Italian guidelines*, in *Health Policy*, 2021, 125, pp. 393 ss.

della salute delle popolazioni Migranti e per il contrasto delle malattie e della Povertà (INMP), dall'Istituto Superiore di Sanità (ISS) e dalla Società Italiana di Medicina delle Migrazioni (SIMM).

Da ultimo, la Direttiva rimanda a un ampio potere di regolazione spettante agli enti che si aggiudicano l'appalto per l'affidamento del servizio di gestione dei Centri, da esercitare previo raggiungimento di accordi o firma di protocolli con le istituzioni territoriali (Prefettura, Questura, A.S.L.). Ciò moltiplica il rischio di trattamenti differenziati su base territoriale, con evidente pregiudizio al principio di eguaglianza e non discriminazione, sancito all'art. 3 Cost., ma anche, nel sistema convenzionale della tutela dei diritti, all'art. 14 CEDU⁷.

3. *Il secondo livello di analisi: gli accordi tra l'ATS e la Prefettura di Milano*

Se questo è il quadro normativo generale, occorre ora chiarire che il recepimento della Direttiva Lamorgese passa, a livello locale, dall'adozione di Protocolli d'intesa e accordi tra i diversi attori istituzionali cui è, in definitiva, assegnato il compito di collaborare al fine di assicurare la tutela del diritto alla salute dei trattenuti: Questure, Prefetture, A.S.L.

Tra gli atti di recepimento della Direttiva adottati nell'ambito del territorio milanese, possono annoverarsi un *Protocollo per l'erogazione di prestazioni sanitarie ai migranti ospiti del Centro di permanenza per il rimpatrio di via Corelli a Milano*, stipulato tra l'Azienda Sanitaria Territoriale (A.T.S.) e la Prefettura di Milano, e una Convenzione, cui lo stesso Protocollo rinvia, stipulata tra Prefettura, Questura, A.T.S. e l'Azienda Socio-Sanitaria Territoriale Fatebenefratelli-Sacco (A.S.S.T.), *per la collaborazione in materia di visite mediche per gli stranieri destinatari di trattenimento presso i Centri di Permanenza per il Rimpatrio*. Entrambi gli accordi citati hanno cessato la loro validità al 31 dicembre 2023 e non risultano rinnovati.

Il Protocollo contiene per lo più disposizioni di principio e rinvia a sua volta alla Convenzione, a cui è, in effetti, demandato il recepimento della Direttiva Lamorgese, nella parte in cui disciplina la visita di accertamento dell'idoneità alla vita in comunità ristretta dei trattenuti. Nel complesso, le

⁷ Cfr., sul punto, S. DIFRANCESCO, *La detenzione dello straniero irregolare tra disciplina sovranazionale e giurisprudenza europea*, in A. MASSARO (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, Roma, 2017, pp. 489-490.

sue previsioni sono, in parte, vaghe o meramente riproduttive delle disposizioni della Direttiva, e, in altra parte, contrastanti con esse⁸.

Ad esempio, la Convenzione non assicura la copertura oraria richiesta dalla Direttiva per lo svolgimento delle visite di idoneità, che andrebbero assicurate senza soluzione di continuità. Inoltre, la stessa Convenzione impone all'A.T.S. di Milano l'individuazione di due medici in possesso di specifico *know-how*, a cui affidare le visite in ingresso che debbano svolgersi in determinate fasce orarie. Tuttavia, nulla si prescrive per le visite da svolgersi fuori dalle fasce orarie garantite, che sono, quindi, affidate ai medici di turno del Pronto Soccorso Fatebenefratelli-Sacco, in assenza di garanzie circa il possesso, da parte di questi ultimi, del *know-how* richiesto e di un'adeguata conoscenza delle condizioni del Centro di destinazione. Parimenti insoddisfacente appare il dettato della Convenzione nella parte in cui descrive in maniera sommaria le *modalità di svolgimento* delle visite e i *locali* da attrezzare a tal fine presso gli uffici della Questura, la cui strumentazione consiste semplicemente in un lavabo con rubinetteria a comando non manuale, in un lettino per visite e in pochi altri strumenti.

4. Il terzo livello di analisi: la prassi e le sue criticità

La ricognizione, fin qui svolta, delle fonti normative e dei relativi atti di recepimento ha già mostrato un quadro piuttosto fragile, che assume connotati ancora più critici nella prassi, come è emerso dalle interviste ad alcuni degli operatori sanitari preposti alle visite di idoneità.

Le visite di accertamento dell'idoneità alla vita in comunità ristretta si svolgono spesso in una *manciata di minuti* e senza l'ausilio di esami e anamnesi specialistiche, non sempre immediatamente disponibili nel luogo in cui si effettua lo *screening*. Ciò accade, in particolare, nei casi in cui lo straniero provenga da un istituto penitenziario, dal quale debba essere rilasciato in tempi rapidi, per fare ingresso nel C.P.R.

Assai di frequente, inoltre, le visite si limitano ad accertare l'assenza di malattie infettive (tubercolosi, scabbia, etc.), mentre si trascura la verifica di inesistenza di patologie cronico-degenerative e di disagi afferenti alla sfera psichiatrica, in netto contrasto con le previsioni della Direttiva Lamorgese.

⁸ In tal senso, M. BENVENUTI, *Il trattenimento degli stranieri nei Centri di permanenza per i rimpatri e la c.d. direttiva Lamorgese. Problemi vecchi e prospettive nuove per i provvedimenti di convalida dei giudici di pace*, in *Questione giustizia*, 13 febbraio 2023.

Sebbene gli operatori stimino in tre giorni lavorativi la tempistica minima necessaria per effettuare un'anamnesi accurata, i tempi di attesa del S.S.N., unitamente alle richieste della Questura di effettuare le visite in tempi brevi, non agevolano gli accertamenti, il cui svolgimento è ulteriormente complicato dalla presenza delle Forze dell'Ordine all'atto della visita e dall'assenza di mediatori linguistico-culturali per facilitare la relazione medico-paziente. In definitiva, la durata delle visite è, di regola, di pochi minuti.

A queste criticità si aggiunge, poi, il *nodo irrisolto* della sorte degli stranieri che siano dichiarati inidonei alla vita in comunità ristretta, magari per una patologia psichiatrica o uno stato di tossicodipendenza. A fronte degli elevati rischi di mancata presa in carico di questi soggetti ad opera del sistema socio-sanitario in ragione della loro presenza irregolare sul territorio nazionale, si diffonde nel personale medico la convinzione che sia preferibile l'ingresso degli stessi in un Centro per la Permanenza e il Rimpatrio.

5. *Riflessioni conclusive*

Le carenze del sistema dell'accertamento dell'idoneità sanitaria alla vita in comunità ristretta, necessario ai fini dell'ingresso in un C.P.R., trovano conferma nelle notizie di cronaca sul numero elevato di trattenuti vulnerabili, che, molto spesso, manifestano la loro sofferenza compiendo *atti di auto-danno intenzionale*. Sono gli stessi Report redatti dal Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale sulle visite nei C.P.R. a restituire il quadro di una realtà molto critica, che giunge all'attenzione anche della Corte europea dei diritti dell'uomo. Non è un caso che i giudici di Strasburgo abbiano recentemente ordinato, interinalmente, il trasferimento di una donna affetta da gravi problemi psichici dal C.P.R. di Ponte Galeria (Roma) a una struttura sanitaria⁹.

Dallo scenario ricostruito emerge, dunque, con chiarezza l'urgenza di avviare serie occasioni di riflessione sul tema, per restituire dignità agli stranieri trattenuti e garantire l'effettività del diritto alla salute degli stessi, che non appare essere adeguatamente tutelato nel vigore dell'attuale impianto normativo.

⁹ Corte Edu, decisione del 3 luglio 2024, n. 17499.

ESPULSIONE E PERICOLOSITÀ SOCIALE

AUTOMATISMI ESPULSIVI E DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA

Simona D'Antonio*

SOMMARIO: 1. Un (apparente?) paradosso. – 2. La giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 3. Il giudizio di pericolosità dello straniero. – 4. La decisione discrezionale dell'amministrazione. – 5. Osservazioni conclusive.

1. *Un (apparente?) paradosso*

Con il presente contributo s'intende offrire una riflessione critica su un passaggio della giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di automatismi espulsivi¹: l'affermazione secondo la quale, alla luce dei principi costituzionali, le decisioni relative all'ingresso, al soggiorno e all'espulsione dello straniero debbano essere il risultato di una valutazione discrezionale affidata alla P.A.

La giurisprudenza costituzionale chiarisce i limiti che il legislatore ordinario deve rispettare nell'esercizio della propria discrezionalità in tema di immigrazione, richiamando i principi di ragionevolezza e proporzionalità ai quali anche la disciplina di questo settore deve conformarsi. Secondo la Corte tali canoni appaiono rispettati quando la norma attributiva del potere (di non autorizzare il soggiorno e di allontanare lo straniero dal territorio dello Stato) riconosca all'amministrazione un margine di discrezionalità nell'accertare la pericolosità in concreto dello straniero e nel bilanciare le ragioni della sicurezza pubblica con la tutela dei diritti fondamentali della persona.

Prendendo le mosse da questo passaggio, si vorrebbe spostare l'attenzione dalla discrezionalità del legislatore alla discrezionalità di cui dovrebbe disporre, secondo la giurisprudenza richiamata, l'organo amministrativo competente a decidere sul permesso di soggiorno o sull'espulsione.

* Professoressa associata di Diritto amministrativo e pubblico, Università di Teramo.

¹ Si vedano Corte Cost., sentenza del 6 luglio 2012, n. 172; Corte cost., sentenza del 18 luglio 2013, n. 202; Corte Cost., sentenza dell'8 maggio 2023, n. 88; Corte cost., sentenza del 19 marzo 2024, n. 43.

Sembra infatti meritevole di approfondimento l'affermazione secondo la quale, in simili casi, il riconoscimento alla P.A. di un potere discrezionale sia la soluzione che meglio risponde all'obiettivo di garantire i diritti fondamentali degli stranieri, destinatari del potere stesso². A ben riflettere, una simile affermazione potrebbe apparire paradossale, alla luce del tradizionale assunto che inquadra nella categoria degli interessi legittimi (e non già in quella dei diritti soggettivi) le situazioni giuridiche soggettive dei privati che si relazionano con il potere amministrativo, specialmente ove si tratti di potere discrezionale, giungendo addirittura ad escludere la possibile coesistenza di potere discrezionale e diritti soggettivi.

2. *La giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*

Occorre in primo luogo chiarire in che senso la giurisprudenza costituzionale affermi, alla stregua dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, che le decisioni di diniego del permesso di soggiorno e di espulsione, basate sulla pericolosità dello straniero, debbano essere il frutto di valutazioni discrezionali piuttosto che l'esito di meri automatismi.

Con le espressioni "automatismo ostativo" o "preclusivo" o "espulsivo" ci si riferisce a quelle previsioni normative secondo le quali l'esistenza a carico dello straniero di una condanna per un determinato reato comporta di per sé l'impossibilità di autorizzarne l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato e il conseguente obbligo di disporne l'espulsione. La *ratio* di tali previsioni risiede in un giudizio di pericolosità dello straniero formulato in astratto dal legislatore e non superabile in concreto, vale a dire in una presunzione legale assoluta di pericolosità, in forza della quale lo straniero che sia stato condannato per un determinato reato si presume pericoloso *juris et de jure*, senza possibilità di prova contraria. Accanto alle ipotesi di automatismo³, vi sono invece casi nei quali la pericolosità dello straniero, prevista dalla norma come presupposto della decisione sfavorevole nei suoi confronti, deve essere apprezzata in concreto dall'organo competente, tenendo conto di tutti gli elementi rilevanti, ivi comprese eventuali condanne penali⁴.

² Per tale affermazione, cfr. M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, p. 248.

³ V. principalmente l'art. 4, c. 3, terzo e quarto periodo, d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (d'ora in avanti TUI), in combinato disposto con l'art. 5, c. 5, primo periodo e con l'art. 13, c. 2, lett. b).

⁴ È quanto accade ad es. nell'art. 5, c. 5-bis; o nell'art. 9, c. 4, secondo periodo, TUI.

Com'è noto, alcune disposizioni recanti automatismi ostativi e/o espulsivi sono state dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale, non avendo superato lo scrutinio di ragionevolezza e proporzionalità condotto alla stregua dell'art. 3 Cost. ed essendo risultate in contrasto anche con l'art. 117, c. 1, Cost. in relazione all'art. 8 CEDU. I parametri costituzionali rilevanti esigono infatti, secondo la Corte, che all'amministrazione sia consentito di accertare la pericolosità concreta e attuale dello straniero e di apprezzare e ponderare i molteplici interessi in gioco nel singolo caso.

È del pari noto che la giurisprudenza costituzionale in materia è stata largamente influenzata da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di limiti all'ingerenza dei pubblici poteri sul diritto al rispetto della propria vita privata e familiare sancito dall'art. 8 CEDU, con particolare riferimento alle misure che comportano l'allontanamento di uno straniero dal territorio di uno Stato. Secondo la Corte di Strasburgo tali misure sono ammesse a condizione che siano necessarie, in una società democratica, a perseguire un obiettivo legittimo (come la tutela della pubblica sicurezza e la prevenzione dei reati) e che siano proporzionate a tale obiettivo. Il giudizio di proporzionalità, da condurre alla stregua dei criteri individuati dalla stessa Corte⁵, richiede una conoscenza specifica ed una valutazione approfondita del caso concreto da parte dell'autorità decidente ed è pertanto incompatibile con l'operatività di automatismi e presunzioni assolute. Anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, dunque, afferma la necessità che le misure espulsive siano adottate all'esito di un bilanciamento tra i diritti fondamentali dello straniero e le contrapposte ragioni della sicurezza e dell'ordine pubblico, da compiere mediante una valutazione discrezionale affidata alla P.A.

3. *Il giudizio di pericolosità dello straniero*

Tanto premesso, l'interrogativo che s'intende porre è duplice: quale sia l'oggetto della valutazione che la giurisprudenza richiamata afferma dover essere compiuta dalla P.A. e se tale valutazione possa correttamente qualificarsi come discrezionale.

Pare a chi scrive che la suddetta valutazione abbia un oggetto composito,

⁵ Si vedano in particolare Corte Edu, sentenza del 2 agosto 2001, *Boultif c. Svizzera*, ric. n. 54273/00; Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 18 ottobre 2006, *Üner c. Olanda*, ric. n. 46410/99; Corte Edu, sentenza del 27 settembre 2022, *Otite c. Regno Unito*, ric. n. 18339/19.

che può essere disarticolato in due momenti logicamente distinti e qualitativamente differenti, dei quali l'uno è il presupposto dell'altro: il giudizio di pericolosità relativo alla persona dello straniero e la decisione di non consentirne la permanenza nel territorio dello Stato. Nella giurisprudenza costituzionale e convenzionale le due questioni appaiono sovrapposte e trattate unitariamente, ma si ritiene che meritino una considerazione disgiunta.

Il primo momento riguarda, precisamente, il rapporto tra sentenza penale di condanna e giudizio di pericolosità del reo. Quando le Corti affermano che, oltre certi limiti, il giudizio di pericolosità dello straniero non può essere formulato in astratto dal legislatore sulla sola base dell'esistenza di una condanna, ma deve essere affidato alla discrezionalità dell'amministrazione⁶, intendono più precisamente dire che la pericolosità del reo straniero deve essere accertata in concreto. Per stabilire se lo straniero condannato per un certo reato sia effettivamente pericoloso, l'amministrazione deve poter verificare se per la lieve entità del fatto, per le relative circostanze, per il tempo trascorso dalla sua commissione, per il percorso rieducativo eventualmente compiuto dall'autore, non debba escludersi un giudizio di pericolosità attuale riferito alla persona del reo⁷. In tale valutazione un rilievo particolare è riconosciuto all'eventuale processo di inserimento nella società, poiché l'avvenuta integrazione sociale è considerata elemento idoneo a ridurre il tasso di pericolosità.

Si tratta ora di chiarire se l'accertamento della pericolosità concreta ed attuale di uno straniero, già condannato per un determinato reato, costituisca o meno esercizio di discrezionalità amministrativa. È peraltro evidente che per rispondere a tale quesito occorre indagare in generale la natura del giudizio di pericolosità sociale, che può riguardare tanto gli stranieri quanto i cittadini, siano stati o meno condannati per un qualche reato.

È bene ricordare che la nozione di pericolosità sociale attiene alla probabilità che un soggetto commetta reati e rileva come presupposto sia per l'applicazione delle misure di sicurezza, sia per l'applicazione delle misure di prevenzione⁸. Entrambe le categorie di misure hanno la finalità di prevenire

⁶ Anche la giurisprudenza amministrativa parla di discrezionalità con riguardo all'apprezzamento della pericolosità in concreto: v. ad es. TAR Lombardia, sez. I, sentenza del 15 febbraio 2021, n. 402; Cons. Stato, sez. III, sentenza dell'11 gennaio 2021, n. 314; TAR Lombardia, sez. I, sentenza dell'11 novembre 2020, n. 2136; Cons. Stato, sez. III, sentenza del 24 agosto 2020, n. 5190.

⁷ Corte Cost., sentenza dell'8 maggio 2023, n. 88, § 6.4.1.2 del *Considerato in diritto*.

⁸ Sui poteri amministrativi di prevenzione e sui relativi presupposti v. G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979 e, più di recente, R. URSI, *La sicurezza pubblica*, Bologna, 2022, nonché S. RAIMONDI, *La sicurezza pubblica*, Torino, 2023.

la commissione di reati, ma solo le prime presuppongono che un reato sia già stato commesso; peraltro, la pericolosità sociale dell'autore del reato, secondo il principio accolto dal codice Rocco, è una caratteristica eventuale e non permanente⁹, quindi da accertare in concreto.

Proprio nell'ambito degli studi sul diritto dell'immigrazione, si è osservato come l'evoluzione legislativa, dietro la spinta della giurisprudenza costituzionale, abbia portato ad ancorare sempre di più il giudizio di pericolosità a precisi elementi fattuali, oggettivamente verificabili, trasformando l'originaria discrezionalità amministrativa in discrezionalità tecnica; trasformazione che non sarebbe avvenuta, invece, per la pericolosità sociale dello straniero, che sarebbe rimasta nell'alveo della discrezionalità amministrativa pura¹⁰. Infatti, ove si considerino le norme che prevedono la pericolosità dello straniero come presupposto per l'esercizio di poteri amministrativi, è agevole osservare come esse, solitamente, non indichino alcun criterio cui attersi nel relativo accertamento¹¹.

Anche la giurisprudenza afferma concordemente il carattere discrezionale dei provvedimenti amministrativi in materia di ingresso e soggiorno dello straniero adottati per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato; e qualifica le espulsioni ministeriali sorrette dai medesimi motivi come atti costituenti esercizio di alta discrezionalità amministrativa¹². Sono in tal modo giustificati non solo la giurisdizione del giudice amministrativo su tali provvedimenti, ma anche il carattere debole e deferente del relativo sindacato giurisdizionale.

Diversamente accade nel caso dell'espulsione prefettizia dello straniero pericoloso *ex art. 13, c. 2, lett. c)*, TUI, laddove la pericolosità è identificata *ex lege* con l'appartenenza ad una delle categorie di persone che possono essere raggiunte dalle misure di prevenzione, con il risultato di imbrigliare il

⁹ In argomento si rinvia ad A. SALVATI, *La pericolosità sociale nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Amministrazione in cammino*, 11 maggio 2011; nonché alla voce *Pericolosità sociale*, in Treccani, *Enciclopedia on line*.

¹⁰ Così M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, cit., pp. 233 ss., specialmente pp. 238 s.

¹¹ È quanto si riscontra ad es. nell'art. 4, c. 3, terzo periodo, TUI, laddove si prevede che "non è ammesso in Italia lo straniero (...) che sia considerato una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato"; nell'art. 9, c. 10, TUI, laddove si prevede che "nei confronti del titolare del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, l'espulsione può essere disposta per gravi motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato dal Ministro dell'interno"; nell'art. 13, c. 1, TUI, laddove si prevede che "Per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, il Ministro dell'interno può disporre l'espulsione dello straniero".

¹² *Ex multis*, cfr. TAR Lazio, sez. I-ter, sentenza del 15 gennaio 2020, n. 468.

relativo giudizio in un reticolo di condizioni e presupposti che lo rendono pienamente sindacabile dal giudice ordinario, come pacificamente affermato dalla giurisprudenza¹³. È peraltro vero che le disposizioni sui destinatari delle misure di prevenzione sono richiamate anche in tema di diniego e revoca del permesso di soggiorno per lungo-soggiornanti¹⁴, ma con una funzione diversa: l'appartenenza alle predette categorie di soggetti non è condizione necessaria e sufficiente per l'adozione del provvedimento, ma è solo uno degli elementi dei quali l'amministrazione può tenere conto ai fini del giudizio di pericolosità.

Il linguaggio della giurisprudenza, che parla di valutazione discrezionale anche in relazione all'accertamento della pericolosità in concreto dello straniero, non sembra del tutto corretto. Se per potere discrezionale s'intende il potere di porre la regola del caso concreto, di stabilire un certo assetto di interessi al fine di curare nel modo migliore possibile l'interesse pubblico primario, dopo aver acquisito, valutato e ponderato comparativamente tutti gli interessi in gioco¹⁵, è agevole osservare che il giudizio di pericolosità sociale ha una natura diversa, rimanendo nella sfera intellettuale della conoscenza e della qualificazione del fatto, senza entrare in quella volitiva della decisione, frutto di un bilanciamento tra interessi contrastanti.

Il giudizio di pericolosità sociale di un individuo, pur essendo qualcosa di più del mero accertamento di un fatto, non consiste in una scelta discrezionale, ma nella verifica della sussistenza del presupposto cui la norma subordina l'esercizio del potere. Si tratta beninteso di un presupposto che implica un'attività valutativa da parte dell'organo amministrativo competente ad assumere la decisione, con l'inevitabile margine di opinabilità che qualunque valutazione comporta. La pericolosità sociale può essere infatti ricondotta nell'alveo di quei "concetti giuridici indeterminati" che hanno animato il dibattito dottrinale sin dalla fine del XIX secolo e che continuano a far discutere¹⁶. Tuttavia, come s'è detto proprio con riferimento al giudizio di

¹³ Tra le tante, cfr. Cass. Civ., sez. I, ordinanza del 31 marzo 2020, n. 7620; Cass. Civ., sez. I, ordinanza del 31 luglio 2019, n. 20692; Cass. Civ., sez. VI-1, ordinanza del 25 novembre 2015, n. 24084; Cass. Civ., sez. VI-1, ordinanza del 14 maggio 2013, n. 11466; Cass. Civ., sez. VI, ordinanza dell'8 settembre 2011, n. 18482.

¹⁴ Si vedano l'art. 9, c. 4 e l'art. 9-bis, c. 6, TUI.

¹⁵ Cfr. F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, VII ed., Torino, 2021, pp. 185 ss.

¹⁶ Sul tema cfr. A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 3, 2017, pp. 816 ss.; C. CUDIA, *L'acquisto della cittadinanza per residenza in Spagna. La rivincita dei concetti giuridici indeterminati sulla discrezionalità amministrativa*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2023, pp. 179 ss.

pericolosità dello straniero, non v'è necessaria coincidenza tra potere valutativo e discrezionalità politico-amministrativa, poiché «solo la discrezionalità politico-amministrativa (la discrezionalità in senso proprio o stretto) presuppone un bilanciamento tra interessi»¹⁷.

La prospettiva teorica che meriterebbe un approfondimento, potendo qui essere solo accennata, è quella che colloca il giudizio di pericolosità nell'alveo della discrezionalità tecnica¹⁸. Trattasi infatti di una valutazione che, com'è chiaro alla scienza penalistica, non può prescindere dall'applicazione di regole tecnico-scientifiche, quali quelle della criminologia, della psichiatria, della psicologia e dell'antropologia¹⁹. Ove tale ipotesi ricostruttiva risultasse fondata, se ne potrebbero trarre importanti conseguenze non tanto sulla natura della situazione giuridica soggettiva del privato, quanto sulla pienezza del sindacato giurisdizionale e sull'effettività della tutela.

4. *La decisione discrezionale dell'amministrazione*

Nel riservare alla P.A. uno spazio di valutazione discrezionale, la giurisprudenza volta a limitare l'automatismo espulsivo si riferisce, come s'è detto, sia all'accertamento della pericolosità in concreto dello straniero reo, sia al bilanciamento tra interessi contrapposti che deve precedere la decisione relativa al permesso di soggiorno o all'espulsione.

Passando ora a quest'ultimo aspetto, si ritiene che di discrezionalità in senso proprio debba parlarsi con riferimento alle norme che attribuiscono all'amministrazione il potere di decidere, dopo aver effettuato una ponderazione comparativa di tutti gli interessi in gioco, se autorizzare o meno il soggiorno e se adottare o meno l'espulsione.

È quanto accade nei casi in cui lo straniero sia titolare del diritto al ricongiungimento familiare²⁰ (o comunque abbia legami familiari nel territorio dello Stato, come chiarito dalla Corte costituzionale)²¹ o sia soggiornante di lungo periodo²²; categorie alle quali, in attuazione di direttive dell'Unione

¹⁷ In questi termini C. CUDIA, *L'acquisto della cittadinanza*, cit., p. 220.

¹⁸ In tal senso v. già M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, cit., pp. 238 s.

¹⁹ Cfr. ad es. A. SALVATI, *La pericolosità sociale*, cit., p. 1.

²⁰ Si vedano l'art. 5, c. 5, secondo periodo, e l'art. 13, c. 2-bis, TUI.

²¹ Si veda Corte Cost., sentenza del 18 luglio 2013, n. 202.

²² Cfr. art. 9, c. 4, terzo periodo; art. 9-bis, c. 6, terzo periodo; art. 9, c. 11, TUI.

europea, è stata garantita una tutela rafforzata, consistente appunto nell'espresso riconoscimento alla P.A. di un potere discrezionale in materia di autorizzazione al soggiorno e di espulsione.

In tali casi, infatti, la decisione di rifiutare, revocare o non rinnovare il permesso di soggiorno deve essere presa all'esito di un bilanciamento tra l'interesse pubblico specifico sotteso al potere autorizzatorio e gli interessi privati – qualificati e tutelati come veri e propri diritti soggettivi – contrastanti, segnatamente quello a preservare l'unità del nucleo familiare, l'integrità dei propri rapporti familiari e sociali, e in generale la propria vita privata come si è strutturata dopo un (più o meno) lungo periodo di soggiorno in Italia. A tal fine la norma impone all'amministrazione di tenere conto «della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato e dell'esistenza di legami familiari e sociali con il suo Paese d'origine, nonché, per lo straniero già presente sul territorio nazionale, anche della durata del suo soggiorno nel medesimo territorio nazionale»²³. Parimenti, la decisione di disporre l'espulsione di uno straniero appartenente ad una delle categorie in parola può essere assunta solo dopo aver preso in debita considerazione gli indicati parametri²⁴.

La natura prettamente discrezionale dei provvedimenti in questione ne determina la sindacabilità, in sede giurisdizionale, nelle consuete forme dell'eccesso di potere; senza peraltro incidere sul vigente assetto della giurisdizione, che continua a radicarsi in capo al giudice ordinario per i provvedimenti amministrativi in materia di diritto all'unità familiare e per le espulsioni adottate dal prefetto²⁵.

L'analisi delle fattispecie in esame conferma come la previsione di un potere discrezionale, che affidi alla P.A. il compito di acquisire e ponderare comparativamente i diversi interessi in gioco, non implichi necessariamente una diminuzione di tutela per il privato (cittadino o straniero che sia) destinatario del potere stesso, potendo al contrario rappresentare la soluzione normativa più idonea a garantire i suoi diritti fondamentali.

Il paradosso segnalato nell'incipit del presente scritto risulta dunque solo apparente, come si ricava peraltro dal confronto con fattispecie di potere vincolato che assegnano *ex ante* prevalenza incondizionata all'interesse pubblico, senza lasciare alcuna possibilità all'amministrazione di decidere, nel singolo caso, in senso favorevole al privato. Si pensi non solo ai casi di auto-

²³ In questi termini si esprimono l'art. 5, c. 5, l'art. 9, c. 4 e l'art. 9-bis, c. 6, TUI.

²⁴ In tal senso cfr. l'art. 9, c. 11, TUI.

²⁵ Si vedano, rispettivamente, l'art. 30, c. 6, TUI e l'art. 13, c. 8, TUI.

matismo, nei quali l'amministrazione, a fronte di uno straniero reo e come tale ritenuto pericoloso *ex lege*, deve negare l'ingresso e il soggiorno e, quindi, procedere ad espulsione; ma anche a tutte le ipotesi nelle quali, a fronte di una pericolosità accertata in concreto, l'amministrazione non può che adottare il diniego di autorizzazione o l'espulsione, senza poter dare peso alle contrapposte ragioni del privato²⁶.

5. Osservazioni conclusive

Dalle riflessioni sopra svolte è emerso che il riferimento alla discrezionalità dell'amministrazione, contenuto nella giurisprudenza relativa agli automatismi ostativi ed espulsivi, comprende sia il giudizio di pericolosità dello straniero, che inerisce all'accertamento del presupposto richiesto dalla norma per l'esercizio del potere, sia la decisione discrezionale in senso proprio, relativa al rilascio o al diniego del titolo di soggiorno e/o all'espulsione.

I due momenti hanno natura diversa e sono diversamente sindacabili in sede giurisdizionale.

Il giudizio di pericolosità attiene alla conoscenza e alla qualificazione del fatto: l'amministrazione deve accertare l'attuale ed effettiva probabilità che lo straniero commetta (ulteriori) reati, prendendo in considerazione elementi oggettivi e verificabili, quali lo stile di vita, il comportamento, il tempo trascorso dalla (eventuale) commissione di un precedente reato. Si tratta dunque di un giudizio pienamente sindacabile in sede giurisdizionale.

Qualora sia stata accertata la pericolosità dello straniero, la conseguente decisione di non autorizzarne l'ingresso e il soggiorno ovvero di procedere all'espulsione può essere disegnata dalla legge come vincolata, come in caso di automatismo, oppure come discrezionale, cioè come risultato di un bilanciamento, da condurre secondo i canoni della proporzionalità e della ragionevolezza, tra l'interesse pubblico specifico perseguito attraverso il potere in questione (ordine pubblico, pubblica sicurezza) e tutti gli altri interessi in gioco, ivi compresi quelli dello straniero e dei suoi familiari. Siffatta valutazione discrezionale è sindacabile dal giudice con lo strumento e nei limiti dell'eccesso di potere.

²⁶ Così ad es. nei casi di cui all'art. 13, c. 2, lett. c); all'art. 4, c. 3, terzo periodo; e all'art. 13, c. 1, TUI.

ESPULSIONI PER PERICOLOSITÀ SOCIALE E FENOMENO MIGRATORIO, TRA PREVENZIONE E SANZIONE

Claudio Costanzo*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'espulsione come misura di prevenzione amministrativa della pericolosità dello straniero – 3. Destinatari, effetti, prassi – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

L'intreccio tra sicurezza e immigrazione, tra esigenze di sicurezza e certezza del diritto e dei diritti, costituzionali e convenzionali, è oggetto di numerosi studi da parte della dottrina, anche in conseguenza del noto processo di "securitarizzazione" che ha travolto il tema negli ultimi decenni¹.

A questo proposito, gli ultimi sviluppi in tema di "automatismo espulsivo", con le note recenti sentenze della Corte costituzionale, costituiscono l'occasione per analizzare il quadro entro cui si svolge la discrezionalità del legislatore in materia di allontanamento dello straniero, nell'individuazione di quel «conveniente bilanciamento» tra le ragioni giustificative delle misure e «le confliggenti ragioni di tutela» dei diritti costituzionalmente protetti².

Si tratta del contesto entro il quale può essere analizzato brevemente il complesso delle misure che subordinano o condizionano l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento a valutazioni di sicurezza pubblica, con particolare attenzione alle espulsioni del cittadino extracomunitario. Tali misure partecipano, in varia misura, all'apparato della prevenzione amministrativa e costituiscono esercizio della relativa funzione amministrativa di polizia di sicurezza³.

Attraverso questa breve analisi, che si snoda attraverso alcuni cenni alle

* Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo, Università di Palermo.

¹ J. HUYSMANS, *The Politics of Insecurity. Fear, Migration and Asylum in the European Union*, Londra, 2006.

² Corte Cost., sentenza dell'8 maggio 2023, n. 88.

³ M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, pp. 265 ss.; M. PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2017, pp. 439 ss., spec. pp. 442 ss.

caratteristiche essenziali di queste misure, con particolare attenzione alle modalità di esercizio del potere, agli effetti e ai destinatari, l'obiettivo è ricostruire di quale "pericolosità" si tratti, quando la misura riguarda lo straniero; in altri termini, comprendere quali siano i fini di queste misure, nonché la loro natura e posizione nell'ambito del diritto dell'immigrazione.

2. *L'espulsione come misura di prevenzione amministrativa della pericolosità dello straniero*

Preliminarmente, occorre ricordare in estrema sintesi che le misure amministrative di prevenzione costituiscono provvedimenti ablatori, finalizzati alla prevenzione di comportamenti socialmente pericolosi o di condotte criminose. Nello specifico, la loro adozione è correlata a un accertamento di pericolosità sociale del destinatario, che prescinde dall'accertamento di un fatto di reato e avviene sulla base di indizi ed elementi di fatto, che la legge è tenuta a predeterminare⁴. È assunto ormai consolidato che il giudizio di pericolosità si componga di due fasi: una constatativa, in cui l'autorità accerta i fatti, e una prognostica, in cui quei fatti assumono il connotato di indici nella valutazione di pericolosità sociale attuale, ossia della valutazione di probabilità che il destinatario della misura commetta in futuro quelle «condotte anti-sociali» che la misura di prevenzione è volta a prevenire⁵. Così, da un lato, non è sufficiente menzionare precedenti penali per giustificare la misura, dall'altro, anche una sentenza di assoluzione può non comportare l'esclusione della pericolosità sociale⁶. Le misure di prevenzione amministrativa costituiscono esito di un giudizio definito «ampiamente discrezionale», sindacabile esclusivamente sotto i profili «dell'abnormità dell'iter logico, della macroscopica illogicità, del travisamento della realtà fattuale»⁷. E tale discrezionalità può estendersi alla necessità di adottare la misura e alle modalità di conduzione dell'istruttoria⁸.

Sul piano delle misure preventive specificamente rivolte allo straniero, il

⁴ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, ric. n. 43395/09.

⁵ *Ex multis*, Cass. pen., sez. I, sentenza del 14 giugno 2017, n. 54119.

⁶ Cass. pen., sez. II, sentenza del 4 marzo 2022, n. 7835.

⁷ TAR Lombardia, sez. I, sentenza del 29 settembre 2022, n. 2143; Cons. Stato, sez. III, sentenza del 3 aprile 2023, n. 3420.

⁸ TAR Marche, sez. I, sentenza del 27 marzo 2020, n. 199; Cons. Stato, sez. III, sentenza del 23 gennaio 2023, n. 748.

riferimento è, in primo luogo, alle espulsioni del Ministro dell'Interno per «motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato»⁹ e terrorismo¹⁰. Il provvedimento viene adottato nell'esercizio di «alta discrezionalità amministrativa»¹¹, anche in ragione dell'estrema genericità del dettato normativo¹², e coinvolge un'attività di ponderazione dei rilevanti interessi in gioco¹³. Così, la peculiarità degli interessi in gioco (la sopravvivenza dello Stato e l'incolumità delle persone che vi abitano) legittima un'anticipazione particolare dell'intervento, per il quale non è necessario l'accertamento della sussistenza del pericolo, essendo sufficiente la sussistenza di «fondati motivi» di ritenerlo esistente¹⁴. La conseguenza è un sindacato giurisdizionale limitato ai profili di «manifesta irragionevolezza e sproporzione ovvero di travisamento dei fatti raccolti nel corso dell'istruttoria procedimentale»¹⁵.

Tra le misure preventive si annovera anche l'espulsione per pericolosità sociale adottata dal Prefetto¹⁶, sulla base dei medesimi presupposti che giustificando l'adozione delle misure di prevenzione del Codice antimafia¹⁷. Anche in questo caso, la misura rientra pacificamente tra le misure di prevenzione, adottate a seguito dell'accertamento della pericolosità sociale attuale dello straniero¹⁸, secondo le coordinate del complesso delle misure di prevenzione: necessità di un accertamento oggettivo e non meramente soggettivo degli elementi che giustificano sospetti e presunzioni; attualità della pericolosità; esame globale della personalità del soggetto¹⁹. In tal senso, i precedenti penali, spesso adottati come supporto della decisione, non possono esaurire il giudizio di pericolosità sociale²⁰. Dal punto di vista delle modalità di esercizio del potere, la giurisprudenza parla di atto dovuto o di insussistenza di discrezionalità amministrativa, soprattutto per affermare una sindacabilità piena, da parte del giudice ordinario, dei provvedimenti

⁹ Art. 13, TUI.

¹⁰ Artt. 3, cc. 1 e 4, D.L. 27 luglio 2005 n. 144, conv. in L. 31 luglio 2005, n. 155.

¹¹ Cons. Stato, sez. III, sentenza del 19 maggio 2021, n. 3886.

¹² TAR Lazio, sez. I-ter, sentenza del 20 settembre 2021, n. 9824.

¹³ Cons. Stato, sez. III, sentenza del 10 maggio 2023, n. 4752.

¹⁴ Cons. Stato, sez. III, sentenza del 30 giugno 2022, n. 5408.

¹⁵ Cons. Stato, sez. III, sentenza del 10 maggio 2023, n. 4752.

¹⁶ Art. 13, c. 2, lett. c), TUI.

¹⁷ D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159; in tema, si consenta il rinvio a C. COSTANZO, *L'espulsione dello straniero pericoloso tra prevenzione amministrativa e controllo delle migrazioni*, in *federalismi.it*, n. 17/2023, pp. 54 ss.

¹⁸ Cass. civ., sez. I, sentenza del 30 agosto 2002, n. 12721.

¹⁹ *Ex multis*, Cass. civ., sez. I, ordinanza dell'8 settembre 2023, n. 26173.

²⁰ Cass. civ., sez. II, ordinanza del 19 marzo 2021, n. 7842.

dell'amministrazione²¹. Se è vero che, a differenza dell'espulsione ministeriale, manca «l'elemento volitivo»²² della discrezionalità, d'altra parte, l'attività valutativa è caratterizzata da un ampio apprezzamento, non sul piano del bilanciamento degli interessi, già *ex lege* fissato nella normativa, bensì sul piano della qualificazione del fatto come sintomatico di pericolosità sociale attuale, in un'attività complessa di integrazione della fattispecie normativa, svolta secondo regole tecniche. Come di recente argomentato, tale attività potrebbe collocarsi nell'alveo della discrezionalità tecnica²³.

Sotto il profilo dei criteri del giudizio di pericolosità, non si riscontra una particolare distanza con l'apparato delle misure di prevenzione valide per tutti i cittadini, anche grazie a un sindacato indubbiamente rigoroso sulle inferenze e sulle conseguenti determinazioni dell'amministrazione.

D'altro canto, tale assetto merita alcune osservazioni: in primo luogo, il giudizio di pericolosità «probabilistico-intuitivo» è oggetto di ampie critiche, in quanto sarebbe basato su criteri non verificabili scientificamente²⁴; in secondo luogo, l'adozione del provvedimento di espulsione è subordinato alla verifica dell'insussistenza di divieti di allontanamento²⁵, in cui talvolta l'amministrazione è chiamata a svolgere ponderazioni non tecniche né rigide, come nel caso in cui la persona abbia esercitato il diritto al ricongiungimento familiare o abbia legami familiari sul territorio dello Stato²⁶, o, in senso più esteso, in ragione della necessaria valutazione di applicabilità di principi come il *non refoulement* o quelli derivanti dalla necessaria implementazione degli obblighi costituzionali e internazionali, nonostante l'intervento del d.l. 20/2023 in materia di protezione speciale²⁷. Infine, l'espulsione è disposta «caso per caso»²⁸, e tale formula, quando accostata a una misura di prevenzione, sembra suggerire una certa discrezionalità nella selezione dei soggetti destinatari.

Breve menzione meritano altresì le misure per l'allontanamento dello

²¹ Cass. civ., sez. III, ordinanza del 14 luglio 2021, n. 20050.

²² M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, p. 130.

²³ S. D'ANTONIO, *Automatismi espulsivi e discrezionalità amministrativa*, ADiM Blog, Analisi & Opinioni, luglio 2024.

²⁴ A. MARTINI, *Essere Pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino, 2017, pp. 155 ss.

²⁵ Art. 19, TUI.

²⁶ Artt. 5, c. 5, 13, c. 2-bis, TUI; Corte Cost., sentenza del 18 luglio 2013, n. 202.

²⁷ R. CHERCHI, *Il "decreto Cutro" tra domanda di forza lavoro e insofferenza per i diritti fondamentali*, ADiM Blog, Editoriale, aprile 2023.

²⁸ Art. 13, c. 2, TUI.

straniero soggiornante di lungo periodo²⁹, strutturate secondo coordinate di discrezionalità amministrativa “pura”. E la finalità di tutela della sicurezza pubblica è condivisa anche dalle previsioni che consentono al Questore di revocare il permesso di soggiorno o di rigettare l’istanza volta al suo rilascio in relazione a una valutazione di pericolosità per l’ordine pubblico o la sicurezza dello Stato, o che lo obbligano, in via automatica, ai medesimi provvedimenti se si accerti la pregressa commissione di alcuni reati indicati dalla legge, anche con sentenza non definitiva o a seguito di applicazione della pena su richiesta³⁰. Non è certamente questa la sede per argomentare sul meccanismo, appena menzionato, del c.d. automatismo espulsivo e sull’evoluzione della giurisprudenza costituzionale³¹. Si sottolinei che, in ogni caso, nonostante le misure a tutela della sicurezza pubblica costituiscano misure discrezionali, nelle varie accezioni di quest’ultimo termine, la Consulta continua a ritenere legittimo che, a certe condizioni e in casi comunque sempre più residuali, il legislatore possa prevedere presunzioni assolute di pericolosità, almeno quando rispondano a dati di esperienza generalizzati. Tale situazione di valutazione legislativa *ex ante* di pericolosità sociale induce a escludere la configurabilità di quest’ultimo meccanismo come preventivo, suggerendone più una natura sanzionatoria.

3. *Destinatari, effetti, prassi*

Sotto il profilo delle peculiarità relative ai destinatari delle misure preventive di espulsione, preliminarmente occorre tenere presente che il sistema di prevenzione *ante delictum* brevemente delineato è rivolto specificamente allo straniero, in particolare extracomunitario. Tale condizione non può non influenzare la finalità stessa delle misure, e se la giurisprudenza riconosce il fine di prevenzione, l’apparato delle misure preventive in oggetto rimane unico nel suo genere: lo Stato previene la criminalità dello straniero fuori dalla «normalità sociale»³² non con strumenti “classici”, ma isolandolo e al-

²⁹ Art. 9, cc. 4 e 10, e 9-*bis*, c. 6, TUI.

³⁰ Artt. 4, c. 3, e 5, c. 5, TUI.

³¹ Corte Cost., sentenza dell’8 maggio 2023; Corte Cost., sentenza del 19 marzo 2024, n. 43; in tema, v. M. SAVINO, *L’incostituzionalità dell’automatismo espulsivo*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2013, pp. 37 ss.; S. D’ANTONIO, *La Corte procede a piccoli passi verso il superamento dell’automatismo espulsivo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n.3/2023, pp. 956 ss., nota a Corte Cost., sentenza dell’8 maggio 2023, n. 88.

³² G. CORSO, *L’ordine pubblico*, Bologna, 1979, p. 352.

lontanandolo, quando possibile, attraverso un massiccio riferimento ai precedenti penali e di polizia, come accennato. Proprio tali precedenti, nella prassi, assumono enorme rilevanza, come segnalato dalle ricerche empiriche svolte in materia, che segnalano come talvolta i giudizi di pericolosità siano scarsamente argomentati o descrivano la personalità del destinatario del provvedimento sottolineandone la marginalità, o, ancora, i precedenti siano poco gravi, o comunque strettamente collegati al processo di criminalizzazione dell'immigrazione irregolare e alla attenzione particolare che «lo 'sguardo' delle agenzie di controllo rivolge a tale fascia di popolazione»³³. Sotto questo aspetto, si segnala l'emersione, nella prassi, di una certa discrezionalità nella selezione dei destinatari dei provvedimenti, come del resto dimostrano le censure puntuali e frequenti della giurisprudenza di legittimità sui provvedimenti amministrativi e su quelli giurisdizionali che i giudici di pace adottano in sede di ricorso avverso quei provvedimenti.

Sotto altro profilo, come si accennava, sono gli effetti delle misure di polizia per lo straniero a renderle del tutto peculiari. Invero, la normativa prevede l'obbligo per lo straniero di allontanarsi, consentendone di regola l'accompagnamento coattivo alla frontiera³⁴, e spesso anche la privazione della libertà personale, attraverso i provvedimenti di trattenimento nel circuito dei Centri di Permanenza per i Rimpatri³⁵, le cui criticità, in punto di legittimità, nonché sul piano materiale, sono vivacemente discusse. Anche se solo una piccola parte delle persone espulse viene effettivamente trattenuta nei C.P.R., la possibilità stessa che questo accada rende di per sé peculiari gli effetti delle misure preventive, anche considerando che, in ragione dei posti limitati disponibili nelle strutture, l'autorità opera una selezione dei soggetti da trattenere. E non è secondario che i numeri delle persone effettivamente rimpatriate varino molto di centro in centro, dando spesso luogo a una vera e propria detenzione senza espulsione, interrogando sulla reale funzione di questi centri³⁶ e sulla concreta finalità delle misure in oggetto.

³³ G. CAMPESI, G. FABINI, *La detenzione della «pericolosità migrante»*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2/2017, pp. 515 ss., spec. p. 526.

³⁴ Art. 13, c. 4, TUI.

³⁵ Art. 14, TUI.

³⁶ G. FABINI, *I numeri della detenzione amministrativa in Italia*, ADiM Blog, Editoriale, marzo 2024, pp. 5 ss.

4. Osservazioni conclusive

La breve analisi che precede restituisce un quadro entro cui le misure espulsive di prevenzione della pericolosità sociale specificamente destinate allo straniero appaiono uno strumento di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica a sé stante, collocato non tanto *accanto* alle altre misure di prevenzione, ma su un diverso piano.

Anche alla luce delle peculiarità osservate, queste sembrano muoversi su un pericoloso crinale tra prevenzione della criminalità (attraverso la pericolosità sociale) e sanzione dei comportamenti “disordinati” o di reato, individuati dalla legge o dall'autorità amministrativa come presupposti dei provvedimenti di allontanamento. In questa ottica, esiste il rischio che il “torto” rappresentato dalla pericolosità sociale possa essere configurato come un fatto che serve a rendere irregolare una persona regolarmente soggiornante, trasformando le misure di prevenzione in vere e proprie sanzioni, peraltro con conseguenze estremamente gravi. Si tratta di un rischio già paventato dalla dottrina penalistica in relazione a tutte le misure di prevenzione amministrativa: che il sistema preventivo si trasformi geneticamente in un sistema *post delictum* “a prova contratta”, in cui si colpiscono condotte criminose nell'impossibilità di provarle, in una sorta di surrogato dei meccanismi penalistici, ma privo delle loro relative garanzie³⁷. E, come si accennava, a questo quadro concorre anche lo stesso meccanismo dell'automatismo espulsivo, in cui non è consentito, se non in particolari casi, pur ampliati via via dalla giurisprudenza costituzionale, ma tuttora “eccezionali”, operare valutazioni caso per caso di pericolosità sociale attuale.

Il crinale è reso ancora più scivoloso dalla prassi delle misure di prevenzione amministrativa menzionate. Il giudizio di pericolosità non segue regole diverse da quelle della prevenzione comune, ma sembra orientarsi a una prevenzione “ipersensibile”, correlata a reati comuni o relativi a profili di marginalità sociale. E lo stesso meccanismo della detenzione amministrativa sconta alcuni evidenti problemi, che incidono su natura e posizione delle misure sostanziali a supporto dei provvedimenti di esecuzione. Se i CPR sono uno strumento finalizzato al rimpatrio solo per quei pochi casi in cui questo sia possibile, negli altri casi rischiano di riflettere «pratiche di controllo situate nei territori»³⁸.

Alla luce di queste riflessioni, può suggerirsi che il complesso delle misu-

³⁷ R. URSI, *La sicurezza pubblica*, Bologna, 2022, p. 294.

³⁸ G. FABINI, *I numeri della detenzione*, cit., p. 9.

re di prevenzione amministrativa applicabile agli stranieri sembri emergere come una sorta di prevenzione “specificata”, ipersensibile nei presupposti e problematica negli effetti. In tal senso, sembra profilarsi una commistione tra aspetti di prevenzione della criminalità e aspetti di gestione vera e propria del fenomeno migratorio, probabilmente sbilanciata verso quest’ultimo fattore.

PERICOLOSITÀ SOCIALE E SOPRAVVENIENZE FATTUALI:
IL TORTUOSO SENTIERO DELLA GIURISPRUDENZA
AMMINISTRATIVA ALLA RICERCA DELLA MIGLIOR TUTELA

Luigi Previti*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'efficacia dei provvedimenti amministrativi recettizi ai sensi dell'art. 21-*bis* della l. n. 241/90. – 3. Permesso di soggiorno UE di lungo periodo e giudizio di pericolosità sociale. – 4. La rilevanza delle sopravvenienze fattuali nella recente giurisprudenza amministrativa in materia di immigrazione. – 5. Osservazioni conclusive.

1. *Premessa*

La sentenza in commento¹ si inserisce nell'ambito di un recente e interessante indirizzo interpretativo che attribuisce peculiare rilevanza alle circostanze fattuali sopravvenute all'adozione di un precedente provvedimento negativo in materia migratoria².

La controversia trae origine dall'impugnazione del decreto, emesso in data 1° settembre 2016, ma notificato solo in data 13 marzo 2023, con il quale la Questura di Rimini ha disposto la revoca di un permesso di soggiorno nei confronti di un cittadino di nazionalità marocchina, entrato in Italia nel 1994 e riconosciuto come soggiornante di lungo periodo fin dal 2007.

In particolare, il provvedimento impugnato giustifica il venir meno delle condizioni richieste dall'art. 9 del d.lgs. n. 286/98 sulla base di due principali elementi: da un lato, la condanna dell'interessato, avvenuta nel 2014, alla pena di due anni di reclusione, a seguito della commissione dei reati di violenza sessuale, lesioni personali, minacce e tentata rapina nei confronti di una

* Ricercatore di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Palermo.

¹ TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, sentenza (non appellata) del 6 novembre 2023, n. 643.

² In tema di sopravvenienze nell'ambito delle procedure amministrative, si vedano, quantomeno, S. PERONGINI, *La formula «ora per allora» nel diritto pubblico. I. Le diverse tipologie di provvedimenti «ora per allora»*, Napoli, 1995; Id., *La formula «ora per allora» nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo «ora per allora». Preclusioni e limiti alle sopravvenienze di fatto e di diritto*, Napoli, 1999; G.D. COMPORITI, *Tempus regit actionem. Contributo allo studio del diritto intertemporale dei procedimenti amministrativi*, Torino, 2001.

donna; dall'altro, la mancata dimostrazione, da parte del reo, di un reddito da lavoro o di altra fonte lecita di sostentamento.

Avverso il citato decreto, il ricorrente deduce due distinti motivi di ricorso.

Il primo riguarda la non attualità del giudizio di pericolosità sociale espresso dall'Amministrazione, stante il notevole lasso di tempo intercorso tra i fatti contestati (la condanna penale e l'assenza di reddito da fonti lecite) e l'avvenuta notifica del provvedimento di revoca. Il secondo attiene, invece, alla mancata valutazione, da parte della Questura, di talune circostanze sopravvenute *medio tempore* (come il percorso terapeutico e l'attività lavorativa retribuita espletati tra il 2017 e il 2022), che proverebbero, invero, un decisivo cambiamento di condotta da parte dell'interessato nell'arco degli ultimi anni.

Dopo aver accolto la domanda cautelare³, nel merito il TAR annulla il provvedimento impugnato e condanna l'Amministrazione resistente a esaminare *ex novo* la posizione giuridica dell'interessato.

Secondo i giudici amministrativi, ai fini della risoluzione della controversia non può che essere dirimente il fatto che il decreto di revoca emesso dalla Questura il 1° settembre 2016 sia stato effettivamente notificato soltanto il 13 marzo 2023, ossia ben sei anni e mezzo dopo la sua adozione.

Infatti, se al momento dell'emanazione del decreto la condanna penale e l'assenza di reddito potevano ragionevolmente rilevare ai fini della formulazione di un complessivo giudizio di pericolosità sociale del cittadino straniero, tali circostanze sono divenute, nel momento in cui il provvedimento ha acquisito efficacia, del tutto inidonee a supportare di per sé l'esecuzione della determinazione amministrativa.

Pertanto, «tale discrasia temporale tra il momento della emanazione e quello della relativa concreta efficacia, trattandosi di atto evidentemente recettizio *ex art. 21-bis l. n. 241/90*, determina la non attualità del giudizio di pericolosità sociale effettuato dall'Amministrazione, così come della stessa attestazione della carenza di un reddito».

Sulla base di queste considerazioni, il TAR ordina dunque alla Questura di avviare un nuovo procedimento e di compiere un riesame della concreta pericolosità e del contesto lavorativo e familiare in cui è inserito il ricorrente, ritenendo necessario il riesercizio del potere da parte dell'amministrazione.

³ Cfr. TAR Emilia-Romagna, Bologna, ordinanza del 28 aprile 2023, n. 138.

2. *L'efficacia dei provvedimenti amministrativi recettizi ai sensi dell'art. 21-bis della l. n. 241/90*

L'iter logico-argomentativo seguito dal TAR Emilia-Romagna tocca, seppur brevemente, una pluralità di aspetti problematici, i quali risultano, a ben vedere, solo in parte rilevanti ai fini della definizione del caso sottoposto al giudizio del Collegio.

Tra le disposizioni normative evocate dalla pronuncia assume primario rilievo l'art. 21-bis della l. n. 241/90, il quale sancisce, al primo periodo, che: «Il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati acquista efficacia nei confronti di ciascun destinatario con la comunicazione allo stesso effettuata anche nelle forme stabilite per la notifica agli irreperibili nei casi previsti dal codice di procedura civile».

Com'è noto, un provvedimento amministrativo può dirsi efficace quando risulta idoneo a produrre gli effetti giuridici che gli sono propri⁴. Il concetto di efficacia va attentamente distinto, tuttavia, da quello attinente al perfezionamento dell'atto amministrativo. Infatti, a prescindere dalla sua idoneità ad acquisire autonoma efficacia all'esterno, un atto amministrativo può dirsi perfetto quando si sia concluso il procedimento prescritto per la sua formazione e siano presenti tutti gli elementi essenziali per la sua giuridica esistenza⁵.

La differenza tra i due concetti si manifesta in maniera più marcata nelle ipotesi in cui si verifica una chiara disgiunzione tra il momento dell'efficacia e quello del perfezionamento.

Invero, tra i casi più noti di disgiunzione è possibile collocare proprio la fattispecie normativa contemplata dall'art. 21-bis della l. n. 241/90. Tale disposizione, introdotta a seguito delle modifiche apportate dalla l. n. 15/2005⁶, attribuisce all'adempimento della comunicazione del provvedimento amministrativo limitativo della sfera giuridica altrui un valore (non meramente processuale, come era in passato, ma) eminentemente sostanziale, quale presupposto necessario per consentire all'atto di produrre i suoi effetti nei confronti dei terzi⁷.

⁴ Cfr. G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969.

⁵ In argomento si vedano, tra gli altri, B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di) *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2015, pp. 379 ss.; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, pp. 326 ss.; G. GARDINI, *L'efficacia dei provvedimenti amministrativi e il tramonto dell'atto amministrativo recettizio "per natura"*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pp. 1002 ss.

⁶ Cfr. l. 11 febbraio 2005, n. 15.

⁷ Cfr. M. RENNA, *L'efficacia e l'esecuzione dei provvedimenti amministrativi tra garanzie procedurali ed esigenze di risultato*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 825 ss.

La *ratio* della norma risponde all'esigenza, generalmente avvertita in materia di atti recettizi, di evitare che un atto restrittivo della sfera giuridica del destinatario possa divenire efficace (e dunque immediatamente eseguibile) senza che quest'ultimo ne abbia preventiva conoscenza.

Tuttavia, come pacificamente riconosciuto in giurisprudenza, «la notificazione di un atto amministrativo al suo destinatario non incide affatto sull'esistenza o validità dello stesso. Anche dopo la novella di cui all'art. 21-bis l. 7 agosto 1990, n. 241 deve continuare a distinguersi tra la fase della esistenza e legittimità del provvedimento (che dipende dalla sussistenza degli elementi essenziali soggettivi ed oggettivi e dei relativi requisiti di validità) e la fase integrativa dell'efficacia (pubblicazioni, notificazioni, comunicazioni, controlli ove previsti, ecc.), che non attiene né alla perfezione dell'atto, e neppure alla sua validità, ma che incide esclusivamente sull'efficacia del provvedimento, nonché, sul piano processuale, sul decorso dei termini per l'impugnativa»⁸.

Nel caso di specie, la disposizione normativa viene correttamente richiamata dai giudici emiliani per rimarcare le conseguenze derivanti dalla notevole distanza temporale (ben sei anni e mezzo) intercorsa tra il momento dell'adozione (*rectius*, perfezionamento) del decreto di revoca e il momento esatto in cui tale atto ha acquisito efficacia giuridica.

Una siffatta circostanza non può che condurre il TAR Emilia-Romagna ad affermare l'irrelevanza delle valutazioni e degli accertamenti compiuti dalla Questura nel momento in cui il suddetto decreto (pur già perfezionatosi) ha potuto legittimamente produrre i suoi effetti ed essere, di conseguenza, eseguito dall'Amministrazione.

Molto opportunamente, infatti, in accoglimento dell'istanza cautelare avanzata dal cittadino straniero, i giudici amministrativi riconoscono, nella citata ordinanza n. 138/2023, che «il provvedimento di revoca impugnato – datato 1° settembre 2016 e notificato a distanza di anni (13 marzo 2023) – non dà conto della pericolosità sociale attuale del ricorrente, né tantomeno degli elementi nelle more intervenuti».

3. *Permesso di soggiorno UE di lungo periodo e giudizio di pericolosità sociale*

Nell'ordinare alla Questura di riesaminare la posizione giuridica dell'interessato, i giudici amministrativi richiamano, inoltre, un consolidato

⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, sentenza del 17 maggio 2012, n. 2849.

orientamento formatosi in materia di revoca di permesso di soggiorno UE di lungo periodo per pericolosità sociale⁹.

Secondo tale indirizzo interpretativo, l'art. 9, comma 4, d.lgs. n. 286/1998 sancirebbe il principio in base al quale «il diniego e la revoca del permesso di soggiorno di lungo periodo non possono essere adottati per il solo fatto che lo straniero abbia riportato sentenze penali di condanna: al contrario, tali misure richiedono un giudizio di pericolosità sociale dello straniero e una motivazione articolata su più elementi, che tenga conto anche della durata del soggiorno sul territorio nazionale e dell'inserimento sociale, familiare e lavorativo dell'interessato, tale da escludere ogni automatismo tra provvedimento sfavorevole e condanne penali»¹⁰.

In tal senso, il Collegio giudicante intende correttamente ribadire come l'eventuale formulazione di un giudizio di pericolosità sociale nei confronti di un soggiornante di lungo periodo non possa che richiedere una delicata, approfondita e attuale valutazione della complessiva personalità e della condotta di vita dell'interessato.

Tale apprezzamento, infatti, pur costituendo esercizio di un potere discrezionale, non può essere arbitrario o irragionevole, ma deve tenere conto di una pluralità di elementi, dai quali poter ricavare il livello di integrazione e la pericolosità in concreto del cittadino straniero.

Deve escludersi, in altri termini, ogni ipotesi di automatismo espulsivo legato a eventuali condanne penali riportate dal titolare di un permesso di soggiorno UE. Un meccanismo che, tuttavia, continua a trovare applicazione, in caso di commissione di taluni reati indicati dal legislatore, per i titolari di altre tipologie di permesso, nonostante le significative declaratorie di illegittimità costituzionale rese in materia dalla più recente giurisprudenza costituzionale¹¹.

⁹ Con riferimento allo *status* di soggiornante di lungo periodo, si vedano, quantomeno, S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Torino, 2022, pp. 316 ss.; F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI, *Diritto e immigrazioni. Percorsi di diritto costituzionale*, Bologna, 2022, pp. 95 ss.

¹⁰ Al riguardo si vedano, *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, sentenza del 12 luglio 2022, n. 5832; Cons. Stato, sez. III, sentenza del 10 giugno 2022, n. 4748; TAR Lombardia, Brescia, sez. II, sentenza del 4 marzo 2021, n. 219.

¹¹ Cfr. Corte Cost., sentenza del 8 maggio 2023, n. 88, con nota di S. D'ANTONIO, *La Corte procede a piccoli passi verso il superamento dell'automatismo espulsivo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3, 2023, pp. 940 ss. In tema di automatismo espulsivo si vedano, tra gli altri, M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, pp. 279 ss.; Id., *L'incostituzionalità del c.d. automatismo espulsivo*, in *Diritto, immigra-*

4. *La rilevanza delle sopravvenienze fattuali nella recente giurisprudenza amministrativa in materia di immigrazione*

Meno convincenti appaiano, al contrario, i passaggi argomentativi della sentenza relativi al delicato tema delle sopravvenienze fattuali favorevoli al destinatario di un provvedimento di diniego o di revoca di un permesso di soggiorno¹².

Come si è detto, sebbene nella fattispecie in commento assumano rilievo alcune circostanze sopravvenute tra il momento del perfezionamento dell'atto e quello della relativa efficacia giuridica (sorta solo con l'adempimento dell'obbligo di comunicazione), i giudici emiliani ritengono opportuno richiamare, ai fini della risoluzione del giudizio, la recente giurisprudenza amministrativa formatasi con riferimento all'art. 5, comma 5, del d.lgs. 286/98¹³.

In particolare, il Collegio giudicante cita, in primo luogo, una pronuncia resa da TAR Lombardia con riferimento a un provvedimento di rigetto di un'istanza di emersione dal lavoro irregolare¹⁴. In tale occasione, la determinazione amministrativa impugnata è stata annullata in quanto, sebbene adottata in ragione della grave condanna penale riportata in passato dall'interessato, non avrebbe tenuto in considerazione la riabilitazione penale

zione e cittadinanza, n. 3, 2013, pp. 37 ss.; C. CORSI, *La disciplina del soggiorno e rimpatrio dello straniero: fra automatismi legislativi e valutazioni discrezionali*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3, 2012, pp. 52 ss.

¹² Sul punto, cfr. anche M. MAGRI, *Il diniego di atti autorizzatori in materia migratoria: la rilevanza delle sopravvenienze*, in G. CASSOLA, G. DEL TURCO, F. PASSARINI, M. SAVINO, M. TUOZZO (a cura di), *Annuario ADIM 2023*, Napoli, 2024, pp. 469 ss., che analizza lucidamente le interessanti considerazioni rese da Cons. Stato, sez. III, sentenza del 3 aprile 2023, n. 3421. In tale occasione, il Supremo Consesso amministrativo ha condannato l'Amministrazione resistente a riaprire il procedimento avviato da un cittadino straniero ai sensi dell'art. 103 del d.l. n. 34/2020 alla luce della nuova documentazione prodotta dall'interessato nel corso del giudizio di appello, giungendo ad annullare il provvedimento di diniego impugnato in primo grado nonostante quest'ultimo fosse «pienamente legittimo» al momento della sua adozione.

¹³ Com'è noto, tale disposizione autorizza l'Amministrazione competente a non procedere al diniego o alla revoca del permesso nel caso in cui l'interessato, nonostante fosse in precedenza privo dei requisiti prescritti dalla legge, sia riuscito a eliminare le cause ostative al godimento del titolo di soggiorno durante lo svolgimento del procedimento amministrativo o, in ogni caso, prima dell'adozione del provvedimento di diniego o di revoca. Per un commento alla disposizione, cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Santarcangelo di Romagna, 2024, pp. 36.

¹⁴ TAR Lombardia, Milano, sez. IV, sentenza del 2 maggio 2022, n. 965.

ottenuta dal lavoratore prima della conclusione del procedimento di emersione.

Di conseguenza, come si è precisato, «a seguito dell'intervenuta riabilitazione, sull'istanza dell'interessato l'Autorità amministrativa dovrà svolgere una [...] valutazione delle eventuali altre circostanze favorevoli all'interessato, quali il periodo di permanenza in Italia ed il periodo intercorso dalla condanna, l'eventuale espletamento di lavoro stabile senza altri reati. Sono queste le circostanze che la competente Autorità amministrativa dovrà verificare e valutare bilanciandole con la complessiva condotta dello straniero compresa la condanna precedentemente riportata, al fine di valutare se ricorrono o meno condizioni di effettiva e attuale pericolosità sociale»¹⁵.

La rilevanza delle sopravvenienze ai fini della risoluzione del caso in esame viene ulteriormente enfatizzata, in secondo luogo, tramite il richiamo a un'altra, recente decisione del Consiglio di Stato, avente ad oggetto il rigetto, da parte della Questura di Milano, di un'istanza di aggiornamento di un permesso di soggiorno UE, motivato a causa di alcune condanne per maltrattamenti familiari riportate dal cittadino straniero¹⁶.

In tale circostanza, i giudici amministrativi, pur confermando la legittimità dell'atto impugnato in relazione allo stato di fatto e di diritto esistente al momento della sua adozione (sulla scorta del noto principio *tempus regit actum*), hanno ritenuto dirimente la sopravvenuta ordinanza di riabilitazione penale adottata dal Tribunale di Sorveglianza di Milano in favore del reo, nonostante tale ordinanza sia stata emessa soltanto dopo la instaurazione del giudizio d'appello.

Invero, come espressamente affermato dal Supremo Consesso, «nella specifica materia dell'immigrazione, il giudizio amministrativo, come giudizio sulla situazione giuridica soggettiva e non solo sull'atto impugnato, impone dunque la valutazione degli elementi che si sono effettivamente concretizzati nelle more tra l'istanza presentata, il suo esame da parte dell'Amministrazione e il giudizio dinanzi al Giudice, specie quando ci sono gli elementi per il riconoscimento di altro titolo di soggiorno perché, se è vero che questi non potevano incidere sull'atto, incidono sulla situazione giuridica dell'appellante e la loro mancata valutazione può comprometterla irrimediabilmente, arrecando un pregiudizio a diritti fondamentali della persona umana»¹⁷.

¹⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. III, sentenza del 23 marzo 2021, n. 2467; Cons. Stato, sez. III, sentenza del 3 novembre 2020, n. 6781.

¹⁶ Cons. Stato, sez. III, sentenza del 20 gennaio 2023, n. 719.

¹⁷ Sul punto si vedano, da ultimo, Cons. Stato, sez. III, sentenza del 22 luglio 2024, n.

Si tratta, com'è noto, di un approdo interpretativo sempre più emergente negli ultimi anni, e da alcuni autori ritenuto ormai maggioritario¹⁸, che viene particolarmente caldeggiato qualora la materia del contendere sia rappresentata dal possesso di determinati requisiti alloggiativi e reddituali¹⁹.

Tale orientamento pare trovare giustificazione nell'esigenza di assicurare al cittadino straniero un'ulteriore occasione di tutela, anche in deroga ad alcuni principi generali del diritto amministrativo (come il principio del *tempus regit actum*)²⁰. E ciò al fine di spingere le competenti autorità amministrative, specie nei procedimenti finalizzati all'adozione di provvedimenti ampliativi, a rivalutare la situazione giuridica degli interessati nel caso in cui sopraggiungano circostanze fattuali per loro favorevoli. Il che, tra gli altri effetti, sembrerebbe sollevare tali soggetti dall'onere di presentare una nuova formale istanza ai fini della riapertura dell'istruttoria procedimentale.

Tuttavia, al di là della condivisibilità o meno delle sostanziali fughe in avanti realizzate in via pretoria tramite le citate pronunce, per quanto qui più interessa, appare difficilmente superabile l'obiezione secondo la quale, nel caso affrontato dal TAR Emilia-Romagna, non si è dibattuto affatto della rilevanza delle sopravvenienze tra la fase di avvio del procedimento amministrativo e quella di adozione del provvedimento finale, né tantomeno tra quest'ultima e la conclusione del giudizio di impugnazione promosso dal privato.

6580; Cons. Stato, sez. III, sentenza del 13 giugno 2024, n. 5324; Cons. Stato, sez. III, sentenza del 7 marzo 2024, n. 3609; Cons. Stato, sez. III, 11 maggio 2023, n. 4768; Cons. Stato, sez. III, sentenza del 1° giugno 2022, n. 4467.

¹⁸ In questi termini, L. GALLI, *Il sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa di gestione del fenomeno migratorio*, in A. CASSATELLA, R. CHIEPPA, A. MOLITERNI (a cura di), *Il sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa*, Piacenza, 2024, pp. 324-325, il quale riconosce come, in questi casi, i giudici amministrativi arrivino ad annullare provvedimenti amministrativi "ingiusti", seppur non illegittimi.

¹⁹ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, sentenza del 29 novembre 2023, n. 10242; Cons. Stato, sez. III, sentenza del 24 marzo 2023, n. 2993; Cons. Stato, sez. III, sentenza del 19 settembre 2022, n. 8074; Cons. Stato sez. III, sentenza del 5 agosto 2022, n. 6935.

²⁰ Il principio in questione trova dei precisi riferimenti giurisprudenziali, tra gli altri, in Cons. Stato, sez. V, sentenza del 28 marzo 2023, n. 3141; Cons. Stato, sez. IV, sentenza del 6 giugno 2022, n. 4587; Cons. Stato, sez. V, sentenza del 15 luglio 2021, n. 5353; Cons. Stato, sez. IV, sentenza del 3 giugno 2021 n. 4246; nonché in Corte cost., ordinanza del 13 aprile 2018, n. 76; Corte cost., sentenza del 22 maggio 2013, n. 90. Per alcune applicazioni del suddetto principio in materia di immigrazione, cfr. Cons. giust. amm., sentenza del 11 luglio 2022, n. 814; Cons. Stato, sez. II, sentenza del 6 febbraio 2020, n. 940; Cons. Stato, sez. III, sentenza del 12 settembre 2018, n. 5323; Cons. Stato, sez. III, sentenza del 3 maggio 2016, n. 1714.

Al contrario, come peraltro riconosciuto dallo stesso Collegio, ai fini della definizione della controversia assumeva rilievo centrale la «discrasia temporale tra il momento della emanazione e quello della relativa concreta efficacia».

5. Osservazioni conclusive

La sentenza in commento, ponendosi dichiaratamente in continuità con i più recenti indirizzi giurisprudenziali, costituisce un ulteriore banco di prova delle peculiari problematiche derivanti dalla rilevanza accordata al tema delle sopravvenienze fattuali nell'ambito delle procedure amministrative in materia di immigrazione.

Le pronunce rese in tale contesto confermano, in particolare, una certa vivacità nell'elaborazione delle soluzioni interpretative, le quali, se mosse, da un lato, dall'intento di assicurare al migrante la più ampia tutela possibile, dall'altro rischiano di rimettere in discussione, anche quando non necessario o pertinente, categorie giuridiche già consolidate nel nostro ordinamento (come quelle relative all'efficacia e alla validità degli atti, nonché quelle relative ai poteri del giudice nel processo amministrativo).

Le possibili implicazioni di un tale approccio possono essere ben individuate all'interno della decisione resa dai giudici emiliani, specie laddove questi ultimi, lungi dal limitarsi ad annullare il provvedimento impugnato, condannano l'Amministrazione resistente a procedere (non a un mero riesame della situazione fattuale esistente al tempo dell'adozione dell'atto, ma) a un esame *ex novo* della posizione giuridica dell'amministrato.

Una soluzione che, se applicata, come nel caso di specie, nell'ambito di procedimenti finalizzati all'emissione di provvedimenti restrittivi, potrebbe rischiare di danneggiare il ricorrente, come nell'ipotesi in cui le circostanze sopravvenute non siano a lui favorevoli o nell'ipotesi in cui l'autorità procedente, costretta ad avviare un nuovo procedimento, lo concluda tramite l'emanazione di un provvedimento di contenuto identico rispetto a quello precedentemente reso.

Si tratta di prese di posizione che determinano, in definitiva, il sorgere di nuove incertezze e contrasti ermeneutici, che si auspica possano essere risolti in futuro a seguito di un intervento chiarificatore da parte dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

PARTE III

CORTI E LEGISLATORI: LE ALTRE NOVITÀ

JUDICIAL DYNAMISM AND ITS LIMITS: THE ROLE OF NATIONAL COURTS AND THEIR INTERACTION WITH THE CJEU

Daniel Thym*

SUMMARY: 1. Introduction – 2. Procedure: Who Seizes the CJEU? – 3. Timing: When Should Preliminary References be Made? – 4. Themes: Topics (Not) Reaching Luxembourg – 5. Silence: Number of References per Member States – 6. Member States: National Legal Cultures – 7. Context: The Implications of Politicisation

1. *Introduction*

One of the deficits of the international debate about European Migration Law in the English language is the predominant focus on EU legislation and judges in Luxembourg and Strasbourg, as if the supranational institutions shaped migration law single-handedly. That is obviously incorrect. All experts of immigration and asylum know from their respective national settings that the domestic level can be crucial: in the form of implementing legislation, administrative practices, and judicial oversight.

This contribution will assess the interaction between the national judiciary and the Court of Justice in six interrelated steps illustrating that the supranational judicial output is heavily influenced by the behaviour of domestic courts, as demonstrated by two perplexing statistics on the thematic focus of all CJEU judgments on the different migration law instruments and the number of references per Member State. On that basis, the final two sections will put the spotlight on national legal cultures as a critical variable and discuss the repercussions of the increasing politicisation of migration law for the role of domestic and supranational courts.

2. *Procedure: Who Seizes the CJEU?*

A statistical breakdown of the procedure behind the 330 judgments delivered by the Court of Justice on the migration law instruments up until the end of

* University of Konstanz.

2024 confirms what most readers will know already: the preliminary reference procedure is the central gateway. No less than 86% of all judgments originate in references by domestic courts. These statistics include judgments delivered on the legislation adopted on the basis of Articles 77 to 80 TFEU.¹

Two factors help to explain this centrality of preliminary references in this area of EU law. Firstly, the Commission remains passive with regard to infringement proceedings. The light blue column at the lower part of the

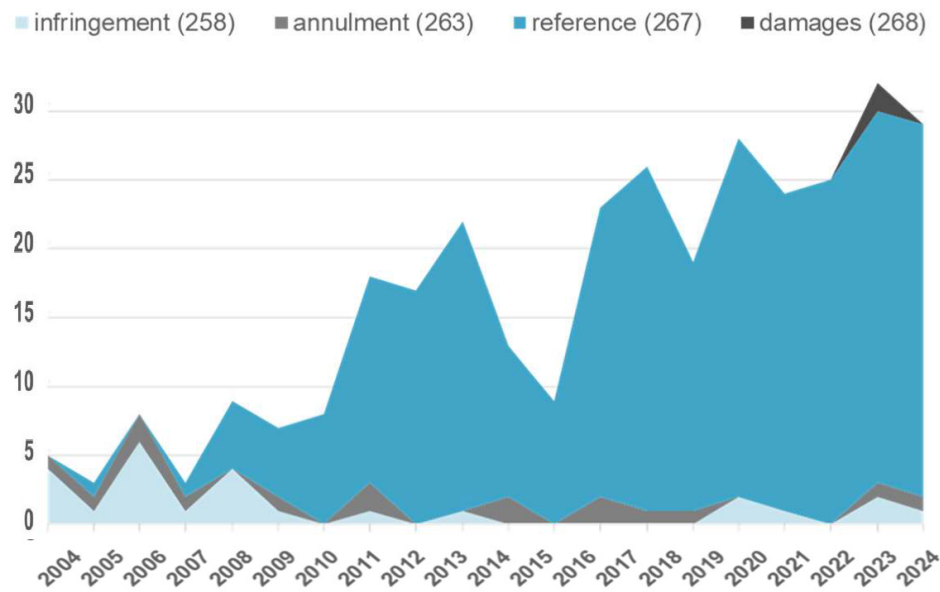


chart indicates that we may distinguish three phases. In the early years, several judgments originated in infringement proceedings, but they mainly dealt with late transposition when a Member State fails to adopt implementing legislation. All judgments concerned instruments of minor political importance.² Throughout the 2010s, the Commission hardly ever brought Member States to Court, despite the emergence of controversial laws and practices, especially after the policy crisis of 2015/16. The Commission was passive, thus leaving national courts with the onus to fill the void.

Things changed somewhat in 2020. Ever since we have seen several judgments against Hungary in particular, starting with the refusal to comply with the Council Decisions on the relocation of asylum seekers. They responded to instances of

¹ The data, updated, are taken from my book D. THYM, *European Migration Law*, Oxford, 2023, ch. 3.

² Ibid. pp. 80-83.

open defiance, when a state wilfully violates EU law. We can expect a similar activism when the new asylum legislation enters into force and when some Member States refuse to participate in the solidarity mechanism. Such infringement proceedings against ‘rebels’³ are essential to prevent open disobedience from undermining the normative integrity of EU law. They do not, however, change the predominantly passive role of the Commission with regard to ‘regular’ breaches. In this respect, national courts remain a critical gateway at present and in future.

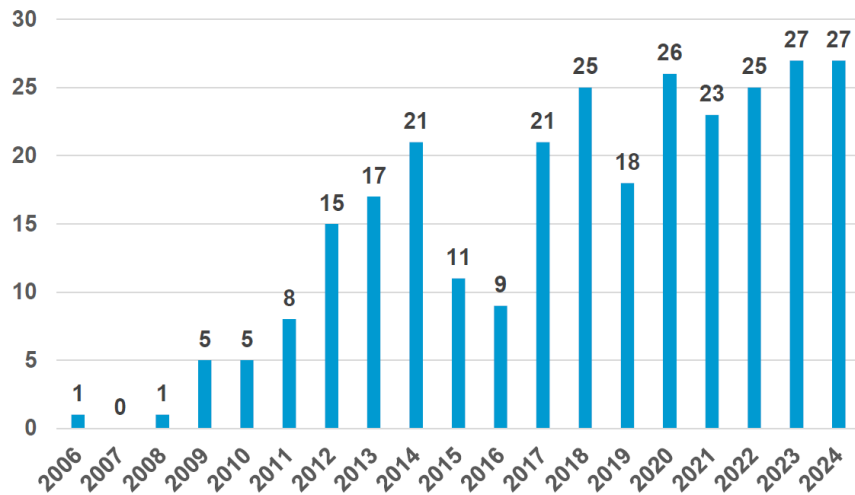
There is a second background for the essential role of national courts, which receives much attention these days: actions for damages, notably with regard to Frontex. There were two judgments on this highly salient issue last year. While these judgments can have some legal impact, I would warn, from the perspective of general European law, against high expectations for the simple reason that judges in Luxembourg have interpreted the right to standing for individuals restrictively for decades. The underlying reason is simple. Preliminary references allow judges in Luxembourg to leave complex matters of fact to national courts. That is critical for a Court with 27 judges dealing with numerous subject matters, not only migration. For reasons of capacity, the Courts in Luxembourg depend on national courts serving as ‘filters’ to identify legal questions of interpretation where guidance from Luxembourg is warranted.

3. *Timing: When Should Preliminary References be Made?*

If national courts have an essential filtering function, a critical follow-up question is when they should make a reference – or should decide by themselves. In an opinion of 2021, Advocate General Bobek brought forward an argument which essentially boiled down to the conclusion that Luxembourg should be consulted for legally complex or politically salient topics, especially when they concern more than one country. The rest: national courts should decide by themselves.⁴ The Court of Justice did *not* sign up to the idea and reiterated the well-known *CILFIT* formula that all questions of interpretation which are not self-evident must be referred to Luxembourg by the highest national courts as a matter of principle.

³ AG E. SHARPSTON, Opinion in Joined Cases C-715/17, C-718/17 & C-719/17, *Commission v. Poland and Others*, EU:C:2019:917, point 141.

⁴ AG M. BOBEK, Opinion in Case C-561/19, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*, EU:C:2021:291, points 36-51.



Overall number of preliminary references per year

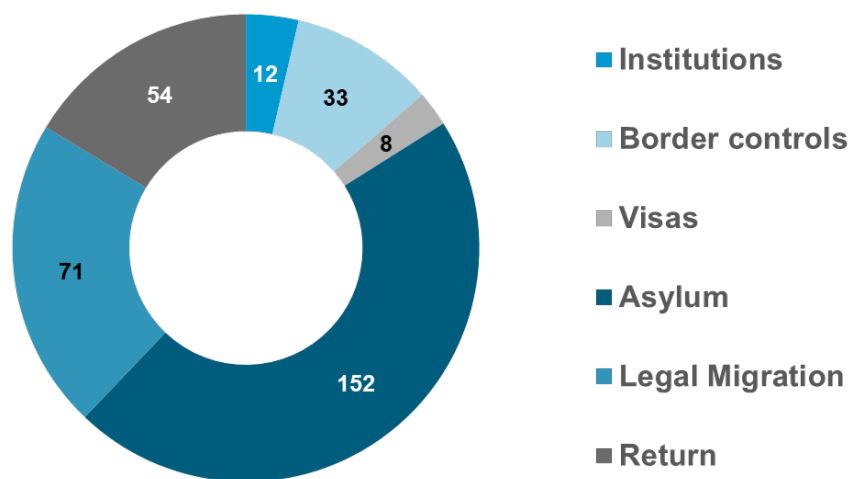
It is no secret that reality on the ground has always looked different in all areas of EU law.⁵ The graph demonstrates that there are present approximately 25 references per year on all aspects of migration law combined. This number alone explains why judgments from Luxembourg will always be the proverbial ‘tip of the iceberg’. The rationale proposed by Advocate General Bobek remains relevant: not as a legal standard, but as a normative guideline as to when national courts should make a reference. Luxembourg should be consulted whenever a question is legally tricky or politically salient for more than one country.

4. *Themes: Topics (Not) Reaching Luxembourg*

The asymmetry of the judicial output becomes perplexing when we analyse the thematic output on the multiple aspects of European migration law: institutional questions, border controls, visas, asylum, family reunification, economic migration, return, and cooperation with third states. All these issues are practically, legally, and politically relevant, even though the number of court rulings on these different themes varies markedly – both at the domestic and the supranational levels.

⁵ See M. BROBERG, N. FENGER, *Variations in Member States’ Preliminary References to the Court of Justice*, in *European Law Journal*, no. 19/2013, p. 488.

The discrepancy is striking: while asylum, return, and family reunification get a lot of attention, visas and border controls feature in few judgments. Some discrepancies can be explained by contextual factors.⁶ By way of example, labour migration is not usually conflictual in administrative practice – unlike family reunification and asylum. Moreover, asylum applicants have a strong incentive to go to court, since they usually benefit from a right to remain up until the delivery of the judgment. By contrast, those refused a visa will rarely seize domestic courts. Why? Courts tend to give the executive leeway in visa matters, and a legal remedy does not bring about a preliminary right to enter Union territory.



In addition, we may witness a ‘snowball effect’, with a first reference on a topic triggering follow-up references. By way of example, think of the *El Dridi* saga about the criminalisation of illegal stay, which originated in a first reference by an Italian court in response to a lively domestic debate involving many academics.⁷ More recently, a series of several follow-up judgments has dealt with the status of Palestinian refugees under the Qualification Directive or subsequent applications under the Asylum Procedures Directive. Notably, these references tend to come from different countries, indicating that CJEU judgments are read across the Union. National courts may serve as a pioneer putting new themes on the agenda.

⁶ THYM (n 1), pp. 87-89.

⁷ See R. RAFFAELLI, *Criminalizing Irregular Immigration and the Returns Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, no. 13/2011, p. 467.

Even if we figure in these contextual factors, the absence of judgments on critical aspects stands out. Border controls and access to the asylum procedure are a case in point. Controversial pushback practices have reached Luxembourg on two occasions only, regarding Lithuanian practices⁸ and in the context of Dublin transfers.⁹ By contrast, there have been no references on pushbacks from Poland, Croatia, Greece, and Spain (with regard to Ceuta and Melilla), as well as for the harsh French internal border control practices towards Italy and Spain.

There are two possible explanations for why national courts do not refer such controversial topics. On the one hand, there might be no domestic cases. In the absence of domestic proceedings, national courts cannot make a reference. On the other hand, domestic courts may prefer not to send certain subject matters to the Court in Luxembourg, thus ‘resolving’ them domestically. Of course, both explanations may be inter-twined if asylum applicants, or NGOs supporting them, refrain from initiating domestic proceedings, since they do not expect the national judiciary to engage with pushback practices proactively. We shall come back to these underlying considerations of national legal culture later on.

This brings me to a recommendation. In case you are curious to understand why national courts engage in references, read the work of our Dutch colleague Jasper Krommendijk.¹⁰ His empirical work unearths a plethora of practical and sociological factors supporting or hindering the willingness of national courts to consult Luxembourg. They include practical aspects: knowledge of Union law, workload, length of proceedings, and the role of the parties. Then, there are institutional factors, such as the organisation and self-image of the judiciary, to which we shall come back in a minute. Finally, the answer from Luxembourg has an impact. Talking to German judges, I regularly feel a sense of frustration with what they perceive to be a lack of quality of the CJEU output. That can reduce the willingness to send references in the future. In the German case, the sense of frustration stems from very high expectations.

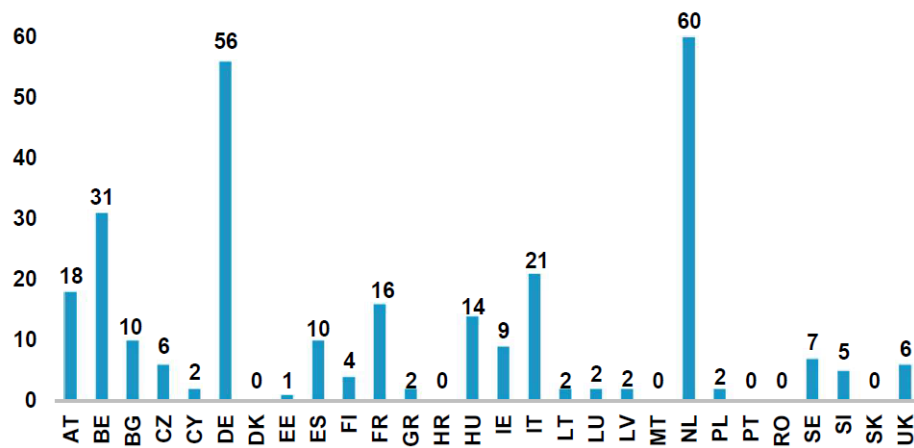
⁸ See Case C-72/22 PPU, *Valstybės sienos apsaugos tarnyba*, EU:C:2022:505; and D. THYM, *Upholding the Right to Asylum in Times of its “Instrumentalisation” by Neighbouring States: Valstybės sienos apsaugos tarnyba*, in *Common Market Law Review*, no. 60/2023, p. 1101.

⁹ See Case C-392/22, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, EU:C:2024:195.

¹⁰ See the open access publication J. KROMMENDIJK, *National Courts and Preliminary References to the Court of Justice*, Cheltenham, 2021.

5. *Silence: Number of References per Member State*

Readers who are not familiar with the Court practice might be surprised that so many references come from a few countries, which can be identified on the graph below through the use of Internet top-level domains (AT for Austria, BE for Belgium, BG for Bulgaria, and so on). In the field of migration, two jurisdictions account for 41% of all references: DE for Germany and the Netherlands. If we add Belgium, Italy, Austria, and France, the ‘top six’ countries account for 71% of all references. By contrast, the courts of more than half of the Member States (14) have sent two references or less which have resulted in a judgment up until the end of 2024 (pending cases are not included in the statistical overview). That contrast is remarkable even if we take into account the overall picture of wide discrepancies: German and Italian courts have been the most willing collaborators of the Court of Justice for decades.¹¹



CJEU judgments in response to preliminary references

How to interpret these data? While the high number of references from Germany and the Netherlands reflects a high loyalty towards Union law and the practical importance of asylum, the relative insignificance of other countries invites comments. To start with, the low number of references from Denmark, Ireland, and the UK, before Brexit, can be explained by their opt-outs. Moreover, the lesser visibility of domestic courts from Central and

¹¹ See *Statistics concerning the judicial activity of the Court of Justice*, CJEU, Annual Report 2023, pp. 11-12, 33-35.

Eastern Europe can be rationalised by the comparatively low number of third country nationals living there. Note that temporary protection for Ukrainians does not, unlike asylum, raise many legal problems.

Remarkably, with the exception of Lithuania, there have been no references with regard to the controversies regarding the ‘instrumentalisation’ of asylum by Belarus or pushback allegations in Croatia. As a legal academic, I find this failure of the judiciary in some countries frustrating and disappointing, since it undermines the normative integration of EU law. Most striking in this respect, is the marginal role of Greek courts. They have triggered only one case on the Return Directive which, moreover, concerned a Bulgarian national in a post-accession scenario.¹² Not a single Greek court consulted judges in Luxembourg on how to interpret the asylum *acquis* in the aftermath of 2015/16 until 2023, when a reference on the safe third country provision was made, which was decided last autumn.¹³

The Greek example may be an extreme case, but it is illustrative of a more general divergence between the theory of mandatory referral, enshrined in Article 267 TFEU, and widespread factual flexibility. Even if we are willing to embrace the guideline of Advocate General Bobek presented a minute ago, it is quite simply inconceivable that the highest courts dealing with migration are not confronted with more questions which raise legally tricky or politically salient issues affecting more than one country. With regard to Italy, one might have expected more judgments given that Italian courts are generally making a lot of references to Luxembourg: 21 judgments on migration in 19 years is not impressive, also considering the high numbers of asylum applicants entering Italy each year.

6. *Member States: National Legal Cultures*

Anyone working in different countries or speaking to colleagues from abroad realises that national legal cultures differ.¹⁴ Academic teaching is a case in point. At the beginning of each semester, I explain to Erasmus students that legal education in Germany is quite different from law lectures at

¹² See Case C-184/16, *Petrea*, EU:C:2017:684.

¹³ See Case C-134/23, *Elliniko Symvoulío gia tous Prosfyges & Ypostirixi Prosfygon sto Aigaio*, EU:C:2024:838.

¹⁴ See F. MANCINI, D. KEELING, *Language, Culture and Politics in the Life of the European Court of Justice*, in *Columbia Journal of European Law*, no. 1/1995, p. 397.

their home universities. The same holds true for academia: while it sits in the proverbial ‘ivory tower’ in some countries, it actively cooperates with legal practice elsewhere. In the UK and the Netherlands, academia tends to be interdisciplinary; in Germany and Italy, it has traditionally been more doctrinal.¹⁵ Similar differences characterise the national judiciary.

At an abstract level, we may distinguish between ‘self-confident’ and ‘passive’ as well as between ‘neutral’ and ‘political’ courts – as indicated on the graph. The vertical distinction between ‘self-confident’ and ‘passive’ concerns the self-confidence of the judiciary to assume an independent standpoint, not least on controversial topics. The German judiciary is highly self-confident in this sense: it stands ready to deal with more or less any topic, irrespective of its political sensitivity.

At the same time, it is decisively ‘neutral’. The horizontal distinction between ‘neutral’ and ‘political’ concerns the judicial output. German legal practice is famously doctrinal, meaning that it concentrates on legal hermeneutics. Such interpretation does have a political dimension, but it usually plays a lesser role for the outcome. By contrast, I would classify a national court as being ‘political’ when policy guides the outcome. Such a ‘political’ court can produce ‘migrant-friendly’ or it can, alternatively, favour state interests when judges close their eyes to illegalities. I’m fully aware that this categorisation has its limits, even more so when we place individual countries on the scheme in a tentative manner which is not based on extensive research or a thorough knowledge of the national judiciary. Nevertheless, even a rough and tentative categorisation might prove useful to stimulate further reflection.

It is inherent in such simple categorisation that it glosses over internal differences. By way of example, criminal judges in Italy may play a different role than other branches of the judiciary, for instance in civil or administrative matters. Moreover, one chamber within a court may have a different leaning than their colleagues; such discrepancies may also exist within a judicial formation. My categorisation is, in other words, a conscious exercise in simplification to stimulate debate.

Differences can also be found between lower and higher courts. By way of example, the Dutch Raad van State appears to be more state-oriented than lower courts, even though the Dutch courts are, on the whole, quite neutral. That’s why I place them close to the Germans. Let me tentatively put three

¹⁵ See D. THYM, *The Limits of Transnational Scholarship on EU Law. A View from Germany*, in *EUI Working Paper LAW*, no. 14/2016.

more countries on the graph, considering both cooperation with the Court of Justice and what I perceive to be their national output.

Greece might be an obvious case of a ‘passive’ and ‘political’ legal culture: ‘passive’ in the sense of shying away from tricky questions, and ‘political’ in the sense of siding with state interests. For all I understand, one of the reasons for the ADiM symposium is an Italian debate about how ‘political’ the Italian judiciary is and should be. I would tentatively put it here: self-confident and somewhat political – in full awareness of the internal discrepancies between different segments of the judiciary (feel free to leave a comment to this blogpost to share your perspective on the Italian judiciary highlighting the degree of internal differentiation). By contrast, my understanding of Sweden and Finland is that the judiciary there is ‘passive’ in the sense that it has not traditionally played an active role in domestic affairs; at the same time, its output is fairly ‘neutral’. We shall see what this means for the new Finnish legislation on pushbacks to Russia.

Finally, I consider the Court of Justice in Luxembourg to be reasonably ‘self-confident’. It is somewhat ‘political’ in constitutional cases whenever the future of the European project is at stake. This conclusion is not called into question by two well-known rulings on the EU-Turkey Statement and humanitarian visas in which the CJEU evaded dealing with the substance.¹⁶ In my categorisation, these evasion tactics would qualify as a political and passive behaviour. At the same time, we should be careful not to take two singular judgments from 2017 and 2018 as a definite statement about the role of the Court in Luxembourg on constitutional matters. Remember that the Court was fairly self-confident and active in judgments on the relocation decisions,¹⁷ infringement proceedings against Hungary,¹⁸ and a series of rulings on the rights of the child in the Charter.¹⁹ By contrast, many rulings on secondary legislation exhibit what I have called an ‘administrative mindset’²⁰. They engage in a technical exercise of doctrinal hermeneutics.

¹⁶ See I. GOLDNER LANG, *Towards “Judicial Passivism”, in European Union Migration and Asylum Law?* in T. CAPETA, I. GOLDNER LANG and T. PERIŠIN (ed.), *The Changing European Union*, London, 2022, p. 175.

¹⁷ See Joined Cases C-643/15 & C-647/15, *Slovakia and Hungary v. Council*, EU:C:2017:631.

¹⁸ See Case C-123/22, *Commission v. Hungary*, EU:C:2024:493.

¹⁹ See E. FRASCA, J.-Y. CARLIER, *The Best Interests of the Child in ECJ Asylum and Migration Case Law*, in *Common Market Law Review*, no. 60/2023, p. 345.

²⁰ D. THYM, *Between “Administrative Mindset” and “Constitutional Imagination”. The Role of the Court of Justice in Immigration, Asylum and Border Control Policy*, in *European Law Review*, no. 44/2019, p. 138.

Finally, we all may wish to position ourselves, as academics, on the graph. My own self-perception as an academic is close to the German judiciary, especially for my publications in English, whereas I engage in quite some policy advice at the national level in German, where, as a result, I perceive myself to be more 'political'. My impression is that many younger academics have shifted in that direction in recent years.

7. *Context: The Implications of Politicisation*

One of the most famous descriptions of the Court of Justice comes from the American law professor Eric Stein: about a Court 'tucked away in the fairyland Duchy of Luxembourg and blessed, until recently, with benign neglect'²¹. Conventional knowledge has it that this 'benign neglect' has facilitated the constitutionalisation of the European project, through judgments on primacy, direct effect, and the economic freedoms,²² which have been sustained by a permissive consensus' among national governments and the electorate.²³ This argument informed the evolution of both the European Union generally and of migration policy specifically. When it comes to migration, the output of the EU institutions was not subject to heated debate until nine years ago. This was one contextual factor for the adoption of moderately liberal legislation.²⁴

It is apparent that the situation is different nowadays. Migration has become a salient topic which defines the democratic political contest and influences election outcomes. Political scientists maintain that the former 'permissive consensus' has given way to a 'constraining dissensus'²⁵. In such a context, it is highly unlikely that EU institutions and the judiciary can main-

²¹ E. STEIN, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, in *American Journal of International Law*, no. 75/1981, p. 1.

²² See J. H. H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, no. 100/1990/91, p. 2403.

²³ See S. SCHEINGOLD, L. N. LINDBERG, *Europe's Would-Be Polity*, Upper Saddle River, 1970.

²⁴ See F. TRAUNER, A. RIPOLL SERVENT, *The Analytical Framework*, in F. TRAUNER, A. RIPOLL SERVENT (ed.), *Policy Change in the Area of Freedom, Security and Justice*, London, 2015, p. 11.

²⁵ D. HODSON, U. PUETTER, *The European Union in Disequilibrium. New Intergovernmentalism, Postfunctionalism and Integration Theory in the Post-Maastricht Period*, in *Journal of European Public Policy*, no. 26/2019, p. 1153.

tain the moderately liberal direction they have followed during the first 15 years of EU migration law.

If that is correct, it has repercussions for the role of judges – as illustrated by the example of the European Court of Human Rights. Anyone reading judgments from Strasbourg will realise that the period of judicial activism on the part of human rights court in the field of migration stopped a decade ago around the time of the *Hirsi* judgment. There continue to be many judgments, but they essentially apply legal standards developed previously.²⁶ The Court of Justice in Luxembourg may be less vulnerable than its sister court in Strasbourg. Nevertheless, its output on migration will inevitably unfold in a different context nowadays than in the heyday of dynamic judgments before the millennium change. Luxembourg may still be a fairyland Duchy, but the Court is no longer blessed with benign neglect.

The same holds true for the national judiciary. It can be risky for judges to openly confront governments on politically salient topics when doing so requires a dynamic interpretation of the law. Whether courts will be willing to confront that risk will depend, in part at least, on their self-perception and the national legal culture in line with previous comments. This leaves me with a very last finding from my statistical overview of the CJEU output. I have always been surprised by the high number of references from Hungary: 13 up until the end of last year. Hungary is the seventh most active Member State in terms of preliminary references on migration.

Many of these references are what one might call ‘primacy references’. The outcome is comparatively straightforward from a legal perspective, but it does concern politically salient topics – with lower courts openly confronting the restrictive asylum policies of the Hungarian government. Consulting the Court of Justice can play a critical role in enhancing the legitimacy of national court judgments censoring state practices. In a way, the judgment from Luxembourg serves as a ‘shield’ to protect the national judiciary against the accusation of politicisation. Of course, such a strategy will only work if the Court of Justice sides with the referring court. Against this background, I would recommend Italian courts to consult Luxembourg whenever they think that it overstretches their legitimacy to decide by themselves or whenever the outcome requires a dynamic interpretation of the law.

²⁶ See D. THYM, *The End of Human Rights Dynamism? Judgments of the ECtHR on “Hot Returns” and Humanitarian Visas as a Focal Point of Contemporary European Asylum Law and Policy*, in *International Journal of Refugee Law*, no. 32/2020, pp. 569, 588-95.

LA GIURISPRUDENZA INTERNAZIONALE

L'AMPIEZZA DELL'OBBLIGO POSITIVO DI AMMETTERE UN CITTADINO STRANIERO NEL CASO *GHADAMIAN C. SVIZZERA*

Laura Salvadego*

SOMMARIO: 1. Le circostanze all'origine del ricorso. – 2. La tutela della vita privata e familiare nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. – 3. Le valutazioni della Corte nel caso *Ghadamian c. Svizzera*. – 4. Conclusioni.

1. *Le circostanze all'origine del ricorso*

Nel caso *Ghadamian*¹, la Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito Corte Edu) torna ad esprimersi sull'ampiezza della tutela del diritto alla vita privata e familiare nel contesto migratorio.

Il ricorrente, cittadino iraniano, investiva i giudici di Strasburgo di un ricorso volto ad accertare se il reiterato diniego di un permesso di soggiorno per redditieri (c.d. *séjour pour rentiers*, riconosciuto in Svizzera alle persone con più di 55 anni che desiderano vivere nel Paese senza esercitare un'attività professionale) integrasse una violazione del diritto alla vita privata e familiare sancito dall'art. 8 della CEDU.

Ad avviso del ricorrente, infatti, la decisione di espulsione dalla Svizzera – adottata a seguito del rifiuto del Tribunale federale, del 29 ottobre 2018, di accordargli un permesso di soggiorno nel Paese – integrava un'ingerenza grave e non giustificata nel godimento del diritto alla vita privata e familiare². Per un verso, il ricorrente aveva lasciato l'Iran da oltre 50 anni, all'età di 29 anni, e aveva fatto ingresso e soggiornato legalmente in Svizzera dal 1969, dove aveva svolto la professione di radiologo, senza fare ritorno in Iran se non per occasioni familiari importanti come, ad esempio, il funerale della madre nel 2001³. Inoltre, il centro di interessi della vita privata del ricorrente era oramai costituito dalla compagna svizzera e dai figli e nipoti, che risiedevano nel Paese⁴. Per altro verso, ai fini della decisione di espulsione adottata

* Professoressa associata di Diritto internazionale, Università di Macerata.

¹ Corte Edu, sentenza del 9 maggio 2023, *Ghadamian c. Svizzera*, ric. n. 21768/19.

² Ivi, paragrafi 22 e 33.

³ Ivi, par. 30.

⁴ *Ibidem*.

dai giudici svizzeri, un ruolo determinante avevano assunto alcune condanne alla pena detentiva, per una durata complessiva di circa 5 anni, tutte riportate fra il novembre 1988 e il gennaio 2004, per vari reati connessi alla separazione dalla moglie, avvenuta nel 1989, dopo 18 anni di matrimonio. In particolare, nel 1999, il ricorrente era stato condannato all'espulsione dalla Svizzera per 5 anni⁵. Dal 2006, invece, il ricorrente non aveva posto in essere alcun reato grave da cui si potesse inferire che egli costituisse una minaccia per la sicurezza pubblica del Paese. Le condanne più recenti, infatti, erano connesse alla sola condizione di immigrato irregolare.

Secondo il Governo convenuto, invece, la misura adottata nei confronti del ricorrente perseguiva uno scopo legittimo ai sensi dell'art. 8, par. 2, della CEDU, ovvero la difesa dell'ordine pubblico, la prevenzione dei reati e la protezione dei diritti e delle libertà di altre persone⁶. Il rifiuto del permesso di soggiorno e l'allontanamento verso il Paese di origine dovevano considerarsi pienamente coerenti con la legislazione svizzera ed erano giustificati in ragione della commissione da parte dell'interessato di vari reati, sia nel corso del suo soggiorno regolare in Svizzera sia successivamente alla prima decisione di espulsione dallo Stato.

Nonostante la lunga durata del soggiorno in Svizzera, infatti, a partire dal 2002, la permanenza aveva avuto carattere irregolare. Inoltre, i numerosi tentativi esperiti dalle autorità elvetiche per dare concreta esecuzione alla decisione di espulsione del ricorrente – incluse le perquisizioni eseguite presso il suo domicilio nel 2004 e nel 2019 – erano rimasti privi di seguito per via di elementi estranei al controllo delle autorità, come, ad esempio, l'impossibilità di reperire un passaporto valido del ricorrente.

La Corte riteneva di dover esaminare la questione nella prospettiva degli obblighi positivi configurabili per gli Stati in forza dell'art. 8 della CEDU e, all'unanimità, stabiliva che il rifiuto del permesso di soggiorno in Svizzera e la conseguente decisione di allontanare il ricorrente verso il Paese di origine integrassero una violazione del diritto alla vita privata.

2. *La tutela della vita privata e familiare nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*

Il caso *Ghadamian* offre l'opportunità di svolgere alcune considerazioni

⁵ Ivi, par. 6.

⁶ Ivi, par. 35.

circa il corretto bilanciamento fra le prerogative statali in materia di controllo dei flussi migratori e gli obblighi internazionali in materia di tutela della vita privata e dell'unità familiare. Prima di soffermarsi sui profili più significativi della sentenza in commento è tuttavia opportuno richiamare brevemente i tratti essenziali della giurisprudenza della Corte Edu in relazione all'art. 8 della CEDU⁷.

Con specifico riguardo alla materia dell'immigrazione, infatti, tale disposizione non attribuisce allo straniero un vero e proprio diritto a vivere nel Paese ove risiedono i propri familiari o in cui egli ha stabilito relazioni significative di altra natura, incluse quelle personali, sociali, economiche e culturali. Solo in situazioni eccezionali, tenuto conto delle particolari condizioni nelle quali i soggetti interessati si trovano in concreto, allo Stato territoriale è talora preclusa la possibilità di allontanare uno straniero o di negare l'ingresso a particolari soggetti stranieri al fine di conservare o ricostituire l'unità del nucleo familiare o di preservare ulteriori relazioni particolarmente significative.

Invero, la Corte Edu ha per lo più interpretato l'art. 8 quale limite alla facoltà dello Stato di allontanare uno straniero dal proprio territorio qualora questi abbia instaurato legami familiari o sociali stabili che rischierebbero di essere pregiudicati dal provvedimento di espulsione. La tutela dall'allontanamento riguarda, però, il solo straniero che abbia costituito legami particolarmente intensi e di lunga durata, a riprova del forte radicamento nel tessuto sociale dello Stato⁸. Inoltre, in questo caso, la Corte è incline a offrire protezione alla vita privata e familiare dello straniero che si sia sviluppata nel corso di un soggiorno regolare; legami avviati e consolidati in un periodo in cui detta permanenza è invece irregolare o precaria (come nel caso in cui l'esito di una istanza volta al rilascio del titolo di soggiorno sia ancora incerto) non ricevono – di regola – tutela⁹.

⁷ In generale, per una ricostruzione critica della prassi della Corte in tema di interpretazione dell'art. 8, cfr. C. PITEA, L. TOMASI, *Articolo 8*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Milano, 2012, pp. 297-369 e, più di recente, F. PESCE, *La tutela europea dei diritti fondamentali in materia familiare: recenti sviluppi*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2016, pp. 5-47.

⁸ Cfr., ad esempio, Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 18 ottobre 2006, *Üner c. Paesi Bassi*, ric. n. 46410/99, paragrafi 54-59.

⁹ Cfr. Corte Edu, sentenza del 28 luglio 2020, *Pormes c. Paesi Bassi*, ric. n. 25402/14, par. 53 ss., paragrafi 57-58; circa la rilevanza dell'art. 8 della CEDU quale limite alla facoltà di allontanare uno straniero, in dottrina v., fra gli altri, M. DI FILIPPO, *L'allontanamento*

La Corte Edu ha inoltre stabilito che il diritto al rispetto della vita privata e familiare può talora comportare anche un obbligo positivo per lo Stato di ammettere uno straniero sul proprio territorio al fine di consentirgli di ricongiungersi con uno o più membri della famiglia. I casi in cui l'obbligo in questione è stato riconosciuto dalla Corte riguardano essenzialmente il ricongiungimento fra i figli minori dipendenti dai genitori e questi ultimi e – anche se in ipotesi ancora più circoscritte – il ricongiungimento fra partner nell'ambito di coppie stabili¹⁰. La Corte, tuttavia, pone obblighi più incisivi sugli Stati in relazione alla decisione di allontanare un individuo rispetto a quella relativa al diniego di ingresso sul territorio dello Stato ai fini del ricongiungimento familiare¹¹.

Nel caso *Ghadamian*, invece, per la prima volta, la Corte estende l'applicabilità dei principi elaborati in riferimento all'obbligo positivo di ammettere un cittadino straniero, al fine della salvaguardia della vita familiare, anche allo specifico profilo del rispetto della vita privata, più raramente giunto all'attenzione della Corte, dimostrando una spiccata sensibilità nel bilanciamento degli interessi in gioco anche in relazione a questo aspetto.

In generale, come chiarito dalla Corte, la CEDU non impone agli Stati l'obbligo di assecondare la scelta dei coniugi riguardo al Paese in cui stabilire la residenza comune e di consentire il ricongiungimento del nucleo familiare sul proprio territorio¹². D'altra parte, il principale obiettivo dell'art. 8 della CEDU è quello di garantire la protezione dell'individuo dall'azione arbitraria delle autorità pubbliche. In alcuni casi, però, la norma può comportare anche obblighi positivi in funzione del concreto ed effettivo rispetto della vita familiare e, in particolare, si configura l'obbligo a carico dello Stato di ammettere sul proprio territorio membri del nucleo familiare di immigrati ivi stanziati laddove questo risultato costituisca il solo modo per garantire il ri-

dell'individuo straniero, in A.M. CALAMIA e al. (a cura di), *Lineamenti di Diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, 2021, pp. 262-264.

¹⁰ Con riguardo al ricongiungimento di coniugi cfr., ad esempio, Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 9 luglio 2021, *M.A. c. Danimarca*, ric. n. 6697/18.

¹¹ V. sul punto anche H. LAMBERT, *The European Court of Human Rights and the Right of Refugees and Other Persons in Need of Protection to Family Reunion*, in *International Journal of Refugee Law*, 1999, pp. 427-450, pp. 440-441 e M. ROHAN, *Refugee Family Reunification Rights: A Basis in the European Court of Human Rights' Family Reunification Jurisprudence*, in *Chicago Journal of International Law*, 2014, pp. 347-375, p. 359.

¹² Cfr., ad esempio, Corte Edu, sentenza del 19 febbraio 1996, *Gül c. Svizzera*, ric. n. 23218/94, par. 38.

spetto del diritto alla vita familiare di questi individui¹³. La Corte valuta quindi, di volta in volta, la configurabilità di puntuali obblighi positivi per lo Stato all'esito di un bilanciamento fra tutte le circostanze che caratterizzano in concreto la situazione familiare dei soggetti coinvolti e l'interesse generale della comunità nel suo complesso¹⁴. In questa prospettiva assumono rilievo, in particolare, elementi quali: l'età del minore, il grado di dipendenza dai genitori, le condizioni di salute del soggetto, il livello di integrazione socio-culturale nel Paese di elezione, i perduranti legami familiari nel Paese di origine, la presenza di ostacoli insuperabili alla realizzazione della vita familiare nel Paese di origine. L'attento bilanciamento fra tutte le circostanze del caso concreto consente alla Corte di valutare, di volta in volta, se il diniego dello Stato territoriale al ricongiungimento sul proprio territorio costituisca (o meno) una violazione degli obblighi positivi configurabili ai sensi dell'art. 8 della CEDU in materia di rispetto della vita familiare.

Così, ad esempio, nel caso *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*¹⁵ la Corte riteneva che il Regno Unito non avesse violato il diritto alla vita familiare delle ricorrenti, regolarmente stabilite in modo permanente nel Paese, nonostante il rifiuto di ammettere sul territorio dello Stato i rispettivi mariti. Ciò in ragione del fatto che non era emerso alcun ostacolo insuperabile alla possibilità delle ricorrenti di stabilire la sede della vita familiare nel proprio Paese di origine o nel Paese di origine dei rispettivi coniugi¹⁶. Anche nel caso *Gül*¹⁷ la Corte riteneva che la Svizzera non avesse violato il diritto all'unità familiare del ricorrente, cittadino turco residente in Svizzera con la moglie, che pretendeva di essere raggiunto dal figlio minorenne, da sempre residente in Turchia con il nonno e il fratello maggiore. Ad avviso della Corte, infatti, non erano ravvisabili impedimenti ostativi al trasferimento dell'intero nucleo familiare in Turchia¹⁸. Allo stesso modo, nel caso *Ahmut*¹⁹, la Corte ha respinto il ricorso proposto contro i Paesi Bassi dopo aver constatato che il ricorrente viveva in quello Stato per propria scelta e senza che alcun impedimento gli precludesse la possibilità di tornare in Marocco, Pae-

¹³ Ivi, par. 39.

¹⁴ V., ad esempio, Corte Edu, sentenza del 1° dicembre 2005, *Tuquabo-Tekle e al. c. Paesi Bassi*, ric. n. 60665/00, paragrafi 42-43.

¹⁵ Corte Edu, sentenza del 28 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, ricorsi nn. 9214/80, 9473/81, 9474/81.

¹⁶ Ivi, par. 68.

¹⁷ Cfr. ancora *Gül*, cit., par. 28 ss.

¹⁸ Ivi, paragrafi 42-43.

¹⁹ Corte Edu, sentenza del 28 novembre 1996, *Ahmut c. Paesi Bassi*, ric. n. 21702/93.

se di origine del ricorrente, dove risiedeva ancora il figlio con cui chiedeva di essere ricongiunto. Decisiva veniva considerata la circostanza che il figlio del ricorrente, salvo brevi soggiorni nei Paesi Bassi, fosse sempre vissuto in Marocco dove aveva instaurato forti legami linguistici e culturali e dove vivevano vari membri della famiglia (i fratelli, due zii e la nonna)²⁰. Anche nel caso *M.T. e al. c. Svezia*²¹ la Corte avallava la decisione della Svezia di negare ai ricorrenti, cittadini siriani, un permesso di soggiorno per riunirsi con uno stretto congiunto beneficiario di protezione sussidiaria nel Paese. Lo ‘sponsor’, infatti, pur minorenni, per sua scelta, supportata anche dalla madre, risiedeva a Stoccolma insieme a due fratelli maggiori; inoltre, nonostante la giovane età, egli non versava in una condizione di vulnerabilità o di dipendenza dai familiari con cui chiedeva di potersi riunire in Svezia. Inoltre, la vita dell’intero nucleo familiare si sarebbe in alternativa potuta svolgere in Arabia Saudita, Paese di origine della madre e in cui il padre risiedeva dal 2012²².

Anche nel caso *Şen*²³ la figlia minorenni con cui i ricorrenti chiedevano di essere ricongiunti era sempre vissuta in Turchia e aveva forti legami con l’ambiente linguistico e culturale del suo Paese, dove conservava ancora solidi legami familiari con alcuni zii, cugini e un nonno. In questo caso, però, sussistevano oggettivi impedimenti per il nucleo familiare a trasferirsi in Turchia e ricostituire nel Paese di origine la vita familiare con la figlia. I coniugi, nel frattempo, avevano infatti instaurato una stabile vita di coppia nei Paesi Bassi dove soggiornavano legalmente da molti anni e dove erano nati altri due figli le cui relazioni sociali sarebbero state pregiudicate nell’ipotesi di un trasferimento in Turchia²⁴. Alla luce di tutte le circostanze del caso, la Corte riconosceva che i Paesi Bassi, negando il ricongiungimento, avevano violato l’art. 8 della CEDU.

Sempre i Paesi Bassi sono stati dichiarati parimenti responsabili per aver negato alla signora Tuquabo-Tekle il ricongiungimento con la figlia che si trovava in Eritrea, Stato dal quale la ricorrente era stata costretta a fuggire nel corso della guerra civile prima di trasferirsi nei Paesi Bassi, dove era stata ammessa come rifugiata. In quello Stato la ricorrente aveva costituito una

²⁰ Ivi, par. 69.

²¹ Corte Edu, sentenza del 20 ottobre, *M.T. e al. c. Svezia*, ric. n. 22105/18.

²² Per un commento v. L. SALVADEGO, *L’accesso al ricongiungimento familiare per i titolari di protezione sussidiaria nel caso M.T. e al. dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2023, pp. 786-796.

²³ Corte Edu, sentenza del 21 dicembre 2001, *Şen c. Paesi Bassi*, ric. n. 31465/96.

²⁴ Ivi, par. 40.

nuova famiglia e aveva chiesto di potersi ricongiungere con la figlia quando oramai questa aveva compiuto 15 anni. Nonostante i forti legami linguistici e culturali instaurati dalla ragazza in Eritrea, la Corte ha comunque accolto il ricorso valorizzando la circostanza che la figlia aveva raggiunto, secondo le usanze locali, l'età maritale e, per questa ragione, aveva dovuto cessare gli studi nonostante la volontà contraria della madre²⁵. La Corte attribuiva quindi rilievo alla facoltà della madre di incidere sulle scelte essenziali per la vita della figlia minorenni, tenuto conto del particolare contesto in cui questa concretamente si trovava nel Paese di origine.

Dall'esame della giurisprudenza della Corte EDU sopra richiamata emerge che l'art. 8 della CEDU viene in gioco nella valutazione della decisione delle autorità statali di ammettere (o meno) un membro del nucleo familiare di un individuo straniero già stabilito sul territorio dello Stato in situazioni del tutto peculiari. Si tratta in buona sostanza di casi limite in cui, ad esempio, è in questione il ricongiungimento di un figlio minorenne residente all'estero e rimasto privo di cure e del sostegno effettivo di un ambiente familiare idoneo a garantirne lo sviluppo psico-fisico in conformità con il suo superiore interesse²⁶. In simili situazioni l'art. 8 della CEDU è valorizzato quale presidio normativo volto a realizzare il superiore interesse del minore, in conformità con l'art. 3, par. 1, della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza²⁷.

3. Le valutazioni della Corte nel caso *Ghadamian c. Svizzera*

Nel caso *Ghadamian*, nel solco delle precedenti decisioni adottate in relazione all'art. 8 della CEDU, la Corte ritiene di dover esaminare la questio-

²⁵ Corte Edu, sentenza del 1° dicembre 2005, *Tuquabo-Tekle e al. c. Paesi Bassi*, ric. n. 60665/00, par. 50.

²⁶ Cfr. in questo senso Corte Edu, decisione dell'8 marzo 2016, *I.A.A. e al. c. Regno Unito*, ric. n. 25960/13, par. 42 ss.; cfr. poi Corte Edu, sentenza dell'8 novembre 2016, *El Ghatet c. Svizzera*, ric. n. 56971/10, par. 48 ss.

²⁷ Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, New York, 20 novembre 1989, in vigore dal 2 settembre 1990; sul concetto di interesse superiore del minore nella giurisprudenza della Corte Edu v. G. WILLEMS, *La filiation et l'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Journal européen des droits de l'homme*, 2018, pp. 435-466; N. TAKÁCS, *The Threefold Concept of the Best Interest of the Child in the Immigration Case Law of the ECtHR*, in *Hungarian Journal of Legal Studies*, 2021, pp. 96-114.

ne nella sola prospettiva del rispetto del diritto alla vita privata²⁸. Come si è detto, infatti, la vita familiare fra genitori e figli adulti è protetta dall'art. 8 della CEDU solo laddove venga dimostrata la sussistenza di elementi di dipendenza nella relazione²⁹. Il ricorrente, invece, nonostante l'età avanzata, era ancora autonomo nel far fronte alle esigenze della vita quotidiana³⁰. Inoltre, dal momento che il ricorrente, dal 2002, non disponeva di un titolo di soggiorno in Svizzera, la Corte esaminava la questione nella prospettiva dell'ammissione dello straniero³¹. Più precisamente, la Corte riteneva di dover esaminare la questione alla luce degli obblighi positivi configurabili per gli Stati in forza dell'art. 8 della CEDU per verificare se, nelle specifiche circostanze del caso concreto, le autorità elvetiche fossero tenute a concedere un permesso di soggiorno al ricorrente per garantirgli la possibilità di svolgere la propria vita privata sul territorio dello Stato.

Richiamando la propria giurisprudenza consolidata, la Corte osservava che, in generale, quando uno straniero costruisce la propria vita privata sul territorio di uno Stato nel corso di un soggiorno irregolare, il rifiuto dello Stato di concedere un permesso di soggiorno integra una violazione dell'art. 8 della CEDU solo in circostanze eccezionali³². La Corte notava tuttavia che, in questo specifico caso, il ricorrente aveva costruito la propria vita privata in Svizzera nel corso di oltre 30 anni nei quali aveva soggiornato regolarmente nel Paese³³ e procedeva ad un bilanciamento fra i concorrenti interessi in gioco nelle circostanze del caso per stabilire se fosse configurabile un puntuale obbligo positivo per la Svizzera di consentire al signor Ghadamian di soggiornare nel Paese.

Ad avviso della Corte, il rifiuto di ammettere il ricorrente nel Paese corrispondeva ad un interesse legittimo delle autorità elvetiche. A partire dal 1999, infatti, egli aveva riportato varie condanne penali, risultate in seguito decisive tanto nella decisione del 2000 di espellere il Ghadamian dalla Svizzera quanto nel rifiuto del Tribunale federale, nel 2018, di accordargli un permesso di soggiorno. Tuttavia, come si è detto, tali condanne erano ricon-

²⁸ Cfr. *Ghadamian*, cit., par. 42.

²⁹ In questo senso v., fra le altre, Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 9 ottobre 2003, *Slivenko c. Lettonia*, ric. n. 48321/99, par. 97; Corte Edu, sentenza del 30 giugno 2015, *A.S. c. Svizzera*, ric. n. 39350/13, par. 49; Corte Edu, decisione del 7 novembre 2000, *Kwakyen-Nti e Dufie c. Paesi Bassi*, ric. 31519/96.

³⁰ Cfr. ancora *Ghadamian*, cit., par. 42.

³¹ Ivi, par. 44.

³² V. ancora *Pormes*, cit., par. 58.

³³ Cfr. ancora *Ghadamian*, cit., par. 46.

ducibili alla relazione con la *ex* moglie ed erano risalenti nel tempo. Dal 2006, infatti, il ricorrente non aveva commesso reati gravi tali da farlo ritenere una minaccia per la sicurezza pubblica dello Stato. L'interesse statale all'allontanamento del ricorrente era altresì attestato dai tentativi esperiti nel tempo dalle autorità nazionali al fine di dare esecuzione all'espulsione. La Corte, tuttavia, riteneva che nel bilanciamento fra i contrapposti interessi in gioco, ovvero, da un lato, l'interesse personale del ricorrente a continuare a soggiornare in Svizzera e a condurvi la propria vita privata e, dall'altro lato, l'interesse di ordine pubblico dello Stato al controllo dell'immigrazione, le autorità nazionali avessero attribuito un peso eccessivo a quest'ultimo³⁴.

Gli elementi invocati dalle autorità nazionali per negare il permesso di soggiorno al ricorrente, pur ritenuti pertinenti dalla Corte, venivano comunque considerati insufficienti, alla luce della particolare situazione del ricorrente: la durata complessiva estremamente lunga del soggiorno in Svizzera, il forte radicamento nel Paese, l'età avanzata, l'incertezza circa i legami ancora esistenti nel Paese di origine, la mancata commissione di reati gravi dal 2006 e, infine, gli sforzi (ritenuti insufficienti) posti in essere dalle autorità elvetiche per espellerlo. In conclusione, nonostante l'ampio margine di apprezzamento tradizionalmente concesso alle autorità dello Stato in relazione all'ammissione degli stranieri, la Corte riteneva che le autorità nazionali non avessero individuato il giusto punto di bilanciamento fra i concorrenti interessi in gioco. L'ampiezza dell'obbligo positivo configurabile per lo Stato con riguardo all'ammissione di cittadini stranieri deve infatti essere sempre commisurata tanto all'intensità dell'interesse generale quanto alle specifiche circostanze del caso concreto³⁵.

4. Conclusioni

La sentenza adottata dalla Corte Edu nel caso *Ghadamian* ha il merito di estendere i principi elaborati con riferimento agli obblighi positivi configurabili per lo Stato in materia di tutela della vita familiare anche allo specifico profilo del rispetto della vita privata. Tuttavia, solo in apparenza essa supera l'approccio restrittivo circa la prospettazione di obblighi positivi ravvisabili per gli Stati in forza dell'art. 8 della CEDU. A nostro avviso, infatti, la Corte sembra piuttosto ribadire l'esigenza che gli Stati membri del Consiglio

³⁴ Ivi, par. 60.

³⁵ Cfr. anche i paragrafi 60 e 63 della sentenza.

d'Europa svolgano una puntuale e attenta valutazione di tutte le circostanze del caso concreto nell'individuazione di un equo temperamento fra i contrapposti interessi in gioco. D'altra parte, nonostante la tradizionale ampiezza del margine discrezionale riconosciuto agli Stati in relazione all'ammissione e all'allontanamento di cittadini stranieri, gli Stati devono tenere in debita considerazione lo specifico contesto – normativo e fattuale – in cui tale discrezionalità si estrinseca affinché le determinazioni delle autorità nazionali non sconfinino in forme abusive di esercizio di prerogative legittime o in specifiche violazioni di obblighi internazionali.

I PROCEDIMENTI ITALIANI SUI CRIMINI CONTRO I MIGRANTI IN LIBIA ALLA LUCE DEL SISTEMA DI GIUSTIZIA PENALE INTERNAZIONALE

Maria Crippa*

SOMMARIO: 1. I crimini internazionali commessi nei confronti dei migranti nel contesto della “Situazione in Libia” di fronte alla Corte penale internazionale – 2. I procedimenti italiani sulle gravi violazioni commesse a danno dei migranti in Libia – 3. I limiti della giurisdizione italiana e le ricadute sull’accertamento delle responsabilità – 4. Conclusioni: la rilevanza dei procedimenti italiani nel sistema della giustizia penale internazionale.

1. *I crimini internazionali commessi nei confronti dei migranti nel contesto della “Situazione in Libia” di fronte alla Corte penale internazionale*

Il grave conflitto che a partire dal 2011, caratterizza il contesto libico ha favorito lo sviluppo di organizzazioni criminali dedite, tra l’altro, al traffico di esseri umani. In particolare, i migranti¹ che si spostano verso il territorio libico e nel suo interno vengono arrestati e trattenuti in centri di detenzione, ufficialmente sotto il controllo del Direttorato per la lotta alla migrazione illegale e localizzati lungo le coste, ovvero in capannoni controllati dalle milizie dei trafficanti in aree non identificate nel sud del paese. Le condizioni del trattenimento (sovraffollamento, accesso insufficiente a cibo e acqua, scarsissima igiene) nonché la commissione di condotte come omicidi, sparizioni forzate, torture, violenze sessuali, schiavitù sono da tempo segnalate dalle organizzazioni internazionali a tutela dei diritti umani.² La situazione in Libia è, inoltre, oggetto di indagine da parte dell’Ufficio del Procuratore della Corte penale internazionale (Cpi) dal 2011.³ Nei suoi ultimi rapporti al Consiglio

* Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Milano.

¹ Il termine “migrante” viene in questo contesto utilizzato in senso ampio, comprendente anche le categorie di rifugiato e richiedente asilo.

² Particolarmente significativa è l’attestazione di crimini contro l’umanità commessi a danno di migranti, quanto meno dal 2016, nel *Report of the Independent Fact-Finding Mission on Libya*, UN Doc. A/HRC/52/83, 27 marzo 2023.

³ Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, Risoluzione n. 1970, 26 febbraio 2011, S/RES/1970 (2011).

di Sicurezza delle Nazioni Unite, il Procuratore della Cpi si è impegnato a dare priorità alle attività investigative in Libia e ne ha annunciato il completamento entro il 2025.⁴

Come evidenziato da svariate Comunicazioni presentate al Procuratore della Cpi ai sensi dell'art. 15 dello Statuto di Roma da alcune ONG a tutela dei diritti umani, le violenze commesse nei confronti dei migranti costituiscono in questo contesto possibili crimini internazionali.⁵ Lungi dal rappresentare episodi isolati, infatti, tali condotte presentano carattere diffuso e sistematico, e consentono di ritenere così integrato l'elemento di contesto richiesto per la sussistenza dei crimini contro l'umanità ai sensi dell'art. 7 dello Statuto di Roma. In particolare, l'estensione delle violazioni è dimostrata sia dal numero elevatissimo delle vittime di tali condotte, sia dalla loro appartenenza a diversi gruppi etnici, nazionali, religiosi e di genere, che identificano la popolazione migrante come "popolazione civile". Il requisito alternativo della sistematicità dei crimini sussiste, al contempo, alla luce dell'attuazione di una vera e propria politica di sfruttamento dei soggetti illegalmente trattenuti nei centri di detenzione libici. La qualificazione delle condotte come crimini di guerra è, invece, motivata dalla riconducibilità delle violazioni al conflitto armato non internazionale in corso nella regione (art. 8 dello Statuto di Roma). La commissione di abusi e violenze da parte dei gruppi armati

⁴ Si tratta di indicazioni emerse a partire da *Twenty-Seventh Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council Pursuant to Resolution 1970 (2011)*, 14 maggio 2024. Nell'ambito di tali indagini si colloca la vicenda seguita all'arresto e alla mancata consegna alla Corte penale internazionale del generale libico Osama Elmasry Njeem (Almasri) da parte dell'Italia. Quanto ai profili processuali e alla violazione degli obblighi di cooperazione si vedano, tra i numerosi contributi, M. CAIANIELLO e C. MELONI, *Caso Almasri: una discutibile interpretazione della legge di cooperazione dell'Italia con la CPI ha portato alla scarcerazione del primo ricercato arrestato sul suolo europeo nell'ambito delle indagini in Libia*, in *Sistema penale*, 24 gennaio 2025; V. BOLICI e A. DI MARTINO, *La pagliuzza e la trave: il caso «Almasri»*, in *Questione giustizia*, 25 gennaio 2025; G. VANACORE, *La scarcerazione del generale libico Elmasry. Nota critica alla interpretazione resa dalla Corte di Appello di Roma sull'art. 11 della legge di cooperazione tra l'Italia e la Corte Penale Internazionale*, in *Sistema penale*, 27 gennaio 2025. Sia consentito un rinvio, quanto ai profili di responsabilità ascritti a Elmasry, a M. CRIPPA e L. PARISI, *I profili di responsabilità del generale libico Elmasry nel mandato di arresto della Corte penale internazionale*, in *Sistema penale*, 8 febbraio 2025.

⁵ Si vedano, da ultimo, ECCHR, *Article 15 Communication to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Re: Situation in Libya – Commission of Crimes Against Migrants and Refugees: Interceptions at Sea as Crimes Against Humanity*, 29 novembre 2022; Adala for All, StraLi, UpRights, *Art. 15 Communication on War Crimes and Crimes Against Humanity Committed Against Migrants and Asylum Seekers in Libya*, 17 gennaio 2022.

libici risulta, infatti, finalizzata al finanziamento delle operazioni militari e al mantenimento del controllo del territorio, e si pone così in rapporto di causalità con il conflitto libico.

2. *I procedimenti italiani sulle gravi violazioni commesse a danno dei migranti in Libia*

A partire dall'ultimo decennio, le procure e i tribunali italiani hanno iniziato a instaurare procedimenti sulla violazione dei diritti umani e sullo sfruttamento sistematico dei migranti in Libia. La prossimità dell'ordinamento italiano con i flussi migratori del Mediterraneo Centrale determina, infatti, la presenza nel territorio nazionale di soggetti provenienti dalla Libia, tra i quali si individuano sia i responsabili che le vittime delle violenze perpetrate nei centri di detenzione sopra descritti. I procedimenti italiani prendono di frequente l'avvio proprio a partire dall'identificazione, nei centri di accoglienza e spesso su sollecitazione delle forze dell'ordine, degli autori delle violenze da parte delle loro stesse vittime.⁶ In questo contesto, dunque, i casi italiani potrebbero assumere fondamentale importanza nel panorama della giustizia penale internazionale ai fini del perseguimento di tali violazioni. Tuttavia, l'ordinamento italiano risulta allo stato attuale non equipaggiato per stabilire compiutamente le responsabilità per i crimini internazionali commessi nei confronti dei migranti in Libia e lungo la rotta migratoria. A differenza della grande maggioranza degli Stati parte al trattato istitutivo della Cpi, il legislatore italiano non ha, infatti, ancora provveduto all'attuazione interna delle disposizioni sostanziali relative ai crimini internazionali. Invero, il principio di complementarità di cui all'art. 17 dello Statuto di Roma, sul quale il sistema della Cpi si regge, attribuisce un ruolo primario agli ordinamenti nazionali nell'esercizio della propria giurisdizione, fintantoché essi si dimostrino intenzionati e in grado di perseguire i gravi crimini elencati dall'art. 5 dello Statuto di Roma (genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e aggressione). Il crescente affidamento riposto sui procedimenti domestici risulta ancora più evidente alla luce dell'approccio alla complementarità adottato dal nuovo Procuratore della Cpi, volto a intendere la Corte quale «fulcro degli sforzi collettivi di affermazione della responsabilità penale in-

⁶ In particolare: Corte di Assise di Agrigento, sentenza del 13 febbraio 2015, n. 1; Corte di Assise di Milano, sentenza del 10 ottobre 2017, n. 10; Corte di Assise di Agrigento, sentenza del 12 giugno 2018, n. 1; sentenza del 12 luglio 2019, n. 2; sentenza del 16 luglio 2019, n. 1.

ternazionale», attraverso il supporto ai sistemi nazionali e la cooperazione tra ordinamenti.⁷ Se svariate sono le ragioni che militano a favore dell'adozione di una disciplina domestica in materia di diritto penale internazionale, in assenza di disposizioni sui crimini internazionali i magistrati italiani si trovano costretti ad applicare le fattispecie di reato comuni: omicidio, tortura, violenza sessuale, sequestro di persona a scopo di estorsione, riduzione e mantenimento in schiavitù e servitù, nonché le fattispecie associative finalizzate alla tratta di esseri umani e al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare.⁸

Il ricorso ai reati comuni presenta tuttavia limiti, specialmente per quanto riguarda i crimini contro l'umanità, i quali non trovano un corrispettivo nel diritto penale domestico. Innanzitutto, nell'ordinamento italiano non si rinvencono fattispecie idonee a punire le condotte di deportazione, trasferimento forzato della popolazione, persecuzione e sparizione forzata commesse nei centri di detenzione libici. È, infatti, evidente che tali gravi condotte non sono compiutamente disciplinate dalle fattispecie di reato previste dal codice penale, ad esempio il sequestro di persona, l'arresto illegale o l'indebita limitazione della libertà personale. Queste costituiscono ipotesi assai diverse, in termini di disvalore del fatto e di offesa al bene giuridico tutelato. Le medesime considerazioni valgono per quanto riguarda gli elementi costitutivi delle fattispecie italiane, tra le quali sono annoverati, ad esempio, anche i richiamati reati propri. Inoltre, quando in vigore, le fattispecie di reato comuni risultano in larga misura non coincidenti con le norme internazionali. Si pensi, ad esempio, alla problematica definizione del delitto di tortura nell'art. 613-bis c.p., i cui dubbi di inadeguatezza rispetto alla formulazione imposta dalla omonima Convenzione delle Nazioni Unite sono stati a più riprese sollevati dalla dottrina e hanno, paradossalmente, condotto a recenti proposte abrogative della norma.⁹ Ancora, si ricordi come le fattispecie interne di violenza sessuale risultino ben più circoscritte rispetto alle condotte elencate all'art. 7(1)(g) dello Statuto di Roma e ulteriormente sviluppate dalla giurisprudenza della Cpi.¹⁰

⁷ *Policy on Complementarity and Cooperation*, aprile 2024.

⁸ Si veda, per tutti, A. VALLINI, *Il codice a pezzi. Ascesa e caduta della proposta di una legge organica sui crimini internazionali*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 1, 2023, pp. 91-110.

⁹ Tra i numerosi contributi, si rinvia a C. MELONI, *L'eterno dibattito sul delitto di tortura in Italia alla luce della normativa internazionale*, in *Diritto penale e processo*, n. 2, 2024, pp. 263-271; P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 10, 2017, pp. 181-250; A. MARCHESI, *Sulla proposta di abrogare il reato di tortura*, in *SIDIBlog*, 25 ottobre 2023.

¹⁰ A. L. KATHER, *The Ongwen case: A prism glass for the concurrent commission of gen-*

L'assenza di una disciplina specifica in materia di crimini internazionali determina, inoltre, ricadute significative anche per quanto concerne alcuni istituti di parte generale. In mancanza delle relative disposizioni non troveranno, ad esempio, applicazione le forme di ascrizione della responsabilità ai superiori civili e ai comandanti militari per le condotte commesse dai propri subordinati (art. 28 dello Statuto di Roma). La mancata previsione di eccezioni espresse alla disciplina generale conduce, infine, a ritenere le gravi violazioni in esame soggette al decorso della prescrizione. Sul punto basti ricordare come l'ordinamento italiano sia già pervenuto in passato, in relazione ad altre vicende, alla dichiarazione di estinzione di fattispecie in astratto sussumibili in crimini internazionali, ma di fatto giudicate come reati comuni.¹¹

3. *I limiti della giurisdizione italiana e le ricadute sull'accertamento delle responsabilità*

Un ulteriore limite rispetto al perseguimento dei crimini commessi nei centri di detenzione libici ai danni dei migranti concerne l'instaurazione di procedimenti esclusivamente nei confronti di imputati di minore caratura criminale. Com'è noto, l'ordinamento italiano risulta sprovvisto della giurisdizione universale *cd. pura*, che consente l'esercizio della potestà punitiva a prescindere dalla sussistenza dei tradizionali criteri di collegamento (personalità, territorialità, interesse protetto). Ciononostante, è possibile rinvenire nel sistema penale italiano disposizioni che determinano l'estensione "tendenzialmente universale" della legge penale domestica.¹² Tra i criteri generali maggiormente applicati nei processi in esame si richiama, innanzitutto, l'art. 10 c.p., co. 2, che consente di estendere la legge penale italiana in senso particolarmente ampio ai delitti comuni commessi all'estero dallo straniero nei confronti dello straniero. La norma richiede tuttavia, tra gli altri requisiti, la presenza dell'agente nel territorio italiano e risulta pertanto inidonea a essere applicata nei confronti dei soggetti a capo del sistema di abusi e di sfruttamento dei migranti, che raramente si allontanano dalla Libia. Analoghe cri-

der-based crimes, in *Völkerrechtsblog*, 15 marzo 2021.

¹¹ C. MOSTARDINI, *Nunca más: la Corte d'Assise di Roma condanna i vertici dei regimi dittatoriali dell'America latina per l'omicidio di alcuni desaparecidos italiani*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3 novembre 2017.

¹² G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2024, p. 169.

ticità si rinvencono in riferimento alla fattispecie del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (art. 12, co. 3 D.lgs 286/98). Attraverso l'incriminazione degli atti diretti a procurare l'ingresso di stranieri irregolari nel territorio nazionale, la norma attribuisce, infatti, rilevanza alle condotte commesse oltre i confini nazionali, ad esempio nei centri di detenzione libici, purché connesse all'ingresso irregolare dei migranti nel territorio dello Stato. In astratto, la fattispecie potrebbe applicarsi a coloro che si trovano ai vertici del sistema criminale di gestione dei centri di detenzione libici. Questi soggetti non sono, tuttavia, presenti nel territorio italiano e non possono pertanto essere processati. L'esperienza dei tribunali italiani evidenzia, invece, come la fattispecie sia applicata per lo più nei confronti dei migranti che si sono trovati a condurre le imbarcazioni anche solo nell'ultima parte del viaggio, ad esempio perché costretti dai trafficanti, per coprire i costi del trasporto, ovvero per necessità di portarsi in salvo. Si tratta, invero, di soggetti impropriamente ricondotti alla figura dello "scafista", i quali di fatto non appartengono alle organizzazioni criminali dei trafficanti.¹³ I processi contro i trafficanti libici non possono essere avviati nemmeno sulla base dell'art. 7 n. 5 c.p., nella parte in cui rinvia alle «convenzioni internazionali [che] stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana». La giurisprudenza maggioritaria ha, infatti, evidenziato la natura non autonomamente prescrittiva della norma, che impone l'adozione di un referente normativo interno e non risulta suscettibile di applicazione diretta.¹⁴

L'analisi casistica conferma che i procedimenti italiani non riescono ad accertare le responsabilità dei soggetti al vertice dei sistemi di macroscopica violazione dei diritti umani e dello sfruttamento dei migranti. La questione è emersa, recentemente, nel procedimento a carico di uno dei presunti scafisti coinvolti nel naufragio avvenuto al largo delle coste di Steccato di Cutro nel febbraio 2023.¹⁵ L'imputato, che si era ripetutamente dichiarato estraneo al trasporto illecito dei migranti e aveva sostenuto di essersi imbarcato in qualità di macchinista per coprire le spese del viaggio, è stato condannato a vent'anni di reclusione per i reati di naufragio colposo, favoreggiamento

¹³ F. PATANE', M. P. BOLHUIS, J. VAN WIJK, H. HELENA KREIENSIEK, *Asylum-Seekers Prosecuted for Human Smuggling: A Case Study of Scafisti in Italy*, in *Refugee Survey Quarterly*, n. 39, 2020, pp. 123–152.

¹⁴ Cass., sez. I, sentenza del 1° luglio 2020, n. 19762; Sez. V, sentenza del 12 settembre 2019 (dep. 27 novembre 2019), n. 48250. Per un commento si rinvia a G. MENTASTI, *La Cassazione interviene sull'applicabilità della legge penale italiana ai reati commessi nei campi di detenzione in Libia*, in *Sistema penale*, 4 febbraio 2020.

¹⁵ G.u.p. presso il Tribunale di Crotone, 7 febbraio 2024.

dell'immigrazione irregolare e morte come conseguenza di altro delitto. Di segno opposto si segnala, invece, la decisione con la quale la Corte d'Appello di Messina ha concesso le circostanze attenuanti generiche a tre imputati, sbarcati nel luglio 2019 a Lampedusa e condannati in primo grado a vent'anni di reclusione per i delitti di associazione per delinquere, finalizzata – tra gli altri – al reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, nonché di tortura e sequestro di persona a scopo di estorsione, posti in essere nei confronti di migranti detenuti nel centro di Zawiya in Libia. La Corte d'Appello ha evidenziato lo stato di sudditanza psicologica degli imputati, anch'essi migranti che aspiravano a raggiungere le coste italiane, rispetto alla caratura criminale dei trafficanti, rimasti al riparo dall'azione punitiva.

I procedimenti italiani confermano la correlazione sussistente tra l'andamento dei flussi migratori e l'esercizio negli ordinamenti di "destinazione" della giurisdizione (universale o, come nel caso italiano, extraterritoriale) sulle gravi violazioni commesse nei confronti dei migranti nei paesi di origine.¹⁶ In questo senso, l'adozione del principio di universalità, quantomeno in relazione alle condotte in esame, potrebbe costituire una soluzione per imputare i responsabili del sistema di violazioni commesse nei confronti dei migranti, anche alla luce dei recenti pronunciamenti in materia di procedimenti *in absentia*.¹⁷

4. Conclusioni: la rilevanza dei procedimenti italiani nel sistema della giustizia penale internazionale

Il sistema della giustizia penale internazionale attribuisce un ruolo fondamentale alle giurisdizioni nazionali nell'affermazione delle responsabilità per la commissione di crimini internazionali. L'incremento dei procedimenti domestici su tali gravi violazioni, spesso instaurati sulla base dei criteri di giurisdizione universale o extraterritoriale, risulta direttamente correlato al movimento transnazionale dei migranti. Questa interrelazione assume, tuttavia, connotazioni problematiche per quanto riguarda l'ordinamento italiano. Da un lato, è da tempo attesa l'adozione di una normativa domestica sui crimini internazionali, il cui ultimo progetto sembra essere stato abbandonato per l'asserita necessità di rinviare ad un secondo momento la codificazione

¹⁶ L. JOHNS, M. LANGER, M.E. PETERS, *Migration and Demand for Transitional Justice*, in *American Political Science Review*, 2022, vol. 116(4), pp. 1184 - 1207.

¹⁷ Corte Cost., sentenza del 27 settembre 2023 - dep. 26 ottobre 2023, n. 192.

proprio dei crimini contro l'umanità.¹⁸ Nella perdurante assenza di disposizioni nazionali, i giudici italiani si trovano, quindi, costretti ad applicare i corrispondenti reati comuni, i cui limiti emergono in considerazione tanto della corretta qualificazione delle fattispecie, quanto della rilevanza di alcuni istituti di parte generale. Dall'altro lato, l'estensione della legge penale italiana consente, alle condizioni sopra richiamate, di esercitare la potestà punitiva statuale sulle gravi condotte commesse nei confronti dei migranti all'estero. Ciononostante, il requisito della presenza dell'agente nel territorio italiano impedisce di processare coloro che si trovano a capo delle gerarchie di potere responsabili di tali sistematiche violazioni in Libia.

Se dotata di leggi e risorse adeguate, la magistratura italiana avrebbe l'opportunità di contribuire all'affermazione delle responsabilità per i crimini internazionali commessi oltre i confini nazionali. L'analisi dei procedimenti italiani impone, dunque, di interrogarsi circa l'adempimento degli obblighi di punizione delle gravi violazioni commesse nei confronti dei migranti. Ciò rileva, in primo luogo, per quanto concerne il delitto di tortura, lungamente avversato nell'ordinamento italiano nonostante la sussistenza del chiaro obbligo *aut dedere aut iudicare* nella Convenzione contro la tortura, ratificata dall'Italia e la cui validità *erga omnes* è stata, com'è noto, confermata dalla Corte internazionale di giustizia.¹⁹ Analoghi obblighi emergono inoltre, per quanto riguarda le fattispecie di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, dalla Convenzione di Lubiana-L'Aia, recentemente adottata ma la cui ratifica da parte dell'Italia risulta, al momento, ancora pendente. L'auspicabile entrata in vigore del trattato anche nel nostro ordinamento aprirebbe a interessanti scenari per quanto riguarda la valutazione dell'adequazione della legislazione italiana, in assenza di fattispecie domestiche sui crimini internazionali e con particolare riferimento proprio ai procedimenti relativi alle gravi violazioni commesse nei confronti dei migranti in Libia.

¹⁸ Commissione Palazzo-Pocar, Codice dei crimini internazionali, 2022; gNews, *Codice dei crimini internazionali, via libera dal Cdm*, 17 marzo 2023.

¹⁹ Corte internazionale di giustizia, *Belgio c. Senegal*, 20 luglio 2012.

LA GIURISPRUDENZA EUROPEA

MIGRAZIONI FEMMINILI: LA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA RICONOSCE LO STATUS DI RIFUGIATO ALLE DONNE VITTIME DI VIOLENZA DI GENERE

Maria Fiore Angori*

SOMMARIO: 1. Il caso – 2. Il quadro normativo internazionale ed europeo – 3. La violenza di genere nella giurisprudenza – 4. Conclusioni.

1. *Il caso*

Nella sentenza in commento¹, la Corte di giustizia dell'Unione europea, all'esito di un rinvio pregiudiziale effettuato dal Tribunale amministrativo della città di Sofia (Bulgaria), ha statuito che le donne migranti vittime di violenza di genere nel proprio paese d'origine hanno diritto al riconoscimento della protezione internazionale.

La vicenda riguardava una cittadina turca, appartenente al gruppo etnico curdo, di religione musulmana, giunta legalmente in Bulgaria dopo aver lasciato la Turchia perché vittima di violenza da parte del marito, dal quale aveva divorziato contro il parere dell'uomo e delle rispettive famiglie. Temendo che in caso di ritorno in Turchia potesse essere uccisa dai propri familiari, la donna avanzava richiesta di protezione internazionale che, tuttavia, l'Agenzia bulgara per i rifugiati rifiutava. Nel motivare le ragioni del diniego, l'Agenzia sosteneva, da un lato, che gli atti di violenza domestica e le minacce di morte da parte del coniuge e della famiglia biologica non fossero pertinenti ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato e, dall'altro, che la ricorrente non avesse dichiarato di essere vittima di persecuzione a causa del suo sesso. Parimenti rifiutato il riconoscimento della protezione sussidiaria, in quanto le azioni persecutorie subite dalla donna, mai denunciate alle autorità turche, venivano perpetrate da soggetti privati e non da autorità statali o da gruppi a queste assimilati.

Nell'aprile 2021, producendo una pronuncia con cui le autorità giudiziarie turche condannavano l'ex marito per il reato di minacce perpetrato nei

* Dottoranda di ricerca, Università di Ferrara.

¹ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 16 gennaio 2024, *WS c. Bulgaria*, C-621/21, EU:C:2024:47

suoi confronti, la donna ricorreva avverso il precedente diniego e presentava un'ulteriore domanda di protezione internazionale, facendo valere fondati timori di persecuzione, da parte del marito e delle rispettive famiglie, a causa della sua appartenenza al gruppo sociale delle donne vittime di violenza domestica e, potenzialmente, di delitti d'onore.

Con decisione del maggio 2021, il Tribunale amministrativo bulgaro rifiutava di riaprire la procedura per il riconoscimento della protezione internazionale effettuando, al contempo, un rinvio ex art. 267 TFUE alla Corte di giustizia dell'Unione avente ad oggetto cinque questioni pregiudiziali.

2. *Le questioni pregiudiziali e la decisione*

Con le prime tre questioni, esaminate congiuntamente, il giudice del rinvio chiedeva alla Corte di chiarire se, rispetto ai «motivi di persecuzione» richiesti ex art. 10, par. 1, lett. d) della direttiva 2011/95 (direttiva qualifiche), le donne vittime di violenza di genere possano essere considerate appartenenti a un «determinato gruppo sociale».

La Corte, in via preliminare, sottolineando come la direttiva in questione è stata adottata affinché tutti gli Stati membri impieghino criteri comuni per individuare i beneficiari di protezione internazionale, afferma come la stessa debba essere interpretata non solo alla luce del suo impianto sistematico e teleologico ma, altresì, alla luce della Convenzione di Ginevra del 1951, degli altri trattati pertinenti ex art. 78, par. 1, TFUE e dei documenti emessi dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR)².

Nello specifico, le Linee Guida dell'UNHCR sulla protezione internazionale no.1³, relative alle persecuzioni legate al genere nel contesto dell'articolo 1A(2) della Convenzione del 1951 (Gender Guidelines), precisano, al punto 30, che «la caratteristica del sesso può essere correttamente collocata nella categoria di gruppo sociale, con le donne che costituiscono un chiaro esempio di sottoinsieme sociale definito da caratteristiche innate e immutabili e che sono di frequente trattate in maniera differente rispetto agli uomini. Le loro caratteristiche, inoltre, le identificano come gruppo in una

² Si veda anche precedente CGUE, sentenza del 23 maggio 2019, *Bilali*, C-720/17, EU:C:2019:448.

³ UNHCR, Linee guida sulla protezione internazionale n. 1. La persecuzione di genere nel contesto dell'articolo 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 relativi allo status di rifugiati, 7 maggio 2002, HCR/GIP/02/01.

società, rendendole soggette, in alcuni paesi, a trattamenti e standard differenti». Anche l'art. 60 della Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne, riconducibile ai trattati di cui all'art. 78, par. 2 TFUE, annovera la violenza contro le donne basata sul genere tra i «motivi di persecuzione», prescrivendo agli Stati contraenti di assicurare che un'interpretazione sensibile al genere sia applicata a ciascuno dei motivi di persecuzione contemplati dalla Convenzione del 1951.

Poste tali premesse, i Giudici di Lussemburgo concludono che l'art. 10, par. 1, lett. d) della direttiva 2011/95 debba essere interpretato nel senso che la violenza di genere nei confronti delle donne può fondare il riconoscimento della protezione internazionale qualora venga riscontrato, sulla base di dati e informazioni relativi alla condizione femminile nel paese d'origine, che esse sono esposte, a causa del loro sesso, a violenze fisiche o mentali, incluse le violenze sessuali e domestiche (cfr. punti 57-61 della sentenza). Ciò è conforme alle conclusioni dell'Avvocato generale, per cui, in una popolazione in cui il matrimonio forzato costituisce una norma sociale, le donne che vi si sottraggono possono essere considerate appartenenti a un gruppo sociale con un'identità distinta se, per ciò solo, vengono stigmatizzate ed esposte alla riprovazione da parte della società circostante e a forme di esclusione sociale o ad atti di violenza.

Quanto alle condizioni previste dall'art. 10, par. 1 lett. d) della direttiva 2011/95 per l'individuazione di un «determinato gruppo sociale», la Corte ha rilevato che l'appartenenza al genere femminile costituisce una caratteristica innata ed è, da sola, sufficiente a integrare quanto prescritto dalla norma (si veda punto 50 della sentenza). Il fatto, poi, che alcune donne si siano sottratte a un matrimonio forzato, ovvero, nel caso di donne sposate, abbiano abbandonato il tetto coniugale, può essere considerato «una storia comune che non può essere mutata», ai sensi della medesima disposizione (cfr. punto 51). Ancora, rispetto alla condizione della necessaria «identità distinta» del gruppo nel paese d'origine, la Corte sostiene che le donne possono essere percepite in modo diverso dalla società circostante e può essere riconosciuta loro un'identità distinta in ragione delle norme sociali, morali o giuridiche vigenti in un dato contesto sociale (cfr. punto 52).

Rispetto alla quarta questione, relativa alla necessità o meno di un nesso causale tra gli atti di persecuzione e almeno uno dei motivi di persecuzione di cui all'art. 10, par. 1 della direttiva 2011/95, la Corte ritiene che ciò non sia richiesto qualora venga in rilievo la responsabilità di soggetti non statali, bastando in tal caso che lo Stato, ovvero gli organi ad esso assimilati, non possano o non vogliano offrire, contro simili atti, una protezione effettiva e

non temporanea, attraverso un sistema giuridico accessibile al richiedente protezione internazionale (cfr. punto 70). Una siffatta interpretazione è, tra l'altro, corroborata da quanto disposto al punto 21 delle Gender Guidelines, laddove si afferma che il nesso causale sussiste «anche quando il rischio di essere perseguitati ad opera di un attore non statale non è collegato ad alcuna delle fattispecie previste dalla Convenzione, ma l'incapacità o la non volontà dello Stato di offrire protezione derivano da una di esse».

Quanto, infine, alla possibilità di applicare la protezione sussidiaria qualora non vengano soddisfatte le condizioni per il riconoscimento dello status di rifugiato, la Corte rileva come la nozione di «danno grave» di cui all'art. 15, lett. a) e b) della direttiva 2011/95 ricomprende altresì la minaccia effettiva, gravante sul richiedente, di essere ucciso o di subire atti di violenza da parte di un membro della propria famiglia o della sua comunità, a causa della presunta trasgressione di norme culturali, religiose o tradizionali (si veda punto 80).

3. *Il quadro normativo internazionale ed europeo*

La pronuncia in commento riflette l'accresciuta attenzione alle questioni di genere da tempo diffusa nel panorama internazionale. Nella dottrina internazionalista è, infatti, ormai invalso parlare di “femminilizzazione delle migrazioni”⁴ per indicare la mutata natura delle migrazioni femminili, in cui donne e ragazze sono coinvolte non più solo in quanto membri di un più ampio nucleo familiare ma, altresì, soprattutto in conseguenza della recente pandemia di COVID-19⁵, perché spinte da fattori di natura socio-economica, legati al lavoro e alle conseguenze di varie forme di violenza subite nei paesi d'origine⁶.

Sul piano internazionale, un'evoluzione significativa in tema di diritti delle donne migranti si è registrata a partire dagli anni Novanta, con l'adozione

⁴ S. DE VIDO, *Donne, violenza e diritto internazionale delle migrazioni*, in *Viajes y escrituras: migraciones y cartografías de la violencia*, Parigi, 2019, pp. 51-71.

⁵ Entità delle Nazioni Unite per l'uguaglianza di genere e l'emancipazione delle donne (UN Women), *COVID-19 and Ending Violence Against Women and Girls*, in www.unwomen.org, 2020.

⁶ M.L. ZANIER, *Migrazioni al femminile: lineamenti e dimensioni di un fenomeno in transizione*, in M.I. MACIOTI, V. GIOIA, P. PERSANO (a cura di), *Migrazioni al femminile. Identità culturale e prospettive di genere. Volume I*, Macerata, 2006, pp. 21-48.

della Raccomandazione Generale n.19 da parte del Comitato CEDAW⁷. La Convenzione, entrata in vigore nel 1981, non affrontava esplicitamente il tema della violenza di genere. Tuttavia, con la Raccomandazione n. 19 viene chiarito che tale tipo di violenza rappresenta una forma di discriminazione contro le donne poiché affligge il genere femminile in quanto tale e lo colpisce in maniera sproporzionata. Con la successiva Raccomandazione no. 35⁸ si è poi evidenziato come l'*opinio juris* e le politiche progressivamente adottate dagli Stati per affrontare le diverse forme di violenza di genere suggeriscano che il divieto di perpetrazione di simili abusi si sia progressivamente evoluto in un principio di diritto internazionale consuetudinario⁹.

A livello regionale, si è già dato conto della direttiva 2011/95 del Parlamento europeo e del Consiglio (*direttiva qualifiché*), la quale, pur includendo tra gli atti di persecuzione quelli «specificamente diretti contro un sesso» (art. 9) e pur imponendo di tener conto, nella determinazione dell'appartenenza a un gruppo sociale e nell'individuazione delle caratteristiche dello stesso, delle «considerazioni di genere, compresa l'identità di genere» (art. 10), non menziona la violenza domestica, la quale sembra, pertanto, perdere quella caratterizzazione di violenza "culturale" idonea a fondare il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Lo stesso può dirsi rispetto alla Convenzione di Belém do Pará, adottata nel contesto interamericano nel 1994¹⁰.

Il primo strumento che stabilisce in Europa un quadro giuridicamente vincolante volto specificamente a prevenire la violenza di genere, a punirne gli autori e a tutelarne le vittime, quand'anche migranti e rifugiati, è la Convenzione di Istanbul promossa dal Consiglio d'Europa la quale, riconoscendo la "cecità di genere" avutasi sino a quel momento nella definizione dello *status* di rifugiata e il lungo silenzio che ha circondato le richieste di protezione internazionale delle donne migranti vittime di violenza di genere, rico-

⁷ Comitato CEDAW, Raccomandazione generale CEDAW n. 19: Violenza contro le donne, 1992.

⁸ Comitato CEDAW, Raccomandazione generale CEDAW n. 35 sulla violenza di genere contro

le donne, di aggiornamento della Raccomandazione generale n. 19, 2017.

⁹ ECOSOC, *Review and appraisal of the implementation of the Beijing Declaration and Platform for Action and the outcomes of the twenty-third special session of the General Assembly*, 15 dicembre 2014.

¹⁰ Assemblea Generale dell'Organizzazione degli Stati Americani (OAS), Convenzione Interamericana sulla prevenzione, punizione ed eradicazione della violenza contro le donne, 9 giugno 1994.

nosce che esse ben possono essere perseguitate *a causa* del genere e *in quanto* donne¹¹.

4. *La violenza di genere nella giurisprudenza*

A fronte di un riconoscimento a livello pattizio, la prassi, tuttavia, dimostra come sia ancora arduo assicurare alle donne vittime di violenza di genere una piena tutela attraverso il riconoscimento della protezione internazionale.

In tema di violenza domestica, le richieste di asilo avanzate dalle donne che lamentano di temere per la propria vita in caso di rimpatrio sono state, infatti, tradizionalmente rigettate, eventualmente riconoscendo forme minori di protezione¹². Soltanto nel caso N. c. Svezia del 2010 la Corte EDU ha accordato protezione internazionale a una donna afghana divorziata, asserendo che, alla luce del diritto vigente nel Paese, vi erano ragioni sufficienti per ritenere che, in caso di rimpatrio, avrebbe potuto subire “rappresaglie” da parte del marito, della famiglia di quest’ultimo e della propria¹³.

Anche nella giurisprudenza in tema di mutilazioni genitali femminili si registrano orientamenti restrittivi e oscillanti, essendosi talvolta ritenuto inammissibile il ricorso per il riconoscimento della protezione internazionale sulla base dell’esistenza, nella regione o provincia di provenienza delle vittime, di leggi proibitive delle mutilazioni genitali femminili, ritenendo che tale mero dato formale potesse escludere la sussistenza di un «reale rischio» di sottoposizione a tali pratiche¹⁴. Altre volte si è invece rigettato le richieste di protezione sulla base dell’esistenza, all’interno del paese d’origine, di aree in cui siffatte pratiche non risultavano documentate e diffuse, ritenendo che

¹¹ Consiglio d’Europa, Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro

la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, 11 maggio 2011; Consiglio d’Europa, Relazione esplicativa della Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, 11 maggio 2011, para. 311-313.

¹² I. BOIANO, *Le persecuzioni nei confronti delle donne e il sistema di protezione internazionale: quale*

Paese può dirsi “sicuro” per le donne?, in *Questione Giustizia*, n. 4/2022.

¹³ Corte Edu, sentenza del 20 luglio 2010, *N. v. Sweden*, ric. n. 23505/09, para. 62.

¹⁴ Corte Edu, sentenza del 8 marzo 2007, *Collins and Akaziebie v. Sweden*, ric. n. 23944/05; Corte Edu, sentenza del 17 maggio 2011, *Izvbekhai and Others v. Ireland*, ric. n. 43408/08; Corte Edu, sentenza del 20 settembre 2011, *Omeredo v. Austria*, ric. n. 8969/10.

emigrare in tali zone avrebbe potuto offrire alla vittima una tutela analoga a quella conseguente dall'emigrazione nel continente europeo¹⁵.

Infine, non di rado a influenzare il diniego di protezione internazionale è il rilievo per cui la vittima mantenga un legame affettivo con l'autore delle stesse condotte violente ovvero l'incapacità della stessa di descrivere puntualmente i più svariati aspetti della violenza subita¹⁶.

Simili considerazioni inducono a ritenere come ancora sia ancora profondo il divario tra la sensibilità mostrata dal dato normativo e l'applicazione che la giurisprudenza fa di esso nel caso concreto. Ciò è, d'altronde, conseguenza di una carenza di fondo della normativa che insiste sulla materia, la quale nulla ha previsto, se non genericamente, in ordine ai criteri cui il giudice deve attenersi nell'indagare le effettive condizioni cui è sottoposta la vittima nel paese di provenienza. Simili considerazioni inducono a ritenere come ancora sia ancora profondo il divario tra la sensibilità mostrata dal dato normativo e l'applicazione che la giurisprudenza fa di esso nel caso concreto. Ciò è, d'altronde, conseguenza di una carenza di fondo della normativa che insiste sulla materia, la quale nulla ha previsto, se non genericamente, in ordine ai criteri cui il giudice deve attenersi nell'indagare le effettive condizioni cui è sottoposta la vittima nel paese di provenienza¹⁷.

Nell'ordinamento italiano, la più recente Cassazione ha ritenuto che, ai fini del riconoscimento dello status di rifugiato alle donne vittime di violenza di genere, la valutazione delle condizioni socio-politiche del Paese di provenienza debba avvenire «mediante integrazione istruttoria ufficiosa, tramite l'apprezzamento di tutte le informazioni, generali e specifiche, di cui si dispone pertinenti al caso, aggiornate al momento della decisione». Diversamente, una valutazione approssimativa, ovvero la mancata individuazione delle specifiche fonti normative poste alla base di un eventuale diniego, possono ben fondare il vizio di motivazione apparente¹⁸.

¹⁵ Corte Edu, sentenza del 7 settembre 2016, *R.B.A.B. and Others v. the Netherlands*, ric. n. 7211/06.

¹⁶ E. CANEVINI, *Il ragionamento giuridico stereotipato nell'assunzione e nella valutazione della prova dibattimentale*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2022.

¹⁷ UNHCR, Linee guida sulla protezione internazionale n. 1. La persecuzione di genere nel contesto dell'articolo 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 relativi allo status di rifugiati, 7 maggio 2002, HCR/GIP/02/01, para. 36, lett. x).

¹⁸ In dottrina A. LAZZARO, *Violenza sulle donne e protezione internazionale*, in *Adim Blog*, aprile 2021. In giurisprudenza Cass. Civ., sez. lavoro, ordinanza del 12/01/2022, n. 857; Cass. Civ., sez. I, sentenza del 17 maggio 2017, n. 12333; Cass. Civ., sez. I, sentenza del 24 novembre 2017, n. 28152 con nota di D. GENOVESE, *Violenza di genere e protezione interna-*

5. Conclusioni

Dal quadro sopra delineato emerge come un intervento volto a porre le basi per una tutela effettiva e uniforme, quantomeno a livello europeo, di donne e ragazze migranti fosse quantomai urgente. Simili istanze sembrano essere state pienamente recepite dalla Corte di giustizia, la quale, riunitasi in seduta plenaria per l'eccezionale importanza della questione, si è pronunciata per la prima volta sul rapporto tra riconoscimento dello status di rifugiato e

violenza di genere con una pronuncia rilevante sotto diversi profili.

Innanzitutto, interpretando la direttiva 2011/95 in funzione della Convenzione di Istanbul, ritenuta vincolante per l'Unione europea, i Giudici di Lussemburgo hanno dato effettività, sul piano pratico, a quanto sancito dal quadro normativo internazionale ed europeo in tema di violenza di genere. In secondo luogo, la Corte, richiamando le Linee Guida UNHCR, che impongono, nella valutazione dei presupposti per il riconoscimento dello status di rifugiato, di tenere conto della situazione specifica della ricorrente e delle informazioni attinenti alla condizione di questa nel paese d'origine, conferma l'impostazione adottata dalla Cassazione italiana per pervenire alla medesima soluzione a livello nazionale. Infine, riconoscendo alla ricorrente lo status di rifugiata, nonostante la condanna inflitta dalle autorità turche all'ex marito, la Corte di giustizia ha escluso implicitamente qualsiasi automatismo tra la previsione, a livello statale, di sanzioni per gli autori di simili violenze e l'assenza di un reale rischio di persecuzione. Quest'ultimo può, infatti, essere effettivamente escluso solo qualora le misure adottate dall'ordinamento interno siano *in concreto* espressione di un sistema giuridico che permetta di individuare, perseguire e punire penalmente simili forme di violenza, offrendo al contempo un'adeguata ed effettiva tutela alle vittime.

*zionale. Note a margine di un recente orientamento della Corte di cassazione, in *Questione Giustizia*, 5 dicembre 2018.*

L'IDENTIFICAZIONE CON IL VALORE DELLA PARITÀ
TRA DONNE E UOMINI COME MOTIVO DI PERSECUZIONE:
LA CORTE DI GIUSTIZIA E LE TRAPPOLE
DELLA DIMENSIONE ASSIOLOGICA

Paola Pannia*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. I fatti alla base della decisione e le questioni pregiudiziali sollevate – 3. La decisione della Corte – 4. Alcune osservazioni – 4.1. Il “rifugiato sur place” e il rilievo giuridico attribuito all’interiorizzazione dei valori della parità – 4.2. La ambiguità sostanziali e procedurali insite nel requisito dell’adesione al valore della parità – 4.3. La Corte, l’elemento culturale e il fattore temporale.

1. *Introduzione*

La necessità di omogeneizzare le procedure di protezione internazionale nello spazio europeo, assicurando un trattamento eguale a tutti coloro che ne fanno domanda, a prescindere dallo stato membro in cui si trovano, è da tempo al centro del discorso politico e dell’attività legislativa dell’Unione europea, come dimostra il Patto sulla migrazione e l’asilo, recentemente adottato¹.

All’armonizzazione delle procedure di asilo, nei limiti delle sue competenze, anche la Corte di Giustizia si vede chiamata a concorrere, tra l’altro in misura sempre maggiore. Nel compendio delle principali tendenze statistiche dell’anno appena trascorso si legge, infatti, che “in materia pregiudiziale è [...] nel settore dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia che si è registrato nel 2023 il maggior numero di questioni sottoposte alla Corte (82 domande di pronuncia pregiudiziale), molte delle quali vertenti sull’interpretazione delle norme in materia di diritto di asilo e di protezione internazionale dei cittadini di paesi terzi”².

* Ricercatrice RTDA, Università degli Studi di Milano.

¹ I dieci atti legislativi che compongono il nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo, pubblicati nella Gazzetta ufficiale dell’Unione europea del 22 maggio 2024, sono visionabili alla seguente pagina web: <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2024/05/14/the-council-adopts-the-eu-s-pact-on-migration-and-asylum/>.

² Marc-André Gaudissart, *Compendio delle principali tendenze statistiche dell’anno tra-*

La sentenza emessa l'11 giugno del 2024 dalla Corte di Giustizia³ rientra in questa cornice, sollevando al contempo altri delicatissimi profili relativi all'interpretazione e all'applicazione della legislazione europea in materia di asilo, quali la nozione di "appartenenza ad un determinato gruppo sociale" e quella di "best interests of the child". È su questi aspetti che si appunterà l'attenzione, dopo la debita illustrazione della decisione della Corte e delle sue argomentazioni.

2. *I fatti alla base della decisione e le questioni pregiudiziali sollevate*

Al centro del procedimento principale, che ha stimolato le questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale dell'Aja alla Corte di Giustizia, vi è il ricorso presentato da due sorelle irachene, K. e L., arrivate nei Paesi Bassi nel 2015 con i loro genitori. La domanda di protezione internazionale proposta da questi ultimi è stata respinta in via definitiva nel 2018. Nel 2019, K. e L. hanno fatto domanda di asilo reiterata, rigettata nel 2020 dal Segretario di Stato alla Giustizia e alla Sicurezza. Nel 2021, la decisione di rigetto viene impugnata davanti al Tribunale dell'Aja, giudice del rinvio. Le due ricorrenti affermano che, durante il loro soggiorno, "hanno assimilato le norme, i valori e i comportamenti dei giovani della loro età e si sono così «occidentalizzate»" (par. 24) e temono che, qualora dovessero tornare nel loro paese di origine, questo stile di vita, ormai interiorizzato e diventato parte fondante della loro identità, potrebbe essere motivo di persecuzione.

La ragione su cui K. e L. fondano la loro domanda di asilo è "l'appartenenza ad un determinato gruppo sociale". È su questa nozione che, in primo luogo, il giudice dell'Aja interroga la Corte. Si chiede, infatti, se le circostanze invocate dalle ricorrenti integrino l'appartenenza ad un particolare gruppo sociale così come definita dall'articolo 10, paragrafo 1, lettera d), della Direttiva 2011/95 (la c.d. Direttiva Qualifiche). Se, in altri termini, esse possano configurarsi come "una caratteristica innata o una storia comune che non può essere mutata" oppure "una caratteristica o una fede che è così fondamentale per l'identità o la coscienza che una persona non dovrebbe essere costretta a rinunciarvi", e, in aggiunta a ciò, "un'identità distinta nel paese di cui trattasi".

scorso, *Statistiche giudiziarie della Corte di giustizia* – 2023, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7032/it/.

³ CGUE (Grande Sezione), sentenza dell'11 giugno 2024, *K e L contro Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, C-646/21, ECLI:EU:C:2024:487.

In secondo luogo, si chiede se, in aggiunta, è necessario dimostrare che la persecuzione temuta sia fondata su un motivo religioso o di opinione politica.

Con la terza questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede poi alla Corte se, nell'esame della domanda di protezione internazionale, l'autorità giudicante non debba in via preliminare procedere a determinare (o far determinare) il superiore interesse del minore.

Collegate a questi profili sono, infine, la quarta e quinta questione. Esse riguardano il ruolo da riconoscere al principio del superiore interesse del minore nell'ambito delle procedure di determinazione dello status, il rilievo da attribuire al pregiudizio subito dal minore a causa di un soggiorno di fatto prolungato in uno Stato membro, in attesa che la sua domanda di protezione internazionale venga definita, e la considerazione da attribuire ai motivi di soggiorno regolari eventualmente sussistenti.

3. *La decisione della Corte*

La Corte procede innanzitutto a epurare il processo decisionale da alcuni *bias* culturali, da cui è viziata la questione pregiudiziale così come sollevata dal giudice del rinvio. Nello specifico, il richiamo all'occidentalizzazione, effettuato da quest'ultimo, viene tradotto nel linguaggio dei diritti: non è l'aderenza ai valori e allo stile di vita "occidentali" che fonda la domanda delle ricorrenti, ma la rivendicazione della parità tra donne e uomini, la loro identificazione con questo principio e la volontà di continuare a beneficiarne. Questo *shift* discorsivo è cruciale: esso, infatti, protegge il ragionamento della Corte da tutta una serie di pericoli. Come evidenziato nell'opinione dell'Avvocato Generale⁴, vi è "il rischio che l'applicazione dei termini «orientale» e «occidentale» nel contesto di codici morali e valori perpetui una falsa dicotomia che si inserisce in un dialogo divisivo" (par. 18), presentando artatamente l'Occidente come il campione della parità tra donne e uomini, quando è lontano dall'esserlo. Inoltre, la "cultura occidentale" non può essere considerata come una cosa in sé, un tutt'uno: non esiste un "Occidente" in sé per sé individuato, così come non esiste una "cultura occidentale", coesa e omogenea.

⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale, Anthony Michael Collins, presentate il 13 luglio 2023 nella causa *K e L contro Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, C-646/21, ECLI:EU:C:2023:581.

Fatta questa precisazione, la Corte interviene sui profili di merito, segnalando subito per un ulteriore aspetto, cioè per la lettura olistica di norme e principi. La cornice di riferimento usata dalla Corte nella sua attività interpretativa, infatti, intreccia sapientemente il diritto dell'UE (e, in particolare le disposizioni della Carta e l'art. 2 del TUE) con documenti centrali del diritto internazionale sulla tutela dei diritti umani: la Convenzione di Ginevra, la Convenzione di Istanbul e la CEDAW, le cui previsioni vengono richiamate nel dettaglio per precisare i diritti fondamentali in cui si concreta il principio della parità tra donne e uomini, nonché i principi della Convenzione ONU sulla tutela del fanciullo, ai fini di una più corretta comprensione e applicazione del principio del *best interests of the child*.

Ricostruito il contesto normativo, la Corte risponde congiuntamente alla prima e alla seconda questione pregiudiziale sollevate dal giudice del rinvio, partendo dall'analisi dell'art. 10, par. 1, lett. d, della Direttiva Qualifiche. Ai fini del riconoscimento dell'appartenenza ad un particolare gruppo sociale, quest'ultima disposizione impone il possesso di due requisiti cumulativi: un elemento di tipo identificativo tra i tre individuati dalla Direttiva (“caratteristica innata”, o una “storia comune che non può essere mutata”, oppure una “caratteristica o una fede che è così fondamentale per l'identità o la coscienza che una persona non dovrebbe essere costretta a rinunciarvi”) che deve coesistere con il riconoscimento esterno, ovvero con la dimostrazione di un' “identità distinta” nel paese origine.

Nel verificare la presenza del primo elemento identificativo, la Corte è chiamata innanzitutto a confrontarsi con i termini vaghi con cui si esprime la Direttiva. Il secondo comma dell'art. 10, infatti, afferma chiaramente che “un particolare gruppo sociale può includere un gruppo fondato sulla caratteristica comune dell'orientamento sessuale”. Esso usa, invece, una formulazione più ambigua rispetto alle “considerazioni di genere, compresa l'identità di genere”, richiamate genericamente come elementi da tenere “in debito conto” ai fini della determinazione dell'appartenenza di un individuo a un particolare gruppo sociale. Nell'interpretare questa disposizione della Direttiva, la Corte imbastisce un percorso ermeneutico, invero già intrapreso nella sua [precedente giurisprudenza](#)⁵, che mira a valorizzare massimamente la dimensione del genere. Rispetto a ciò, ribadisce che anche “il fatto di appartenere al sesso femminile costituisce una caratteristica innata” (par. 42), da sola sufficiente a soddisfare la prima condizione richiesta dalla norma.

⁵ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 16 gennaio 2024, *WS v Intervyuirasht organ na Darzhavna agentia za bezhantsite pri Ministerskia savet*, C-621/21, ECLI:EU:C:2024:1652.

Non solo, aderendo alle argomentazioni del giudice del rinvio, i giudici di Lussemburgo vanno oltre e decretano che l'appartenenza a un particolare gruppo sociale può essere integrata anche in ragione della "effettiva identificazione di una cittadina di un paese terzo nel valore fondamentale della parità tra donne e uomini" (par. 44) (che perfezionerebbe gli altri due elementi identificativi individuati dall'art. 10, secondo comma, lett. d), prima parte). Per ciò che, invece, concerne la valutazione circa il requisito del riconoscimento esterno come identità distinta, la Corte precisa che essa spetta all'autorità competente del paese membro interessato e che la società di riferimento da usare come parametro può coincidere con la totalità del paese di origine del richiedente o con una sua parte.

Infine, dopo aver ribadito che i motivi della persecuzione che fondano la domanda di protezione internazionale possono essere plurimi e intrecciati, chiarisce che l'appartenenza ad un determinato gruppo sociale ben può essere integrata a prescindere dalla presenza di un collegamento a motivi di natura politica o religiosa. È, cioè, sufficiente che il richiedente si identifichi nel valore della parità tra donne e uomini, distinguendosi, così, dalla società circostante e dalle norme socioculturali e giuridiche prevalenti nel paese di origine.

La terza questione pregiudiziale ha ad oggetto – si è detto – la procedura di determinazione del superiore interesse del minore. Sebbene il principio sia proclamato dall'art. 24(2) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e trovi molteplici garanzie di tipo procedurale all'interno del sistema europeo comune di asilo, nel diritto dell'Unione manca un'indicazione precisa su come valutarlo e determinarlo. In questo quadro, la Corte effettua, quindi, ampi rimandi alle autorità nazionali dei singoli paesi membri (par. 78-80). Spetta solo ad essi "determinare le modalità di valutazione dell'interesse superiore del minore nell'ambito della procedura di protezione internazionale, in particolare il momento o i momenti in cui tale valutazione deve avvenire e la forma che essa deve assumere" (par. 80). La Corte si limita a ribadire che il diritto dell'Unione impone alle autorità competenti a decidere su una domanda di protezione internazionale l'obbligo di determinare, in via preliminare, il best interest del minore richiedente, all'esito di una valutazione individuale. Il soggiorno prolungato nello stato membro e il pregiudizio che da ciò potrebbe derivare al minore non rilevano, se non ai fini della valutazione circa l'appartenenza ad un determinato gruppo sociale.

4. *Alcune osservazioni*

Le questioni sollevate dalla decisione in commento sono numerose, e si espongono a letture complesse e molteplici.

4.1. *Il “rifugiato sur place” e il rilievo giuridico attribuito all’interiorizzazione dei valori della parità*

Viene in rilievo, innanzitutto, la considerazione che la Corte attribuisce al tempo trascorso in Europa dal richiedente asilo, in attesa che si perfezioni la procedura di determinazione del suo status. In questa sentenza, infatti, la Corte riconosce che un soggiorno di lunga durata, “soprattutto quando coincide con un periodo nel corso del quale un richiedente minore ha forgiato la propria identità, può [...] essere preso in considerazione al fine di valutare una domanda di protezione internazionale fondata su un motivo di persecuzione quale «l’appartenenza a un determinato gruppo sociale»”, come accaduto a K. e L. in virtù della loro identificazione con il valore della parità tra donne e uomini. Invero, questa considerazione gioca un peso fondamentale nel caso ad oggetto, in cui ci si trova di fronte ad una domanda reiterata di asilo, il cui esame, ai sensi dell’art. 40(2) della Direttiva Procedure, richiede che emergano o vengano adottati dal richiedente “elementi o risultanze nuovi rilevanti”.

La possibilità che la condizione giuridica di rifugiato possa maturare, ed essere fatta valere, successivamente all’arrivo in Europa, il c.d. rifugiato “sur place”, non è una novità⁶. È una novità che la Corte riconosca lo status in virtù degli effetti che il soggiorno di lunga durata nel paese membro ha prodotto sull’identità del richiedente, nei termini dell’interiorizzazione dei valori della parità tra donne e uomini, e del conseguente rischio di persecuzione nel paese di origine. L’ulteriore novità va ricollegata a un’altra fondamentale precisazione: l’adesione ai valori della parità tra donne uomini, nel momento in cui integra l’appartenenza ad un particolare gruppo sociale, è da sola sufficiente a fondare una domanda di asilo; non è necessario che essa sia connessa ad altre ragioni della persecuzione quali l’opinione politica o il credo religioso.

Il ragionamento della Corte, se, per un verso, si presenta ricco di poten-

⁶ A. ZIMMERMANN (edited by), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, New York: Oxford University Press Inc, 2011.

zialità, per altro verso, può tuttavia prestare il fianco ad alcune ambiguità, insite proprio nel richiamo all'effettiva identificazione con il valore della parità tra donne e uomini. Non vi è dubbio che questo rinvio, come evidenziato, "contributes to gender mainstreaming in EU law by upholding gender equality as a core value of the EU"⁷. Epperò, il suo carattere ampio e difficile da definire in termini univoci, potrebbe non offrire una guida chiara all'interprete e al suo percorso decisionale. Il rischio è che, per questa via, la portata innovativa della sentenza finisca con l'essere minacciata, e la sensibilità dimostrata per l'elemento di genere fatta oggetto di malintesi e distorsioni.

4.2. *La ambiguità sostanziali e procedurali insite nel requisito dell'adesione al valore della parità*

Cosa vuol dire esattamente identificarsi con il valore europeo della parità tra donne e uomini? Vi è pieno consenso, in Europa, sul suo contenuto? In realtà, tra i vari paesi europei, le differenze su come concepire e realizzare l'eguaglianza di genere sono rilevanti e numerose⁸. Così, se dal piano teorico si passa a quello dell'applicazione in concreto, nei contesti reali, potrebbe profilarsi il rischio di interpretazioni disomogenee. Si pensi, per esempio, a una domanda di protezione internazionale (se del caso, reiterata) fondata sul diritto all'aborto, da praticarsi o già praticato nel paese membro. Potrebbe, quest'ultimo, essere considerato pacificamente come espressione del valore della parità di genere e dunque idoneo a fondare l'appartenenza ad un determinato gruppo sociale senza che sorgano interpretazioni difformi tra i vari paesi europei?

Al di là di questo, sul versante procedurale, come si dimostra questa "effettiva" adesione e interiorizzazione? Deve considerarsi integrata se una donna non si identifica pienamente con il valore della parità tra donne e uomini ma rivendica l'accesso a uno soltanto dei diritti che lo concretano, come

⁷ T. E. LAGRANDE, S. NICOLOSI, *A Further Step to Gender-Sensitive EU Asylum Law: The Case of 'Westernised Women'*, EU Law Analysis, 13 giugno 2024, <https://eulawanalysis.blogspot.com/2024/06/a-further-step-to-gender-sensitive-eu.html>. Si veda anche T. ERTUNA LAGRANDE, *Beyond Opuz v. Turkey: the CJEU's judgment in WS and the refugee law consequences of the state's failure to protect victims of domestic violence*, Strasbourg Observers, 20 febbraio 2024.

⁸ EIGE (2024), *Gender Equality Index 2024 – Sustaining momentum on a fragile path*, Publications

Office of the European Union

il diritto ad effettuare liberamente le proprie scelte di vita in materia di istruzione e carriera professionale, ma non in altre sfere della sua libertà individuale? Nei casi di domanda di asilo reiterata, tra l'altro, come sottolineato anche dalla Corte EDU, "particular credibility concerns tend to arise, and a rigorous and in-depth examination of the circumstances [...] will be necessary" (par. 52)⁹. L'enfasi sull'elemento della credibilità è dovuta anche all'art. 4, comma 3, lett. della Direttiva Procedure, che impone all'autorità accertante di escludere il carattere meramente strumentale delle attività svolte dal richiedente dopo aver lasciato il paese d'origine. La valutazione della credibilità del richiedente è, come noto, un aspetto che attribuisce un'ampia discrezionalità all'autorità nazionale accertante, il cui decision-making - gli studi sulle richieste d'asilo fondate sull'orientamento sessuale o l'identità di genere lo confermano¹⁰ - è spesso viziato da *bias culturali* che lasciano poco spazio a una considerazione attenta e approfondita dei vissuti del singolo. Il richiamo ai valori, in altre parole, potrebbe aprire la strada a risultati controversi e a difficoltà e, di nuovo, a difformità interpretative.

4.3. La Corte, l'elemento culturale e il fattore temporale

Vi è un altro punto in cui la sensibilità della Corte per l'elemento culturale risulta un po' lacunosa. Uno sforzo argomentativo e interpretativo maggiore, infatti, sarebbe stato utile rispetto al profilo dell'individuazione dell'"identità distinta rispetto alla società circostante", anche in considerazione dell'approccio cumulativo fatto proprio dall'art. 10 della Direttiva e dalla stessa giurisprudenza della Corte¹¹ (che si è discostata dall'interpretazione fornita sul punto dall'UNHCR)¹². Il mero riferimento al

⁹ Corte EDU (Grande sezione), sentenza del 23 marzo 2016, *F.G. c. Sweden*, ric. n. 43611/11. L'affermazione è stata ripresa dall'Avvocato generale nell'opinione adottata con riferimento al caso *Babtiyar Fathi v Predsedatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite*, C-56/17, 25 luglio 2018.

¹⁰ C. DANISI, M. DUSTIN, N. FERREIRA, e N. HELD, *Queering Asylum in Europe: Legal and Social Experiences of Seeking International Protection on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity*, IMISCOE Research Series, Cham: Springer, 2021.

¹¹ CGUE, sentenza del 7 novembre 2013, *X, Y and Z v Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel*, cause riunite C199/12 e C201/12, EU:C:2013:720, par. 45.

¹² Questa l'interpretazione dell'UNHCR: "A particular social group is a group of persons who share a common characteristic other than their risk of being persecuted, or who are perceived as a group by society. The characteristic will often be one which is innate, unchangeable, or which is otherwise fundamental to identity, conscience or the exercise of one's human rights". UNHCR, *Guidelines on international protection: "Membership of a particular social*

paese di provenienza dei richiedenti o a una parte di esso, infatti, risulta troppo generico e potenzialmente foriero di stereotipizzazioni sulla cultura d'origine dei richiedenti (proprio il rischio che l'eliminazione del lemma "occidentalizzazione" mirava a evitare). Sarebbe stato opportuno, dunque, che la Corte richiamasse elementi funzionali a contestualizzare maggiormente la valutazione, quali la regione d'origine, l'etnia e/o il gruppo di appartenenza, nonché la situazione sociale propria del richiedente¹³. E ancora, sarebbe stato importante che la Corte includesse ulteriori riferimenti, funzionali a promuovere un'interpretazione intersezionale delle categorie giuridiche richiamate.

In chiusura, possono farsi due osservazioni, più di sistema. Come detto, in questa sentenza, la Corte ha attribuito rilievo giuridico al tempo trascorso dal richiedente asilo nel paese membro, in attesa che venga definita la sua domanda di protezione internazionale. Questo riconoscimento, tuttavia, non è pieno e diretto. La Corte nega - forse troppo frettolosamente - che, ai fini dell'esame della domanda di protezione internazionale, si possa attribuire un qualche rilievo al pregiudizio sofferto dal minore a causa di un soggiorno prolungato, anche se provocato, come prospetta il giudice del rinvio, dal mancato rispetto dei tempi previsti dal diritto dell'Unione da parte delle autorità competenti a decidere sulla domanda di asilo. Addirittura, in termini assai controversi, l'avvocato generale attribuisce ai genitori delle ricorrenti l'intera responsabilità per questo danno, ignorandone completamente la dimensione sistemica e istituzionale (par. 70). Eppure, la dimensione del tempo gioca tanta parte nella vita dei richiedenti asilo, nelle aspettative legittimamente nutrite rispetto a una pronta definizione del proprio status, e, dunque, alla pronta conoscibilità e fruibilità dei diritti a esso connessi: si tratta, in altre parole, del principio della certezza del diritto, che pure, al pari del principio della parità di genere, occupa un posto centrale nel diritto dell'Unione europea, così come in quello di ogni ordinamento democratico. Sarebbe importante, nell'ottica di un superamento della condizione di subalternità tra straniero e istituzioni statali, che venisse finalmente attribuito rilievo a una vulnerabilità generata e prodotta dal sistema, le cui conseguenze, al momento, gravano solo sull'individuo, addirittura minore d'età.

Proprio a quest'ultimo proposito, non v'è dubbio che vi sia una lacuna

group" within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 7 May 2002, p. 3.

¹³ Si tratta di criteri menzionati dall'EASO, *Guidance on membership of a particular social group*, marzo 2020, Luxembourg Publication Office of the European Union.

nella legislazione europea in materia di asilo (e non solo) - perdurante anche all'indomani del nuovo Patto - circa l'operazionalizzazione del principio del best interests of the child¹⁴. Occorrerebbero, infatti, maggiori indicazioni, ad esempio, sulle modalità, le tempistiche, le autorità da coinvolgere nella procedura di valutazione e in quella di determinazione del best interests del minore¹⁵. Forse, anche a quest'attività di armonizzazione la Corte può concorrere con la sua giurisprudenza. Intanto, dalla sentenza in commento, si potrebbe già desumere un onere motivazionale in capo all'autorità decidente, chiamata a dare conto di tutti gli step compiuti durante la valutazione del superiore interesse del minore, come "what has been considered to be in the child's best interests; what criteria it is based on; and how the child's interests have been weighed against other considerations, be they broad issues of policy or individual cases"¹⁶. Si tratta di elementi che la Corte avrebbe potuto maggiormente precisare e valorizzare, anche in un'ottica di armonizzazione delle procedure.

D'altra parte, quest'ultimo obiettivo, sia pur dichiarato, è ancora molto lontano dal realizzarsi. Come dimostra il nuovo Patto, esso risulta sistematicamente schiacciato e superato da altri fini, quali la velocizzazione e la semplificazione delle procedure, il cui conseguimento è considerato preminente, anche al prezzo di ridurre sempre di più lo spazio delle garanzie.

¹⁴ Sul punto, tra molti, E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016.

¹⁵ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *UNHCR Best Interests Procedure Guidelines: Assessing and Determining the Best Interests of the Child*, May 2021, <https://www.refworld.org/policy/opguidance/unhcr/2021/en/122648>

¹⁶ UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment No. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1), CRC /C/GC/14, 29 May 2013, <https://www.refworld.org/legal/general/crc/2013/en/95780>, par. 97.

LA CORTE DI GIUSTIZIA TORNA SUL CONCETTO DI ATTI PERSECUTORI IN UNA PROSPETTIVA DI AVANZAMENTO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE SUI RIFUGIATI

Silvia Rizzuto Ferruzza*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 1.1. Analisi della vicenda – 1.2. Conclusioni dell’Avvocato Generale – 2. Sul concetto di persecuzione e l’adozione di misure discriminatorie – 3. La portata dell’esame individuale condotto dall’autorità nazionale competente – 4. La “sottile” distinzione tra misure prese singolarmente o cumulativamente – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

La presa del potere in Afghanistan da parte dei talebani nell’agosto 2021 ha portato alcuni Stati membri a ritenere che il trattamento riservato alle donne e alle ragazze afgane volto a privarle dei loro diritti fondamentali equivale a persecuzione e non è quindi necessario che si proceda ad una valutazione della situazione individuale per concedere loro lo status di rifugiato. La questione è giunta recentemente alla Corte di giustizia con due cause riunite in AH e FN. Secondo l’Avvocato generale Richard De La Tour, tale pratica rientra nel margine di discrezionalità lasciato agli Stati membri dall’articolo 3 della Direttiva Qualifiche per introdurre o mantenere norme più favorevoli per determinare chi ha i requisiti per essere considerato rifugiato, nella misura in cui tali norme sono compatibili con la direttiva stessa.

1.1. *Analisi della vicenda*

La questione in esame sorge da un ricorso di due ricorrenti afgane AH e FN avverso le decisioni di rifiuto di riconoscimento dello status rifugiato ai sensi dell’articolo 2 lett. e) della Direttiva 2011/95 (Direttiva Qualifiche) da parte dell’Ufficio federale competente in Austria, che aveva riconosciuto loro solo il beneficio della protezione sussidiaria.¹ Nel ricorso, le due cittadine af-

* PhD in European Law at University of Luxembourg

¹ CGUE Conclusioni dell’Avvocato Generale Jean De La Tour, del 9 novembre 2023, *cause riunite C-608/22 e C-609/22 AH e FN con l’intervento di Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl*.

gane avevano sostenuto che, in seguito alla presa di potere da parte del regime dei talebani nell'estate del 2021, la situazione in Afghanistan era cambiata in modo tale che le donne erano ormai esposte a persecuzioni di ampia portata. I ricorsi erano stati tuttavia ritenuti infondati dal momento che le due donne non avevano adottato uno stile di vita né abitudini occidentali cui sarebbe stato impossibile rinunciare per sfuggire alle minacce di persecuzione che avrebbero subito nel loro paese di origine una volta rientrate (§ 19).

Pertanto, le ricorrenti proponevano ricorso alla Corte amministrativa suprema austriaca sostenendo nuovamente che la situazione cui erano sottoposte le donne sotto il regime talebano era di per sé sufficiente ai fini del riconoscimento dello stato di rifugiato.

Alla luce di tale vicenda, nel settembre 2022, la Corte amministrativa suprema austriaca aveva deferito una domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), nelle cause riunite C-608/22 e C-609/22 per chiarire fino a che punto le varie misure discriminatorie imposte alle donne afgane possano dirsi sufficienti a raggiungere il livello di gravità richiesto per essere qualificate come atti di persecuzione ai sensi dell'art 9, (1) lett. a) e b), della Direttiva 2011/95 e, di conseguenza, se tutte le donne e le ragazze provenienti dall'Afghanistan debbano essere riconosciute come rifugiate senza procedere ad valutazione sulla situazione individuale della richiedente.

1.2. Conclusioni dell'Avvocato Generale

Nelle sue conclusioni l'Avvocato Generale De la Tour procede *in primis* a un chiarimento sulla nozione di persecuzione come letta dal combinato disposto degli articoli 9 e 10 della Direttiva in esame. Questa si compone tanto di un elemento materiale quanto di uno soggettivo, dove quest'ultimo è il motivo per il quale viene commesso l'atto o l'insieme delle misure. Nel caso di specie, oggetto della controversia è solo l'elemento materiale della persecuzione che richiede che la qualificazione delle misure discriminatorie sia tale da raggiungere il livello di gravità richiesto dall'art. 9 della Direttiva. Procede quindi a una disamina dei motivi per i quali ritiene che le misure di discriminazione grave sistematica e istituzionalizzata esercitata nei confronti delle donne afgane possano essere qualificate come atti di persecuzione ai sensi dell'art. 9 paragrafo 1 lett. b) della Direttiva 2011/95. Secondo l'Avvocato generale la somma degli atti e delle misure discriminatorie menzionate dal giudice del rinvio hanno la conseguenza di privare tali donne dei loro diritti più essenziali alla vita sociale e pregiudicano il pieno rispetto della

dignità umana come sancito dagli artt. 2 TUE a 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tali misure consistono in una restrizione dei diritti delle ragazze e delle donne all'istruzione, all'esercizio di un'attività professionale e all'assistenza sanitaria, alla partecipazione alla vita pubblica e politica nonché alla loro libertà di movimento, costringendole a matrimoni forzati e a coprirsi integralmente il corpo e il viso. Inoltre, le donne non hanno a disposizione mezzi giuridici per proteggersi dalla violenza di genere e quella domestica. Pertanto, l'Avvocato generale ritiene che nulla osta a che l'autorità nazionale competente, dopo aver svolto un esame esaustivo della domanda di protezione internazionale ai sensi dell'articolo 4 della Direttiva Qualifiche, stabilisca la sussistenza di un timore fondato di subire una persecuzione senza dover ricercare altri elementi della situazione personale, essendo sufficiente l'appartenenza al genere femminile della richiedente.

2. Sul concetto di persecuzione e l'adozione di misure

La questione preliminare più interessante concerne la portata del concetto di atti persecutori finalizzata alla valutazione della gravità delle misure e dal loro effetto cumulativo. Tali misure, adottate dai talebani nei confronti delle donne, se considerate singolarmente possono infatti non costituire una violazione di un diritto assoluto come previsto dall'articolo 15 paragrafo 2 della Cedu. I diritti menzionati in tale norma sono i cosiddetti diritti «assoluti» o «inalienabili» di ogni individuo che non possono subire alcuna limitazione, anche in caso di pericolo pubblico eccezionale o situazioni di emergenza. L'art. 9 della Direttiva Qualifiche al paragrafo 1 enuncia i requisiti di natura e gravità dell'atto persecutorio mentre al paragrafo 2 elenca le forme che esso può assumere alludendo a provvedimenti, sanzioni o atti.

Per quanto concerne la gravità di tali atti persecutori occorre in primo luogo, effettuare una distinzione per i casi in cui si tratti di violazione dei diritti fondamentali o di altri diritti umani. Per quanto riguarda il primo caso, l'articolo 9 paragrafo 1 alla lettera a) della Direttiva Qualifiche chiarisce che l'atto di persecuzione deve essere tale da costituire un pregiudizio grave ed intollerabile per la persona.² Dunque, il riferimento concerne i casi di viola-

² J. M LEHMANN, Persecution, Concealment and the Limits of a Human Rights Approach in (European) Asylum Law – The Case of Germany v Y and Z in the Court of Justice of the European Union, in International Journal of Refugee Law, Volume 26, Issue 1, March 2014.

zione di diritti assoluti o inalienabili per cui si esclude qualsiasi deroga a norma dell'art. 15 paragrafo 2 della Cedu e l'autorità sarebbe *ipso facto* obbligata a rilasciare lo status di rifugiato.³

Quando, invece, come richiamato dalla giurisprudenza della CGUE, il richiedente fonda la propria domanda su una violazione di un diritto umano è necessario che si determini in quale misura tale violazione lo colpisca in modo significativo o in un modo che si avvicini a quello della violazione di un diritto assoluto. Inoltre, è necessario che si tenga conto, non solo della gravità intrinseca dell'atto, ma anche della eventuale coercizione esercitata sull'interessato.⁴

Alla luce di queste considerazioni, per determinare se il soggetto è esposto ad atti di persecuzione, l'autorità nazionale competente è chiamata a svolgere un esame completo della situazione concreta cui la persona è esposta, tenendo presente non solo la natura e la gravità delle misure che egli rischia di subire ma anche delle sanzioni in cui potrebbe incorrere qualora, una volta rientrato nel suo paese, egli non rispetti le misure imposte.

In secondo luogo, merita attenzione la lettera b) dell'art. 9, paragrafo 1, della Direttiva Qualifiche, dal cui tenore letterale si evince che un atto di persecuzione può anche essere costituito dalla somma di diverse misure il cui effetto cumulativo risulti essere sufficientemente grave da esercitare sulla persona un effetto analogo a quello di cui alla lettera a) della norma, ovvero che comporti conseguenze "gravemente pregiudizievoli" sulla persona interessata. Quindi è necessario che gli atti e le misure di discriminatorie raggiungano un livello di gravità equivalente a quello della violazione dei diritti assoluti di cui all'articolo 15 paragrafo 2 della Cedu.

3. *La portata dell'esame individuale condotto dall'autorità nazionale competente*

Meritevole di approfondimento è anche la seconda questione sollevata dal giudice del rinvio in relazione all'art. 4, paragrafo 3, lett. c) della Diretti-

³ CGUE sentenza del 19 novembre 2020, *Bundesamt für Migration und Flüchtlinge - Servizio militare e asilo*, C 238/19, ECLI:EU:C:2020:945.

⁴ Cfr. CGUE sentenza del 7 novembre 2013, *X e a.*, cause riunite da C-199/12 a C-201/12, ECLI:EU:C:2020:945 para 53; e CGUE sentenza del 19 novembre 2020, *Bundesamt für Migration und Flüchtlinge - Servizio militare e asilo*, C 238/19, ECLI:EU:C:2020:945, para 22.

va 2011/95. A tal riguardo la questione verte sul margine di discrezionalità dell'autorità nazionale competente nel tenere in considerazione altri elementi della situazione personale della richiedente, e diversi dal suo genere, al fine di determinare fino a che punto le misure discriminatorie cui quest'ultima rischia di essere esposta in Afghanistan costituiscano una persecuzione ai sensi dell'art. 9, paragrafo 1, lett. b).

Si tenga presente che, la Corte di giustizia nella sua giurisprudenza, ha stabilito che l'autorità competente nazionale gode di un ampio margine di discrezionalità nel determinare, alla luce dei fatti e delle circostanze e delle informazioni che dispone, se sussiste un'esigenza di protezione internazionale del richiedente.⁵ Nondimeno, è necessario che l'autorità che procede all'esame adegui le modalità di valutazione degli elementi di fatto e di prova in funzione delle caratteristiche proprie di ciascuna domanda. In casi analoghi relativi a timori di subire violazioni in situazioni di conflitto la stessa Corte di giustizia ha ammesso che non fosse necessario per il ricorrente dimostrare di essere specifico oggetto di minaccia a causa di elementi peculiari della sua situazione personale, ma che la sola presenza sul territorio lo esponesse al rischio di subire una minaccia effettiva.⁶ In questo modo, le ricorrenti sarebbero esonerate dal dimostrare che a cause delle caratteristiche individuali diverse dal proprio genere erano state prese di mira. Come nel caso *Elgafaji*, anche nel caso in analisi può dirsi che, per la loro sola presenza sul territorio e indipendentemente dalla loro situazione personale, le ricorrenti sono esposte al rischio concreto di essere perseguitate.⁷ Proprio a causa della situazione generale di discriminazione e di violenza di genere che è presente nel Paese.⁸

Invero, anche la Corte europea dei diritti dell'uomo si è espressa in tal senso, attenuando l'onere della prova a carico del richiedente là dove rischierebbe di essere esposto ad un trattamento inumano o degradante contrario all'art. 3 della Cedu per il solo fatto di far parte di un gruppo sistematicamente preso di mira nel paese di provenienza.⁹ Da ultimo, lo stesso De La Tour nota come un simile margine di discrezionalità sia ampiamente ricono-

⁵ CGUE sentenza del 2 dicembre 2014, *A e altri contro Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, Cause riunite da C-148/13 a C-150/13, ECLI:EU:C:2014:2406, para 53.

⁶ CGUE sentenza e del 10 giugno 2021, *Bundesrepublik Deutschland - Nozione di minaccia grave e individuale*, C-901/19, ECLI:EU:C:2021:472, para 7 e ss.

⁷ CGUE sentenza del 17 febbraio 2009, *Elgafaji*, C-465/07, ECLI:EU:C:2009:94, para 43.

⁸ *Ibidem* para 73.

⁹ Corte EDU sentenza del 25 febbraio 2020, *A.S.N. e altri c. Paesi Bassi*, ric. n. 68377/17 e 530/18, para 107.

sciuto anche dall'art. 3 della Direttiva 2011/95 che concede agli Stati membri la facoltà – e quindi, non l'obbligo – di introdurre disposizioni più favorevoli in ordine alla determinazione dei soggetti che possono essere considerati rifugiati.¹⁰

4. La “sottile” distinzione tra misure prese singolarmente o cumulativamente

Il 25 maggio 2023, l'UNHCR ha pubblicato una guida sul concetto di persecuzione per motivi cumulativi proprio alla luce della situazione attuale delle donne e delle ragazze provenienti dall'Afghanistan concludendo che esiste ora per loro una presunzione di riconoscimento dello status di rifugiato.¹¹ Nonostante l'Afghanistan abbia ratificato la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne è indubbio che le misure adottate dal regime talebano hanno portato ad una situazione di severa, sistematica e istituzionalizzata di discriminazione verso le persone che si identificano nel genere femminile.¹² Il concetto di discriminazione inoltre, è la chiave per determinare l'esistenza di una persecuzione al fine di concedere lo status di rifugiato.¹³ Pertanto, sebbene alcune misure discriminatorie prese singolarmente possano configurare una persecuzione ai sensi dell'art. 9, paragrafo 1 lett. a) della Direttiva Qualifiche, altre, se prese cumulativamente, soddisfano i requisiti di cui alla lett. b) della stessa disposizione, e risultano sufficientemente gravi da essere analoghe a quelle di cui alla lett. a).

Si noti come l'Avvocato generale abbia nuovamente introdotto l'argomentazione secondo la quale le donne costituiscono un particolare gruppo sociale solo in ragione della loro condizione di appartenere al genere femminile. Nell caso C-621/21 si trattava di una domanda di protezione internazionale in Bulgaria presentata da una cittadina turca di origine curda vittima di violenza domestica, la quale temeva che qualora fosse rientrata in

¹⁰ CGUE sentenza del 9 novembre 2021, *Bundesrepublik Deutschland - Mantenimento dell'unità del nucleo familiare*, C-91/20, ECLI:EU:C:2021:898, para 40.

¹¹ UNHCR, Statement on the concept of persecution on cumulative grounds in light of the current situation for women and girls in Afghanistan: Issued in the context of the preliminary ruling reference to the Court of Justice of the European Union in the cases C-608.

¹² Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women New York, 18 December 1979

¹³ N.F. TAN, M. INELI-CIGER, Group based protection of Afghan women and girls under the 1951 Refugee Convention, in Cambridge University Press, 31 July 2023.

Turchia, avrebbe messo a repentaglio la propria vita. Anche in questo caso, De La Tour ha evidenziato che le donne appartengono ad un gruppo of *distinct identity* perché percepite tali dalla società.¹⁴ Nel caso in esame, si può concludere che le domande di asilo presentate da donne e ragazze provenienti dall'Afghanistan presentano caratteristiche specifiche che consentirebbero alle autorità competenti di discostarsi dal metodo di valutazione individuale, in linea di principio richiesto dall'articolo 4, paragrafo 3, della Direttiva Qualifiche¹⁵ Infatti, le misure discriminatorie a cui sono esposte le donne e le ragazze afgane fanno parte di un regime di segregazione e oppressione imposto esclusivamente alle stesse a causa della loro presenza sul territorio, indipendentemente dalla loro identità o circostanze personali.¹⁶

5. *Considerazioni conclusive*

Dopo il ritorno dei talebani, alcuni Stati membri tra cui Belgio, Danimarca e Germania, hanno inizialmente sospeso le procedure di asilo nei confronti delle richiedenti asilo afgani, e concesso lo status di rifugiato in modo quasi automatico, semplicemente a causa del loro genere, mentre altri paesi come, Finlandia, Paesi Bassi, Norvegia, Svezia e Svizzera hanno sospeso le procedure di rimpatrio per le domande dei richiedenti asilo che sono state respinte.¹⁷ Gradualmente, però nel corso del 2022, gli Stati hanno ripreso le procedure di asilo per i cittadini afgani. Alla luce di questi sviluppi, l'opinione in oggetto, se accolta dalla CGUE, porterebbe ad una sentenza estremamente significativa, che potrebbe indurre anche Stati membri che ancora non lo hanno fatto, ad adeguare le loro politiche di asilo nei confronti delle donne afgane. Se la Corte adottasse il quadro analitico proposto si vedrebbe un concreto avanzamento del diritto internazionale sui rifugiati e un allineamento dell'UE all'UNHCR e al Consiglio per i diritti umani delle Na-

¹⁴ CGUE sentenza del 6 ottobre 2021, *WS v Bulgaria* C-621/21, para 72.

¹⁵ UNHCR, Statement on the concept of persecution on cumulative grounds in light of the current situation for women and girls in Afghanistan: Issued in the context of the preliminary ruling reference to the Court of Justice of the European Union in the cases C-608, punti da 53 a 55.

¹⁶ S. NICOLOSI, T. E. LAGRANDE Rethinking Gender-Based Asylum: A Look at the Advocate General's Opinion on Women Fleeing the Taliban in EU law analysis blog, 21 Novembre 2023, p. 314.

¹⁷ EUROPEAN ASYLUM SUPPORT OFFICE (EASO), Developments in Asylum Procedures in EU+ Countries in Response to the Situation in Afghanistan, 1 December 2021.

zioni Unite. Inoltre, una sentenza concorde con tale opinione porterebbe ad un miglioramento della protezione nell'UE delle donne di nazionalità di Paesi terzi vittime di atti persecutori a causa del loro genere, e offrirebbe standard più chiari oltre ad un'interpretazione sensibile al genere e armonizzata della Direttiva Qualifiche. Da ultimo, una sentenza concorde non lascia una porta aperta senza riserve in tutte le situazioni, ma stabilisce standard chiari.

L'ASSIMILAZIONE DELLO «STILE DI VITA OCCIDENTALE»
BASATO SULLA PARITÀ DI GENERE COME MOTIVO
PER LA CONCESSIONE DELLA PROTEZIONE INTERNAZIONALE:
UNA CATEGORIA INDETERMINATA
E DI DIFFICILE APPLICAZIONE

Valentina Faggiani*

SOMMARIO: 1. *Mainstreaming*, «occidentalizzazione» e profili intersezionali – 2. Il diritto delle donne alla propria identità: criticità dell'approccio della Corte di giustizia – 3. Conclusioni.

1. *Mainstreaming*, «occidentalizzazione» e profili intersezionali

La sentenza della Corte di giustizia (GS) dell'11 giugno 2024 relativa al caso K. e L., C-646/21, ha ad oggetto il rinvio pregiudiziale presentato dallo *rechtbank Den Haag, zittingsplaats 's-Hertogenbosch* (Tribunale dell'Aia, sede di 's-Hertogenbosch), nell'ambito del ricorso sollevato da due sorelle di origine irachena, nate nel 2003 e nel 2005, che vivono dal 2015 nei Paesi Bassi con i loro genitori e la zia, contro il rigetto delle loro richieste di protezione internazionale da parte dello *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid* (Segretario di Stato alla Giustizia e alla Sicurezza). Le ricorrenti eccepivano che il soggiorno prolungato nei Paesi Bassi aveva permesso loro di «occidentalizzarsi», ovvero di assimilare le norme, i valori e i comportamenti delle donne della loro età, e pertanto di decidere in modo libero e consapevole sul proprio futuro. Erano, infatti, libere di fare le proprie scelte sulle relazioni con il sesso maschile, il matrimonio, la loro istruzione, la carriera professionale e di esprimere le proprie opinioni politiche e religiose. Per tali ragioni, ritenevano che, a causa dell'intima adesione allo «stile di vita occidentale», se fossero rientrate in Iraq, avrebbero rischiato di essere sottoposte a persecuzione. Sarebbero state considerate «diverse» in quanto appartenenti a un «determinato gruppo sociale», portatore di una distinta identità, con un impatto negativo sul loro sviluppo e, in generale, sulla loro vita (punto 24).

Due sono i principali profili sottoposti dal giudice del rinvio alla Corte di giustizia: il primo riguarda l'interpretazione del concetto di «appartenenza

* Profesora Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Granada.

ad un determinato gruppo sociale», ai sensi dell'art. 10, par. 1, d), della direttiva 2011/95 (direttiva qualifiche)¹, al fine di verificare se fosse possibile includere l'effettiva assimilazione da parte delle ricorrenti del valore fondamentale della «parità tra uomini e donne». Questo concetto deve essere inteso come «diritto di essere tutelate» da qualsiasi forma di «violenza di genere» (punto 26 ss). Il secondo si riferisce alla procedura per stabilire l'interesse superiore del minore, sul quale il diritto dell'Ue in materia di asilo non fornisce indicazioni. Si richiedeva in particolare di chiarire se una prassi giuridica nazionale, secondo cui l'autorità competente valuta questo criterio in modo generale, prescindendo da un esame individuale della fattispecie concreta, rispetta gli articoli 24, par. 2, e 51, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue (punti 28-29), dal momento che il richiedente minorenne potrebbe contestare tale decisione per dimostrare la necessità di una soluzione differente solo in un secondo momento.

In questa pronuncia, la Corte di giustizia riconosce che l'«appartenenza a un determinato gruppo sociale» ex art. 10, par. 1, d, e par. 2, della direttiva 2011/95/UE deve essere interpretata avuto riguardo alle condizioni esistenti nel paese di origine. In particolare, il fatto che le donne e le bambine abbiano maturato «nel corso del loro soggiorno in uno Stato membro» «come caratteristica comune l'effettiva identificazione nel valore fondamentale della parità tra donne e uomini» può costituire un «motivo di persecuzione».

Ai fini del riconoscimento dello status di rifugiato, devono concorrere almeno «due condizioni cumulative», tra quelle previste nell'art. 10 della direttiva qualifiche. Nel caso di specie sono stati considerati presenti gli aspetti identificativi interni e l'elemento esterno (punti 40-42). In quanto agli elementi identificativi interni, da una parte, l'appartenenza al sesso femminile rappresenta una «caratteristica innata»; dall'altra, il soggiorno prolungato in un paese membro dell'Ue costituisce un «ulteriore aspetto supplementare». La permanenza nei Paesi Bassi ha fornito alle richiedenti le condizioni per sviluppare la propria personalità, costruendo una «storia comune che non può essere mutata», e di identificarsi nel valore fondamentale della parità. L'eguaglianza tra uomini e donne è un valore identitario così fondamentale, come se fosse una fede, che tali donne non dovrebbero essere costrette a ri-

¹ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta, DO L 337 de 20.12.2011.

nunciarsi (punto 44).

L'elemento di identificazione esterno è invece rappresentato dal fatto che, se queste donne rientrassero nel loro paese di origine, potrebbero essere percepite portatrici di un'«identità» e una cultura «distinta» (punti 48-49). In questo senso, l'identità di genere deve essere considerata vincolata a determinate tradizioni giuridiche o consuetudini, non essendo necessario che rivestano carattere politico o religioso. La verifica dell'esistenza di tali condizioni e del rischio per le ricorrenti di essere vittime di atti di persecuzione, tra i quali sono ricompresi anche gli atti «contro un sesso», ai sensi dell'art. 60, par. 1, della Convenzione di Istanbul², spetta all'autorità nazionale competente (punti 52-55).

Infine, in relazione ai diritti dell'infanzia, la Corte di giustizia ritiene che in virtù dell'art. 24, par. 2, della Carta l'autorità nazionale competente non può decidere sulla richiesta di protezione internazionale di un minore senza avere realizzato prima una valutazione individuale, che permetta di determinare quale sia il suo interesse superiore nella fattispecie concreta.

2. *Il diritto delle donne alla propria identità: criticità dell'approccio della Corte di giustizia*

La sentenza *K. e L.* si inquadra in due interessanti linee giurisprudenziali, sviluppate dalla Corte di giustizia, che si intersecano, complementandosi. La prima, più risalente, è volta a concretizzare l'interesse superiore del bambino, rafforzando i diritti dei minori nella protezione internazionale, come nella sentenza *TQ* (C-441/19)³, in cui è stato riconosciuto il diritto dei minori non accompagnati di ricevere un'accoglienza dignitosa nel rimpatrio. A tal fine, l'autorità nazionale competente, prima di adottare una decisione, è tenuta a realizzare un esame preliminare generale ed approfondito della loro situazione. La seconda, più recente, cerca di offrire una nuova interpretazione del diritto dell'Ue, in grado di tutelare in modo effettivo i diritti delle donne, ivi comprese le adolescenti e le bambine, alla ricerca di rifugio. Questa nuova giurisprudenza è stata inaugurata a partire dalla sentenza *WS*, del

² Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica Istanbul, 11 maggio 2011.

³ Corte di giustizia (Sala Primera) del 14 gennaio 2021, *TQ y Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, C-441/19.

16 gennaio 2024 (C-621/21)⁴, in cui la violenza di genere è stata riconosciuta come una forma di persecuzione e le vittime di questo tipo di violenza o esposte al rischio della stessa, appartenenti a un determinato gruppo, ai fini del riconoscimento dello status di rifugiato o della protezione sussidiaria.

Il caso *K. e L.* rappresenta un ulteriore tassello, mostrando una certa sensibilità della Corte di giustizia nei confronti della «centralità assiologica»⁵ del *gender mainstreaming* e dei profili di intersezionalità e la volontà di intervenire in questo ambito. Questo approccio è – per chi scrive – senza dubbio positivo, dal momento che le donne costituiscono un «esempio di sottinsieme sociale» con caratteristiche innate, sottoposto di sovente a «discriminazioni sistemiche», a causa della loro estrema fragilità⁶. Tuttavia, la soluzione formulata dalla Corte di giustizia, in linea con le conclusioni dell'Avvocato generale Collins, è solo apparentemente evolutiva; al contrario, presenta importanti difficoltà, che potrebbero risultare controproducenti e fonte di ulteriori discriminazioni, con effetti deleteri sul sistema.

Innanzitutto, dal punto di vista sostanziale, attraverso l'inclusione dell'«effettiva assimilazione del valore fondamentale della parità tra i sessi» nell'art. 10 della direttiva qualifiche, la Corte di giustizia crea un nuovo «motivo di persecuzione», che deduce da un'interpretazione estensiva di questa disposizione. Si tratta di una categoria giuridica problematica e di difficile applicazione. Il carattere eccessivamente indeterminato di questa costruzione rischia di produrre inevitabili abusi della protezione internazionale per motivi di genere, soprattutto se calata nella realtà concreta dello spazio europeo e in particolare di determinati Stati membri, caratterizzati dall'afflusso massiccio di persone. Sulla base di questo motivo, pertanto, è sufficiente che le

⁴ Corte di giustizia (GS) del 16 gennaio 2024, *WS c. Intervyuirasht organ na Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerskia savet*, causa C-621/21. Su questa sentenza, v. M.F. Angori, *Migrazioni femminili: la Corte di giustizia dell'Unione europea riconosce lo status di rifugiato alle donne vittime di violenza di genere*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, febbraio 2024; P. Pannia, *L'identificazione con il valore della parità tra donne e uomini come motivo di persecuzione: la Corte di Giustizia e le trappole della dimensione assiologica*, ADiM Blog, Analisi & Opinioni, giugno 2024; S. Steininger, *The CJEU's Feminist Turn?: Gender-based Persecution as a Ground for Protection*, VerfBlog, 2024/2/20, <https://verfassungsblog.de/the-cjeus-feminist-turn/>.

⁵ T. Ertuna Lagrand e S. Nicolosi, *A Further Step to Gender-Sensitive EU Asylum Law: The Case of 'Westernised Women'*, *eulawanalysis.blogspot.com*, 13 June 2024 (<https://eulawanalysis.blogspot.com/2024/06/a-further-step-to-gender-sensitive-eu.html?m=1>).

⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale A. M. Collins presentate il 13 luglio 2023, *K. L. c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, C-646/21, 25.

donne provenienti da paesi, di cui è ben nota la situazione di oppressione e discriminazione, come l'Iraq, l'Afganistan, l'Iran o la Siria o la maggior parte dei paesi africani, riconoscano l'intima adesione ai valori europei fondamentali, indipendentemente dalla loro reale assimilazione.

Una conferma dei problemi che prospetta la sentenza *K. e L.* si rinviene anche dal punto di vista probatorio, non essendo previsti particolari oneri. Da una parte, secondo la Corte di giustizia, il richiedente non è tenuto a presentare tutte le prove per dimostrare l'esistenza dei motivi per il riconoscimento della protezione internazionale, ovvero che nel paese di origine potrebbe essere considerato appartenente a un determinato gruppo sociale e il rischio di essere sottoposto a persecuzione, qualora vi rientrasse (punto 58).

Dall'altra, rimette all'autorità nazionale competente l'esame individuale delle singole fattispecie, la quale alla luce dei fatti accertati e del contesto dovrà valutare l'esistenza di una «minaccia». A tal fine, possono svolgere un ruolo determinante le informazioni ricevute dall'EASO, dall'UNHCR e dalle altre organizzazioni internazionali sulla «situazione generale esistente nei paesi di origine». Si considereranno in particolare l'eguaglianza tra uomini e donne davanti alla legge, in relazione ai «diritti politici, sociali ed economici, i costumi culturali e sociali del paese e le conseguenze nel caso in cui non vi aderiscano, la frequenza di pratiche tradizionali pregiudizievoli, l'incidenza e le forme di violenza» contro le donne e i meccanismi di tutela predisposti in tali ordinamenti (punti 59-61). Tuttavia, al riguardo, si può eccepire che non è così complicato reperire informazione oggettiva e veritiera sulla difficile situazione delle donne soprattutto in relazione a determinati paesi.

Inoltre, la Corte di giustizia sottolinea che non si può considerare che la richiedente abbia pianificato l'adesione allo stile di vita europeo dopo aver lasciato il suo paese di origine, nel tentativo di riunire le condizioni necessarie per ottenere la protezione internazionale. In realtà, è inevitabile che si presentino casi di abuso, essendo praticamente impossibile riuscire a verificare l'identificazione nel valore dell'eguaglianza e ad accertare un riscontro effettivo nella vita quotidiana del fatto che la nuova identità renderebbe queste donne «diverse» nel loro paese di origine.

Un confronto con il caso *WS*, in cui la Corte di Lussemburgo ha incluso la violenza di genere nell'art. 10 della direttiva qualifiche, può essere utile per comprendere le criticità della sentenza *K. e L.* La violenza di genere, infatti, non è un concetto così vago e indefinito e pertanto difficile da provare come il motivo dell'«assimilazione» del valore fondamentale della parità di sessi. La concessione della protezione internazionale a causa dell'esistenza di una situazione di violenza di genere richiede, secondo la Corte di Lussemburgo,

di verificare che la richiedente nel proprio paese di origine rischia di soffrire violenze fisiche o mentali, incluse violenze sessuali e violenze domestiche. A tal fine, gli Stati membri dovranno considerare, oltre all'appartenenza al sesso femminile, che è una caratteristica identificativa innata, determinati «aspetti supplementari» come la situazione familiare delle donne che siano riuscite a sottrarsi a un matrimonio forzato o di quelle sposate, che abbiano abbandonato il tetto coniugale. In effetti, sebbene anche tali situazioni non siano semplici da dimostrare, richiedono un maggior rigore probatorio. Inoltre, nella sentenza *WS* il ruolo delle informazioni elaborate dalle organizzazioni internazionali non è così fondamentale come in *K. e L.*, in cui costituiscono la principale fonte, insieme alle dichiarazioni delle richiedenti, per dimostrare la minaccia di essere esposte a persecuzione.

3. *La necessità di una valutazione in concreto dell'interesse superiore del minore*

Di seguito, nella seconda parte della sentenza, la Corte di giustizia si concentra sul concetto di interesse superiore del minore nella procedura di protezione internazionale, cercando di dotarlo di contenuto e di facilitarne l'applicazione pratica. Dalla sua corretta interpretazione può dipendere infatti il riconoscimento dello status di rifugiato, svolgendo una funzione determinante sia nel processo di valutazione sia nella decisione sul merito della questione.

Innanzitutto, la Corte ribadisce che l'interesse superiore del minore deve essere concepito al contempo un «diritto sostanziale», un «principio interpretativo» e «una regola procedurale», di cui il diritto di manifestare la loro opinione rappresenta un elemento di primaria importanza (punto 73). Questi tre profili essenziali sono dedotti da una lettura sistematica degli articoli 24, par. 2, e 51 della Carta, insieme all'art. 3, par. 1, della Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza⁷ e alla normativa al riguardo in materia di asilo (considerando 18, art. 4, par. 3, l. c) e art. 9, par. 2, l. f), della direttiva 2011/95).

Al fine di assicurare questo interesse fondamentale, l'autorità nazionale è tenuta a realizzare un esame individuale della situazione personale, tenendo conto dell'unità familiare, del benessere e dello sviluppo sociale del minore,

⁷ Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 20 novembre 1989.

inclusa la salute, la situazione familiare, l'istruzione, l'incolumità e la sicurezza. Se, in seguito a tale valutazione, si accertasse che il minore richiedente, durante la sua permanenza nell'Ue, ha sviluppato la propria identità (art. 4, par. 3, della direttiva qualifiche e art. 24, par. 2, della Carta), la domanda potrebbe essere accolta, in quanto fondata su un motivo di persecuzione quale «l'appartenenza a un determinato gruppo sociale» (punto 83). Questo significa che la decisione dell'autorità nazionale competente richiede uno studio preliminare per determinare l'interesse superiore nella fattispecie concreta (punto 84).

Al riguardo, si può osservare che la Corte di giustizia rimette la tutela effettiva di questo criterio fondamentale e al tempo stesso molto indeterminato e di difficile concretizzazione agli Stati membri. Questi dovranno attivarsi per assicurare il corretto funzionamento del sistema, cercando di colmare le lacune e le persistenti differenze in questo ambito, che non sono state eliminate neppure dal Regolamento (UE) 2024/1347, del 14 maggio 2024, il quale ha sostituito la Direttiva 2011/95 (punti 77 ss)⁸.

4. Conclusioni

Il caso *K. e L.* presenta indubbi profili di interesse e di criticità. Si tratta della seconda sentenza in cui la Corte di giustizia cerca di applicare la prospettiva di genere nel quadro della procedura di protezione internazionale. Tuttavia, al contrario del caso *WS*, in cui è riuscita ad adattare il concetto di violenza domestica al diritto europeo di asilo, nel caso di specie realizza una lettura forzata, che non tiene conto degli effetti insostenibili per il sistema.

L'inclusione dell'assimilazione del valore fondamentale della parità tra i sessi tra i motivi di persecuzione ai sensi della direttiva 2011/95/UE produrrà un importante «effetto chiamata», con la conseguente proliferazione di situazioni abusive e fraudolente. Questo significa che le donne provenienti da paesi che rifiutano lo stile di vita europeo possono ottenere la protezione internazionale dopo un soggiorno di lunga durata in uno Stato membro sem-

⁸ Regolamento (UE) 2024/1347 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2024 recante norme sull'attribuzione a cittadini di paesi terzi o apolidi della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria e sul contenuto della protezione riconosciuta, che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e che abroga la direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, PE/70/2023/REV/1, DO L, 2024/1347, 22.5.2024.

plicemente riconoscendo l'intima adesione ai valori europei fondamentali, indipendentemente dalla loro reale assimilazione.

La Corte di giustizia non si è resa conto che simili fattispecie in cui entrano in gioco profili intersezionali, come l'età, richiedono non solo una valutazione prudente *in abstracto* ma anche degli effetti che soluzioni, apparentemente evolutive, garantiste e inclusive, potrebbero produrre sul piano concreto. Pertanto, anche se l'uso di un approccio di genere rappresenta un progresso, da una parte, non si può trascurare il pregiudizio nei confronti non solo delle altre donne ma anche degli uomini che abbandonano il loro paese perché sono davvero vittime di terribili persecuzioni e per i quali è generalmente molto difficile ottenere l'asilo. Dall'altra, tali casi rappresentano un'ulteriore conferma della necessità di lottare contro la situazione di disuguaglianza in cui queste donne vivono direttamente nei loro paesi di origine o per lo meno evitare che tali schemi discriminatori si riproducano nel territorio dell'Ue.

LA GIURISPRUDENZA NAZIONALE

CENTRALITÀ DEL DISCORSO SULLE FONTI
E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI
NELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE
N. 15 DEL 2024

Angelo Raffaele Salerno*

SOMMARIO: 1. Un altro passo nel «cammino comunitario» della Corte costituzionale. – 2. Due vicende intrecciate. – 3. La risposta della Corte. – 4. Lo scarto rispetto all’orientamento «269 temperato». – 5. Limiti e potenzialità di una costruzione giurisprudenziale: la chiave dell’eguaglianza.

1. *Un altro passo nel «cammino comunitario» della Corte costituzionale*

La sentenza in commento è assai significativa. Nell’intendere il rapporto fra diritto nazionale e diritto dell’Unione europea e, più in generale, il concorso fra rimedi nella tutela dei diritti fondamentali, essa sembrerebbe adottare un approccio diverso da quello che è andato dipanandosi dalla nota «precisazione» della decisione n. 269 del 2017 in poi.

In sé considerate, le prospettazioni delle questioni che i giudici di Palazzo della Consulta erano stati chiamati a decidere convergevano sul comune terreno della necessità di un intervento *erga omnes* del giudice costituzionale. In particolare, la Corte era stata posta di fronte al problema del rapporto – meglio: del concorso – fra i rimedi a tutela dei diritti fondamentali a disposizione dei giudici comuni nel caso del conflitto d’una norma di legge regionale tanto con la Costituzione, quanto con una norma europea dotata di efficacia diretta. Nulla di nuovo, si dirà, rispetto a varie altre questioni giunte a Palazzo della Consulta negli ultimi anni, su cui l’orientamento «269 temperato»¹ ha in vario modo fornito delle risposte. Non fosse però che le peculiarità del caso – dalla particolare morfologia dei giudizi antidiscriminatori su cui la decisione si è innestata, alla riproduzione della disposizione legislativa in un regolamento regionale – hanno reso possibile quello che sembrerebbe a tutti

* Assegnista di ricerca in diritto costituzionale e pubblico presso l’Università degli studi di Milano.

¹ C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza “comunitaria” e costituzionale*, in *Riv. AIC*, 1, 2020, pp. 296 ss.

gli effetti un nuovo passo in quello che Paolo Barile definì il «cammino comunitario»² della Corte. Di fronte alla questione del concorso fra i rimedi, i giudici di Palazzo della Consulta hanno infatti abbracciato un approccio il cui centro di gravità riguarda i rapporti tra fonti, pur nella declamata prospettiva della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali.

Una lettura in cui la non applicazione – che, può essere utile ricordarlo, si distingue dalla disapplicazione per il suo implicare norme non riconducibili allo stesso ordinamento³ – rimane imprescindibile e prioritaria. Il che è tutt'altro che insignificante, se si pensa a certe ambiguità della giurisprudenza precedente, in cui la distinzione fra i casi afferenti a norme europee dotate di efficacia diretta e norme prive della stessa era addirittura saltata⁴.

² P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1983, 2406.

³ La disapplicazione si riferisce infatti a un atto invalido per contrasto con un altro atto dello stesso ordinamento. La non applicazione, nell'impostazione abbracciata da *Granital* in poi, implica invece la logica degli ordinamenti «autonomi e distinti, ancorché coordinati». Riprendendo un fondamentale passo di questa pronuncia, «Il regolamento comunitario fissa, comunque, la disciplina della specie. L'effetto connesso con la sua vigenza è perciò quello, non già di caducare, nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale. In ogni caso, il fenomeno in parola va distinto dall'abrogazione, o da alcun altro effetto estintivo o derogatorio, che investe le norme all'interno dello stesso ordinamento statuale, e ad opera delle sue fonti. Del resto, la norma interna contraria al diritto comunitario non risulta - è stato detto nella sentenza n. 232/75, e va anche qui ribadito - nemmeno affetta da alcuna nullità, che possa essere accertata e dichiarata dal giudice ordinario. Il regolamento, occorre ricordare, è reso efficace in quanto e perché atto comunitario, e non può abrogare, modificare o derogare le confliggenti norme nazionali, né invalidarne le statuizioni». Non disapplicazione, dunque, ma inapplicabilità nei termini precisati dalla Corte costituzionale. «Lo Stato si *auto-limita*», osserverà anni dopo il redattore di questa storica pronuncia, «e fa arretrare il proprio ordinamento dal campo occupato dal diritto comunitario suscettibile di immediata applicazione. In quel campo, la legge italiana scompare: essa è *invisibile*, dunque, prima ancora che *inapplicabile*, agli occhi del giudice interno» (A. LA PERGOLA, *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, in *Giur. cost.*, 2003, 3432). Il fatto la stessa Corte faccia talvolta riferimento alla *disapplicazione* – termine il cui utilizzo in questi termini è abbastanza diffuso pure in letteratura – non fa venir meno la distinzione.

⁴ Pensiamo qui alla sentenza del 10 maggio 2022, n. 149 dove si legge che «Secondo un'ormai copiosa giurisprudenza costituzionale, l'eventuale effetto diretto negli ordinamenti degli Stati membri dei diritti riconosciuti dalla Carta (e delle norme di diritto derivato attuative di tali diritti) non rende inammissibili le questioni di legittimità costituzionale che denuncino il contrasto tra una disposizione di legge nazionale e quei medesimi diritti, i quali intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla stessa Costituzione italiana. Questioni siffatte, una volta sollevate, debbono invece essere scrutinate nel merito da questa Corte, cui

Una lettura, quella accolta in questa decisione, che non poteva allora che implicare un particolare rigore nell'approccio all'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e attenzione ai presupposti affinché si configuri la necessità di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, sottolineati dagli opportuni richiami della stessa Corte costituzionale. La non applicazione, come sottolinea la Corte, richiede infatti un previo approccio interpretativo al diritto dell'Unione che implica il vaglio delle possibilità d'interpretazione conforme della *disposizione* nazionale con il significato (*norma*) ascrivito alla disposizione europea. Il che implica a sua volta una necessaria, attenta interrelazione del giudice nazionale con la Corte di giustizia, garante dell'uniforme interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione, per assicurare un'omogeneità interpretativa funzionale a garantire il principio d'eguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati. Di questo interfacciarsi del giudice nazionale con la Corte di giustizia, la Corte costituzionale sottolinea in maniera assai significativa l'importanza del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE e delle condizioni al ricorrere delle quali il ricorso a quest'istituto configura – o meno – un obbligo.

2. *Due vicende intrecciate*

La Corte era stata chiamata a decidere di un conflitto intersoggettivo e di una questione di legittimità costituzionale in via incidentale, entrambi innestatisi su alcuni giudizi antidiscriminatori (ex art. 28 d.lgs. n. 150 del 2011) instaurati di fronte al Tribunale di Udine, sugli oneri documentali richiesti a cittadini non europei per dimostrare l'impossidenza d'immobili al fine di accedere a un incentivo a sostegno delle locazioni. Più in particolare, ai fini dell'accesso al contributo, l'art. 29, comma 1-*bis*, legge reg. Friuli-Venezia Giulia n. 1 del 2016 prescriveva ai cittadini non europei la presentazione del-

unicamente spetta il compito di dichiarare, con effetti erga omnes, l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che risultassero contrarie alla Carta, in forza degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost... E ciò in un'ottica di arricchimento degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali che... vede tanto il giudice comune quanto questa Corte impegnati a dare attuazione al diritto dell'Unione europea nell'ordinamento italiano, ciascuno con i propri strumenti e ciascuno nell'ambito delle rispettive competenze». L'incoerenza di questo passaggio nel quadro della stessa giurisprudenza costituzionale sulla doppia pregiudiziale è stata evidenziata da C. PINELLI, *Ma cosa ha detto "un'ormai copiosa giurisprudenza costituzionale"? Ancora sul contrasto di leggi nazionali con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giur. cost.*, 2022, 1574 ss.

la «documentazione attestante che tutti i componenti del nucleo familiare non sono proprietari di altri alloggi nel paese di origine e nel paese di provenienza». Disposizione sostanzialmente riprodotta nell'art. 12, comma 3-*bis* del regolamento regionale n. 0144 del 2016.

Il conflitto intersoggettivo era stato sollevato con un ricorso della regione autonoma Friuli- Venezia Giulia, la quale riteneva non spettasse allo Stato, e per esso al Tribunale di Udine, ordinarle di modificare la disposizione del regolamento regionale, nella parte in cui non equiparava gli oneri documentali richiesti ai cittadini UE e non. In subordine, la Regione richiedeva alla Corte di dichiarare che non spettava al Tribunale adottare l'ordinanza di modifica del regolamento, senza aver prima richiesto e ottenuto una dichiarazione d'illegittimità costituzionale della disposizione legislativa riprodotta da quella regolamentare. Sulla stessa disposizione legislativa, sempre il Tribunale di Udine (in diversa composizione) aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale per violazione del principio d'eguaglianza e dell'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 11 direttiva 2003/109/CE, disposizione che riconosce al soggiornante di lungo periodo la parità di trattamento rispetto ai cittadini dello Stato membro in relazione a prestazioni, assistenza e protezione sociale assicurate dalla legislazione nazionale. In questo caso, il giudice non riteneva possibile emanare un ordine di modifica del regolamento senza prima adire la Corte costituzionale sulla legittimità della norma legislativa regionale.

3. *La risposta della Corte*

Il cuore della decisione verte sul rapporto fra diritto nazionale e diritto dell'Unione. La sua peculiarità è quella di affrontare la questione dell'efficacia diretta ascrivita alla norma europea alla luce dell'intersezione ordinamentale che si verifica grazie alla particolare morfologia del giudizio antidiscriminatorio. Ma andiamo con ordine.

La Corte individua due momenti fondamentali nella struttura del giudizio antidiscriminatorio: quello dell'accertamento della discriminazione e quello dell'individuazione dei rimedi atti a evitare che essa si ripeta.

Da qui e in relazione alla prima fase del giudizio antidiscriminatorio, i giudici costituzionali sottolineano che la non applicazione da parte del giudice delle norme – legislative e regolamentari – confliggenti con quella europea è di per sé sufficiente a garantire «i principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione europea». Esaurita questa prima fase, la seconda

s'innesta in termini funzionali sulla necessità d'individuare «una forma rimediabile» volta a evitare il possibile ripetersi della discriminazione in futuro, che si dipana in «una logica interna all'ordinamento nazionale». Difatti, il punto è che la soluzione della non applicazione, esaurendosi in una garanzia limitata al caso specifico, non basta ad assicurare la rimozione delle possibili, ulteriori discriminazioni.

È del resto dubbio che la questione potesse trovare una soluzione soddisfacente senza l'annullamento della disposizione legislativa. Ed è qui che il discorso teleologicamente orientato verso la tutela dei diritti s'intreccia con quello sulle fonti. La questione di legittimità costituzionale è infatti prioritaria all'ordine di modifica di disposizioni regolamentari per una ragione lineare: in ipotesi come quella del caso di specie, l'attività discriminatoria è ascrivibile all'amministrazione «soltanto in via mediata», perché radicata a monte nella norma legislativa, e, di conseguenza, l'ordine del giudice implicherebbe un'inaccettabile modifica di disposizioni regolamentari in termini antinomici rispetto a disposizioni legislative vigenti. Ne deriva, allora, la fondatezza del conflitto di attribuzione, sebbene non in merito all'ordine di modifica del regolamento in sé, ma alla necessariamente prioritaria rimessione della questione di legittimità alla Corte costituzionale. Il provvedimento del Tribunale viene dunque annullato alla luce del principio di legalità (art. 97 Cost.) e del criterio gerarchico che connota il rapporto fra legge e regolamento regionale (art. 117, sesto comma, Cost.).

Nei passaggi successivi la Corte chiarisce, in termini ancora più espliciti, perché «non possono nutrirsi dubbi sull'ammissibilità» delle due questioni.

Relativamente alla prima fase del giudizio antidiscriminatorio, la Corte rimarca infatti come la non applicazione delle norme, una volta accertato il loro carattere discriminatorio e l'incompatibilità con la norma europea di riferimento, basta di per sé a dare «piena e immediata attuazione al diritto dell'Unione europea, apprestando tutela immediata ai diritti dei ricorrenti, sul piano del conseguimento del bene della vita». Quanto, invece, alla seconda fase – quella dell'individuazione di rimedi volti a impedire il ripetersi delle discriminazioni accertate – viene sottolineata l'importanza dell'individuazione da parte del giudice a quo del «fattore genetico» di queste discriminazioni e di quella regolamentare, anche «e prima ancora» nella norma legislativa. Questo secondo passaggio è fondamentale, perché consente alla Corte di sottolineare la *primacy* del diritto dell'Unione nella fase precedente attraverso la non applicazione, e di far – sia pur implicitamente – intendere che la questione non può che essere ammissibile perché rilevante. Una rilevanza – se si vuole – attenuata, ma coerente con la giurisprudenza

relativa alle questioni sollevate in giudizi cautelari, nella quale la Corte ha, non a caso, valorizzato proprio la loro articolazione strutturale e il conseguente, mancato esaurimento del potere giurisdizionale rispetto al caso specifico⁵.

Il giudice rimettente era stato, infatti, chiamato dalle parti a rimuovere le disposizioni regolamentari che riproducevano quella legislativa, e si era ritrovato impossibilitato a farlo proprio per l'insanabile contrasto fra il suo ipotetico ordine e la normatività dispiegata dalla legge regionale. In questa situazione, la rilevanza cade sul condizionamento dell'esercizio della funzione giurisdizionale determinata dalla norma legislativa.

Le descritte peculiarità del giudizio antidiscriminatorio consentono alla Corte di evidenziare le possibilità di «convivenza» della non applicazione e del sindacato accentrato di legittimità costituzionale in relazione a parametri interni o europei sulle stesse norme nazionali, enfatizzando il «concorso di rimedi». In tal senso, la declaratoria d'illegittimità costituzionale viene inquadrata in termini assai significativi come «un *surplus* di garanzia al primato del diritto dell'Unione europea, sotto il profilo della certezza e della sua uniforme applicazione». Il che vale a dire, né più né meno, che questi rimedi si completano.

4. *Lo scarto rispetto all'orientamento «269 temperato»*

Nonostante la decisione si dichiari in continuità con l'indirizzo emerso dalla sentenza n. 269 del 2017 e la Corte continui ad individuare i fini dichiarati con la tutela dei diritti fondamentali, nell'apparato argomentativo assai più centrale è il discorso sulle fonti.

Una simile centralità rimanda alle ragioni che hanno portato la Corte a rivedere in parte l'impostazione abbracciata dalla sentenza n. 170 del 1984.

Per più di trent'anni, l'assetto antecedente al 2017 aveva garantito un equilibrato assetto dei rapporti fra ordinamenti «autonomi e distinti, ancorché coordinati», imperniato attorno al primato del diritto europeo e al meccanismo della non applicazione in caso di conflitto con una norma europea dotata di efficacia diretta, con riserva d'intervento della Corte costituzionale in caso di supposta violazione dei controlimiti. L'aggiornamento di quest'impostazione si è legato a varie ragioni. Quella tradizionalmente più richiamata riguarda l'isolamento della Corte degli anni precedenti al 2017,

⁵ Si vedano le sentenze del 26 settembre 1990, n. 444 e del 12 gennaio 1995, n. 30.

causato – fra le altre cose – dai circuiti di dialogo diretto fra magistratura e Corte di giustizia. Ma un'altra ragione, forse meno evidente ma più profonda, riguardava la dirompente espansione della normatività della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione dettata dalla sua *forza federalizzante*⁶. Una normatività il cui «*traboccamento*»⁷ era andato ben oltre la delimitazione dell'art. 51⁸, la cui inadeguatezza richiederebbe ormai una rilettura⁹ alla luce delle trasformazioni costituzionali nel frattempo ingenerate¹⁰.

E così, dal 2017 in poi, muovendo dalla premessa di un'ampia intersezione fra i diritti riconosciuti in essa e nelle costituzioni nazionali, a causa dell'«impronta tipicamente costituzionale» della Carta di Nizza, la Corte ha, com'è noto, affermato la necessità di un suo intervento con efficacia *erga omnes* nei casi di violazione di diritti riconosciuti in entrambi i cataloghi da parte di leggi nazionali¹¹. Ne è derivato l'obbligo in capo ai giudici comuni di rimetterle le relative questioni di legittimità; obbligo che sarebbe poi scolorito in un'assai meno impegnativa facoltà, in una costruzione che si sarebbe ben presto allargata pure ai casi di contrasto con norme europee formalmente al di fuori della Carta¹². Un ripensamento che, sebbene assai difficilmente poteva far chiarezza intorno ai rimedi utilizzabili e all'ordine prioritario del loro utilizzo¹³, è stato tuttavia funzionale a rispondere agli assestamenti costi-

⁶ A. TORRES PÉREZ, *The federalising force of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *ICON*, 4, 2017, pp. 1080 ss.

⁷ A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Riv. AIC*, 4, 2017, pp. 3 ss.

⁸ Nel quale si afferma che le disposizioni della Carta «si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione», che ne «rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati» (par. 1). Vi si precisa inoltre che la Carta «non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati» (par. 2).

⁹ A. JAKAB e L. KIRCHMAIR, *Two Ways of Completing the European Fundamental Rights Union: Amendment to vs. Reinterpretation of Article 51 of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 24, 2022, pp. 239 ss.

¹⁰ C. PINELLI, *L'approccio generalista del modello di rapporti tra fonti: i trattati sono tutti uguali?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2018, p. 12.

¹¹ Sentenza del 7 novembre 2017, n. 269.

¹² Sentenza del 23 gennaio 2019, n. 20.

¹³ G. REPETTO, *Esercizi di pluralismo costituzionale. Le trasformazioni della tutela dei diritti fondamentali in Europa tra ambito di applicazione della Carta e "doppia pregiudizialità"*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2022, pp. 775 ss.

tuzionali che hanno accompagnato l'espansione di normatività della Carta e la sua capacità trasformativa: la grande questione alla quale la Corte costituzionale aveva cercato di rispondere era, insomma, il ruolo delle corti costituzionali in un contesto di forte accentramento della tutela giurisdizionale dei diritti verso la Corte di giustizia.

In questo quadro, l'attenzione al rapporto tra fonti e il tentativo di razionalizzarlo emergenti dalla pronuncia qui commentata sembrerebbero marcare l'allontanamento da un'impostazione che aveva comunque consentito alla Corte di ritagliarsi un nuovo spazio nel *judge-made system*. Impostazione che, tuttavia, implicava ambiguità e, soprattutto, aleatorietà nel concorso dei rimedi, che non a caso aveva portato a prospettare il rischio di un'inversione del rapporto fra regola ed eccezione nel concorso fra non applicazione e questione di legittimità costituzionale¹⁴. Non sembra del resto casuale che nella pronuncia in commento si sottolinei con enfasi il «*surplus* di garanzia al primato del diritto dell'Unione europea, sotto il profilo della certezza e della sua uniforme applicazione» offerto dalla declaratoria d'illegittimità costituzionale: il passaggio, rivolto ai giudici, è il richiamo a un ordine in cui, alla luce della soluzione abbracciata, la Corte sembra ritenere di poter continuare a conservare un ruolo centrale.

5. *Limiti e potenzialità di una costruzione giurisprudenziale: la chiave dell'eguaglianza*

Si potrebbe ipotizzare che la particolare morfologia del giudizio antidiscriminatorio e le peculiarità del caso ridimensionino di molto l'importanza della pronuncia della Corte. In realtà, a nostro avviso, sono proprio le peculiarità del caso a rendere la vicenda assai significativa, rendendo plausibile il consolidamento e forse addirittura la diffusione di quest'indirizzo.

Intanto, anche a prescindere dalla coincidenza fra norma regolamentare e norma legislativa, la questione potrebbe esser rilevante ogni qual volta il giudice riterrà di dover ordinare alla pubblica amministrazione l'adozione di rimedi incompatibili con disposizioni legislative nelle quali l'azione discriminatoria trova un fondamento normativo. In breve, la questione è rilevante ogni qual volta la discriminazione sia insita nella disposizione legislativa, e questa sia insuscettibile d'esser interpretata conformemente al diritto europeo. Tanto premesso, è proprio la morfologia e prima ancora la *ratio* del

¹⁴ C. PINELLI, *L'approccio generalista del modello di rapporti tra fonti*, cit., p. 13.

giudizio antidiscriminatorio a rendere plausibile l'ipotesi che questo tipo di schema rimediale possa essere ribadito e ulteriormente implementato.

Funzioni e struttura del giudizio ex art. 28 d.lgs. n. 150 del 2011 riposano, infatti, su un *fondamento* – o se si preferisce *ratio* – che coincide con l'implementazione del principio costituzionale d'eguaglianza. Questo fondamento porta con sé almeno due implicazioni teoriche di grande rilievo: da un lato il fatto che l'eguaglianza è un tipico principio-inizio connotato da «un'eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico, che dir si voglia)»¹⁵; dall'altro la naturale tendenza dell'eguaglianza ad entrare in contatto con altri principi alla luce dei quali essa rileva nel giudizio costituzionale¹⁶. La prima conseguenza implica l'apertura dell'eguaglianza a un'attuazione, a uno sviluppo, a un'integrazione del principio per via legislativa ma non solo, di cui il giudizio antidiscriminatorio e gli sviluppi giurisprudenziali su di esso innestatisi rappresentano la prova più pura: è una logica di sistema aperto, che si presta naturalmente a trasformazioni. La seconda conseguenza si concatena alla prima, e implica che in questi sviluppi giurisprudenziali la Corte introietti nei propri percorsi decisionali la considerazione di diritti riconosciuti e peculiarmente conformati anche a livello europeo, ergendosi a garante del diritto dell'Unione e in un senso molto particolare avvicinandosi a un'idea di giudice dei diritti in termini non alternativi, ma complementari, rispetto all'azione della Corte di giustizia e a quella dei giudici comuni.

Guardando al diritto delle migrazioni, in cui le questioni d'eguaglianza intrecciano continuamente quelle sui diritti fondamentali, anche e soprattutto a livello europeo, le potenzialità del consolidamento di quest'impostazione non richiedono ulteriori esplicitazioni.

¹⁵ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, II ed. riveduta e ampliata a cura di G. Grifò, Milano, 1971, p. 316.

¹⁶ A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*, Milano, 1976.

L'ACCESSO (NEGATO) DEGLI STRANIERI ALLE PROVVIDENZE SOCIALI E IL RUOLO DELLE CORTI

Carla Di Martino*

SOMMARIO: 1. L'accesso (negato) degli stranieri alle provvidenze sociali e il ruolo della Corte costituzionale – 2. La violazione del diritto euro-unitario e la spinosa questione della doppia pregiudizialità – 3. Alcune considerazioni conclusive.

1. *L'accesso (negato) degli stranieri alle provvidenze sociali e il ruolo della Corte costituzionale*

Nell'ultimo decennio, il legislatore ha ritenuto di potere limitare l'accesso degli stranieri alle provvidenze sociali in vario modo. Sono stati, ad esempio, approvati interventi normativi che hanno elevato la cittadinanza italiana o di uno Stato membro dell'Unione europea a condizione necessaria per beneficiare delle prestazioni socio-assistenziali. In alternativa, l'ottenimento di queste ultime è stato subordinato a requisiti di lungo-residenza nella comunità territoriale di riferimento. Ovvero ancora, allo stesso fine, sono stati introdotti oneri aggiuntivi a carico degli stranieri – rispetto a quelli imposti ai cittadini italiani ed europei.

Gli esempi che potrebbero essere menzionati sono molteplici.

Tra le misure, più recentemente al vaglio della Corte costituzionale, che hanno richiesto il possesso della cittadinanza italiana o europea, si pensi all'art. 80 della legge della Valle d'Aosta n. 3 del 2013, in materia di mutuo agevolato per il recupero di fabbricati.

Tra gli interventi che hanno contemplato requisiti di lungo-residenza, si pensi all'art. 25, comma secondo, lett. a) dell'[art. 5, comma 1, lett. b, della legge reg. Liguria n. 10 del 2004, entrambi](#) in materia di accesso ai benefici dell'edilizia residenziale pubblica; o ancora all'art. 5, comma 4, lett. b) della legge della Regione Toscana n. 73 del 2018, in materia di contributi per il sostegno di famiglie con figli minori disabili. Infine, tra le misure che hanno richiesto oneri aggiuntivi per gli stranieri, si consideri l'art. 18 della legge del Friuli-Venezia Giulia n. 1 del 2016, sempre in materia di edilizia residenziale pubblica; o di più l'art. 1, comma 125, della legge 23 dicembre 2014, n. 190

* Ricercatrice, Università di Palermo.

che, per i soli cittadini di Paesi terzi, ha subordinato il riconoscimento dell'assegno di natalità alla titolarità del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo.

Questi e altri interventi normativi si sono «scontrati» con la giurisprudenza costituzionale. Così, in particolare, negli ultimi tre anni, la Corte costituzionale ha adottato una serie di decisioni di accoglimento che, accertando la violazione dell'art. 3 Cost., hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni richiamate, nella parte in cui queste hanno escluso dalla concessione delle provvidenze in questione gli stranieri.

Le pronunce in questione si collocano nel solco di un indirizzo del Giudice delle leggi ormai consolidato. La Corte costituzionale è stata, invero, chiamata, nel tempo, a definire lo *status* costituzionale dello straniero. In questa prospettiva, la stessa ha avuto modo di chiarire che l'art. 3 della Costituzione [deve essere interpretato](#) alla luce del principio personalista di cui all'art. 2 Cost., nonché della previsione di cui all'art. 10, comma 2, Cost. Quest'ultima rinvia a consuetudini e ad atti internazionali, i quali a loro volta, però, assicurano allo straniero la protezione dei diritti fondamentali.

Proprio in questa prospettiva, il Giudice delle leggi ha concluso che «se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare quei diritti fondamentali», cioè quei «diritti inviolabili dell'uomo, garantiti allo straniero anche in conformità dell'ordinamento internazionale»¹. Di conseguenza, il legislatore non può escludere gli stranieri dall'accesso alle prestazioni integranti «rimedi destinati a consentire il concreto soddisfacimento dei bisogni primari inerenti alla stessa sfera di tutela della persona umana, che è compito della Repubblica promuovere e salvaguardare» (sent. n. 252 del 2001). E la dottrina ha rilevato come la Corte costituzionale applichi uno scrutinio «stretto» nelle decisioni che hanno ad oggetto le prestazioni che soddisfano bisogni primari².

Discorso parzialmente diverso vale per le «prestazioni eccedenti i limiti dell'essenziale»³. Nel tempo, infatti, la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto una certa discrezionalità legislativa nella selezione dei beneficiari delle provvidenze che non soddisfano bisogni primari. Purtuttavia, la Corte

¹ V. Corte cost., sentenze del 19 giugno 1969, n. 104 e del 16 luglio 1970, n. 144.

² R. CHERCHI, *Il sindacato di legittimità costituzionale sulla condizione giuridica dello straniero e sull'immigrazione*, in M. SAVINO, D. VITIELLO (a cura di), *Asilo e immigrazione. Tra tentativi di riforma e supplenza dei giudici: un bilancio*, Napoli, 2023, p. 161 ss.

³ Corte cost., sentenza del 28 novembre 2005, n. 432.

ha chiarito che il legislatore deve comunque individuare criteri che presentino un collegamento con la funzione del servizio e che, in questo senso, non risultino arbitrari alla luce della *ratio* delle provvidenze medesime. Ed essa si è riservata il potere di giudicare della sussistenza e della adeguatezza di tale collegamento, operando un controllo che segue la struttura tipica del sindacato svolto ai sensi dell'art. 3, primo comma, Cost., «il quale muove dall'identificazione della *ratio* della norma di riferimento e passa poi alla verifica della coerenza con tale *ratio* del filtro selettivo introdotto».

È proprio alla luce del criterio della “ragionevole correlazione” fra le finalità del servizio da erogare e le caratteristiche soggettive richieste ai suoi potenziali beneficiari (inteso, come si è detto, quale portato del principio di ragionevolezza) che il Giudice delle leggi ha scrutinato anche gli interventi normativi dapprima richiamati.

In quest'ottica, la Corte ha recentemente osservato che, quando vengono riconosciuti dei benefici, pur al di fuori di quelli volti a soddisfare diritti fondamentali, l'individuazione delle categorie dei beneficiari deve essere operata, sempre e comunque, in ossequio al principio di ragionevolezza. In questo senso, al legislatore (statale o regionale) è consentito introdurre regimi differenziati, circa il trattamento da riservare ai singoli consociati, soltanto in presenza di una causa normativa non palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria. E, pur potendo, lo stesso valorizzare le esistenti differenze di fatto tra cittadini e stranieri, esso non può considerare lo *status* di straniero di per sé come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi⁴.

Queste stesse conclusioni sono da tempo reiterate dal Giudice costituzionale, il quale appunto nel tempo ha avuto modo di osservare che il requisito della cittadinanza non può mai assumersi quale «criterio preliminare di accesso alle provvidenze sociali, senza che lo stesso sia stato pensato in riferimento ad una specifica categoria di soggetti»⁵. In questo senso, il legislatore non può introdurre una preclusione destinata a escludere, dal novero dei fruitori delle prestazioni “non essenziali”, gli stranieri in quanto tali⁶.

Anche per quanto concerne le disposizioni che hanno contemplato requisiti di lungo-residenza, più di recente, la Corte è parsa muovere da una presunzione di illegittimità ed operare uno scrutinio «stretto» di legittimità costituzionale.

Così, se si considerano le pronunce degli ultimi tre anni sul tema, il Giu-

⁴ Corte cost., sentenza del 20 febbraio 2024, n. 53.

⁵ Corte cost., sentenza del 9 luglio 2020, n. 186.

⁶ Corte cost., sentenza del 20 febbraio 2024, n. 53.

dice costituzionale ha più spesso considerato la richiesta della residenza protratta per un predeterminato e significativo periodo minimo di tempo irrispettosa dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza, in quanto in grado di introdurre «nel tessuto normativo elementi di distinzione arbitrari», rilevando che non esistesse alcuna «ragionevole correlazione» tra la durata della residenza e le situazioni di bisogno o di disagio, riferibili direttamente alla persona in quanto tale, costituenti il presupposto di fruibilità delle provvidenze sociali scrutinate⁷.

Discorso singolare deve essere svolto, però, con riguardo al c.d. «reddito di inclusione», rispetto al quale la Corte costituzionale ha riconosciuto che esso rappresenta una misura a sostegno dei membri della comunità che richiede un certo «radicamento territoriale»; un intervento rispetto al quale non «esorbita dai confini della ragionevolezza» la scelta del legislatore di escludere gli stranieri regolarmente soggiornanti, ma non in possesso di titoli di soggiorno «qualificati», strumentali ad attestarne la stabilità della presenza sul territorio italiano⁸.

Occorre tenere presente sul punto, tuttavia, che il Giudice delle leggi ha riconosciuto che il reddito di inclusione – così come il reddito di cittadinanza – pur presentando anche tratti propri di una misura di contrasto alla povertà non si risolve in un mero sussidio economico. Esso costituisce, al contrario, una misura più articolata, una complessa operazione di inclusione sociale e lavorativa, «che il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, non irragionevolmente ha destinato agli stranieri soggiornanti in Italia a tempo indeterminato» (sentenza n. 34 del 2022).

2. *La violazione del diritto euro-unitario e la spinosa questione della doppia pregiudizialità*

V'è però da considerare un altro aspetto di eguale rilievo. Le stesse misure legislative hanno, invero, al contempo sollevato un delicato problema di compatibilità con il diritto euro-unitario. Obblighi di parità di trattamento sono imposti, difatti, anche a livello unionale, anzitutto tra cittadini dell'Unione europea. In questo senso, gli Stati membri non possono elevare la cittadinanza nazionale a condizione di accesso alle prestazioni assistenziali,

⁷ Corte cost., sentenze del 7 marzo 2024, n. 67, del 20 febbraio 2024, n. 42, del 3 dicembre 2020, n. 7.

⁸ Corte cost., sentenza dell'11 gennaio 2022 n. 34.

conseguentemente escludendo i cittadini europei che si siano avvalsi del loro diritto alla libera circolazione e di soggiorno. D'altra parte, la libertà di circolazione, riconosciuta dai Trattati dell'Unione, rappresenta uno dei principi fondamentali per la creazione di uno spazio comune interno alla Unione europea.

Ciò che deve essere messo in luce, tuttavia, è che, a livello euro-unitario, si è affermata anche la strumentalità, ai fini della promozione della coesione economica e sociale, della integrazione dei cittadini dei Paesi terzi stabilitisi a titolo duraturo negli Stati membri. Inoltre, si è riconosciuto un insieme comune di diritti per i lavoratori di Paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro, a prescindere dalle finalità dell'ingresso iniziale nel territorio dello Stato membro in questione, sulla base della parità di trattamento rispetto ai cittadini di quello Stato membro.

In questo senso, sono state adottate direttive che hanno previsto il divieto di «discriminazione diretta o indiretta» basata sulla «razza o l'origine etnica» (art. 2 della direttiva 2000/43/CE) in materia di protezione sociale e di prestazioni sociali (art. 3, paragrafo 1, lettere e-f – pur richiamandosi la previsione di cui all'art. 3, paragrafo 2, la quale esplicita, tra l'altro, che la direttiva «non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità»), nonché sancito il diritto alla parità di trattamento dei lavoratori di Paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro, in particolare, per quanto in questa sede interessa, in riferimento ai settori della «sicurezza sociale definiti nel regolamento (CE) n. 883/2004» (art. 12, paragrafo 1, lettera e) della direttiva 2011/98/UE). Ancora, la direttiva 2003/109/CE ha imposto agli Stati membri di non differenziare il trattamento degli stranieri con permesso di lungo soggiorno da quello riservato ai propri cittadini per quanto riguarda, in particolare, «le prestazioni sociali, l'assistenza sociale e la protezione sociale ai sensi della legislazione nazionale» (art. 11, par. 1, lett. d)).

La Corte di Giustizia ha chiarito che, nell'attuazione dei provvedimenti normativi in questione, gli Stati membri sono chiamati a rispettare i diritti e osservare i principi previsti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁹. Segnatamente, essa ha evidenziato la «singolare connessione» con i diritti enunciati dall'articolo 34 della Carta di Nizza¹⁰.

⁹ CGUE, sentenza del 10 giugno 2021, Land Oberösterreich, C-94/20, CLI:EU:C:2021:477.

¹⁰ CGUE, sentenza del 24 aprile 2012, Kamberaj, C-571/10, ECLI:EU:C:2012:233. L'espressione «singolare connessione» menzionata nel testo richiama Corte cost., sentenza del 23 gennaio 2019, n. 20.

Gli interventi legislativi richiamati si sono, dunque, scontrati anche con il diritto dell'Unione, oggetto di una giurisprudenza del Giudice di Lussemburgo «monolitica».

Merita di essere precisato che la stessa Corte costituzionale ha avvertito l'esigenza di richiamare i giudici comuni ad una esatta interpretazione del diritto dell'Unione richiamato, alla luce dell'indirizzo della Corte di Giustizia sul tema in questione.

Sul punto, va menzionata la sentenza n. 67 del 2022, con la quale il Giudice delle leggi ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice *a quo*, che aveva errato nell'interpretare i rapporti tra il diritto «euro-unitario» e diritto interno.

In estrema sintesi, la questione concerneva la disposizione nazionale, la quale, nel disciplinare l'assegno per il nucleo familiare, prevedeva che del nucleo familiare medesimo non facessero parte «il coniuge, i figli ed equiparati di cittadino straniero che non abbiano la residenza nel territorio della Repubblica, salvo che lo Stato di cui lo straniero è cittadino riservi un trattamento di reciprocità nei confronti dei cittadini italiani ovvero sia stata stipulata convenzione internazionale in materia di trattamenti di famiglia» (art. 2, comma 6-*bis*, del d.l. n. 69 del 1988, n. 69). In questo senso, la disposizione menzionata non riconosceva ai cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico la menzionata prestazione di sicurezza sociale alle stesse condizioni previste per i cittadini italiani.

A seguito di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, la stessa Corte di Giustizia aveva ritenuto incompatibile tale previsione con il menzionato art. 12, par. 1, lett. e), della direttiva 2011/98/UE. Ma il giudice rimettente aveva escluso che il diritto dell'Unione in questione avesse effetti diretti, attivando pertanto l'incidente di costituzionalità.

Ribadendo la posizione del Giudice di Lussemburgo sul tema in esame, in quella occasione, la Corte costituzionale ha sottolineato che alle norme di diritto europeo contenute negli artt. 11, par. 1, lett. d), della direttiva 2003/109/CE e 12, par. 1, lett. e), della direttiva 2011/98/UE deve riconoscersi effetto diretto. Difatti, le direttive richiamate prevedono un obbligo chiaro, preciso e incondizionato di non differenziare il trattamento del cittadino di paese terzo rispetto a quello riservato ai cittadini degli Stati in cui essi operano legalmente.

In questo senso, la Corte ha affermato che le disposizioni censurate si prestassero a essere disapplicate dal giudice rimettente. Di conseguenza, come si è anticipato, la questione di legittimità costituzionale è stata dichiarata inammissibile.

3. *Alcune considerazioni conclusive*

Considerato quanto si è detto, ci si può interrogare sulle ragioni che possono aver spinto il legislatore a porre in essere i controversi interventi normativi richiamati.

In questa prospettiva, si deve considerare che la legislazione grazie alla quale si realizzano interventi destinati a dispensare prestazioni o benefici¹¹ deve fare i conti con il «costo dei diritti»¹². In tale prospettiva, il legislatore ha provato a circoscrivere alcuni interventi di *welfare* in ragione di certe «legature sociali»¹³, facendo leva sulla possibilità di trarre dal Testo costituzionale l'indicazione che esistano diritti di tutti e diritti riservati soli ai cittadini. Nella stessa ottica, il legislatore ha, dunque, ritenuto di potere limitare alcune prestazioni pubbliche nei confronti di coloro che, in quanto privi della cittadinanza italiana, assumono la qualificazione giuridica di straniero.

Lo stesso Giudice delle leggi, d'altra parte, ha riconosciuto che, stante la limitatezza delle risorse disponibili, al di là del confine invalicabile diritto inviolabile della persona, rientra nella discrezionalità del legislatore graduare con criteri restrittivi, e persino escludere, l'accesso del cittadino extra UE a provvidenze ulteriori, ma solo in ossequio al principio di ragionevolezza.

Sul punto, tuttavia, va ricordato che la giurisprudenza costituzionale ha sottoposto a precisazioni e limiti la «natura condizionata»¹⁴ dei c.d. diritti sociali. Difatti, essa ha riconosciuto la sussistenza di un nucleo essenziale insopprimibile¹⁵ di soddisfacimento degli stessi che si sottrae alla discrezionalità del legislatore.

Proprio alla luce delle considerazioni che precedono, la questione sembra coinvolgere quello che la dottrina ha denominato «populismo legislativo». Ciò, in un duplice senso.

Per un verso, si è detto che «nelle democrazie contemporanee, [...] la legge tende ad avvicinarsi troppo alla volontà popolare, facendosi cioè espressione pressoché pura e nuda del volere [...] degli stessi rappresentati. Non solo con riferimento alle loro esigenze e ai loro interessi, ma anche e so-

¹¹ Si richiama la definizione di «provvidenze sociali» di E. FERRARI, *I servizi sociali*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 272 ss.

¹² S. HOLMES, C. R. SUSNSTEIN, *Il Costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000, p. 1 ss.

¹³ R. DAHRENDORF, *La libertà che cambia*, Roma-Bari, 1980, p. 44 ss..

¹⁴ F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, p. 30 ss.

¹⁵ Corte cost. sentenza del 20 gennaio 2010, n. 10.

prattutto nelle loro reazioni immediate, nei loro desideri e umori»¹⁶. Seguendo la stessa logica, anche gli interventi regolatori in esame potrebbero essere stati mossi da un certo «timore di perdere consenso elettorale nel breve termine»¹⁷.

È possibile, in questa sede, d'altra parte, solo fare un cenno agli studi statistici che, da un lato, attestano un quadro di sostanziale crescita della popolazione straniera, ma, dall'altro lato, raffigurano un contesto in cui non decrescono gli episodi di intolleranza e discriminatori di matrice xenofoba e razziale, purtroppo anche tra le nuove generazioni¹⁸.

Per altro verso, seppure nella stessa prospettiva, si richiama anche quella «contro-narrazione costituzionale caratterizzata per un atteggiamento mimetico e parassitario rispetto alle categorie proprie del costituzionalismo» di cui ha parlato la dottrina¹⁹. Quest'ultima ha messo in rilievo come «facendo proprie le nozioni costituzionali, i populistici ne stravolgono il significato a loro beneficio, minando l'equilibrio ordinamentale e valoriale previsto dalle carte fondamentali».

La questione è indubbiamente complessa. Di certo, i giudici ordinari, la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia dell'Unione sono stati chiamati ad assumere un ruolo di primo piano nella correzione delle scelte legislative. Essi hanno dovuto assicurare il «continuo adeguamento del diritto infracostituzionale ai principi costituzionali»²⁰, ma potrebbe dirsi anche al diritto dell'Unione, provando così a porre rimedio a scelte legislative che avrebbero potuto generare irragionevoli disparità di trattamento, oltre che ostacolare processi di inclusione sociale.

¹⁶ N. LUPO, «Populismo legislativo?»: continuità e discontinuità nelle tendenze della legislazione italiana, in *Ragion Pratica*, fasc. 1/2019, pp. 251-272.

¹⁷ C. PINELLI, *Populismo, diritto e società. Uno sguardo costituzionale*, in *Questione Giustizia*, fasc. 1/2019, p. 29 ss.

¹⁸ D. DE STEFANO, *Gli atteggiamenti verso la diversità: un'analisi dei dati statistici su discriminazione e integrazione nel contesto italiano e regionale*, in S. ADAMO, G. IERACI (a cura di), *Contro la violenza. La cultura per la costruzione di network per il contrasto e la prevenzione della radicalizzazione*, Trieste, 2022, pp. 103-122.

¹⁹ F. LA PLACA, *Su un recente libro sul rapporto tra populismo italiano e costituzionalismo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020, pp. 975-984.

²⁰ G. PINO, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, in A. APOSTOLI, M. GORLANI (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Napoli, 2018 pp. 109-125.

PROTECTING THE VULNERABLE OFFENDER:
THE NON-PUNISHMENT OF THE VICTIM OF TRAFFICKING
WITHIN THE ITALIAN PENAL SYSTEM

Laura Ricci*

TABLE OF CONTENTS: 1. Facts. – 2. Judgment. – 2.1. The International sources of the non-punishment clause. – 2.2. Recognising the non-punishment clause at the National level. – 3. Main aspects of the decision. – 3.1. On the application of Article 54 c.p. – 4. Final Remarks.

1. *Facts*

The case tackled in the decision under comment¹ concerns a Nigerian woman convicted of a crime committed under conditions of socio-economic vulnerability linked to her *status* of trafficked victim. Recruited at the age of 18 by a Nigerian criminal organisation to work as a babysitter in Italy, she later embarked on a journey through Libya during which she suffered various forms of violence, including sexual abuse. Once arrived in Italy, where she didn't know the language, she was forced into prostitution to repay the debt she had incurred for the trip, under the threat of retaliation against her grandmother. To escape sexual exploitation, she later accepted an offer of employment to work as a drug courier within a criminal group whose leader knew of her material need and her urgent need for money². After being identified as a victim of trafficking³ and recognized as beneficiary of humanitarian protection⁴, she was convicted of illicit drugs transportation.

In her appeal to the Supreme Court, she argues that the judge of the

* Assegnista di ricerca in Diritto penale, Università di Pisa.

¹ On the decision see also M. VENTUROLI, *Lo stato di necessità quale viatico al principio europeo di non incriminazione delle vittime di tratta coinvolte in attività illegali: una pronuncia "a rime obbligate" della Cassazione*, in *Il Foro Italiano*, 4/2024, pp. 219-238; L. MASERA, *Il problema della non punibilità delle vittime di tratta per i reati commessi: è sufficiente il ricorso all'art. 54 c.p.? A distanza di quasi 10 anni, una questione ancora aperta*, in *Giurisprudenza italiana*, 12/2024, pp. 2686 and ff.

² Decision under comment, p. 14.

³ Hereafter VoT

⁴ According to art. 18 d.lgs. 286/1998.

lower court failed to recognize the non-punishment clause for victims of trafficking in connection to her criminal behaviour. Notably, she contends that the judge failed to apply art. 54 of the Italian Criminal Code⁵ and, consequently, incurred in the violation of art. 117 of the Italian Constitution, art. 8 of the directive 2011/36/EU, and art. 4 and 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR).

2. *Judgment*

2.1. *The International sources of the non-punishment clause*

The Supreme Court's decision starts from a comprehensive analysis of the European and International legal framework surrounding the protection of VoTs. Central to this analysis is the non-punishment clause, which addresses illicit activities that victims are forced to engage in due to the «abuse of their position of vulnerability or of any other situation where the person has no real and acceptable alternative to submission»⁶. Among the legal sources referenced, the Court places particular emphasis on the CoE Anti-Trafficking Convention of 2005 and the directive 2011/36/EU. The former sets forth the principle of identification of the VoT⁷ and requires each Party to implement mechanisms, in line with the fundamental principles of its national legal system, that exempt VoTs from criminal sanctions for the illegal activities they were compelled to commit⁸. The latter explicitly mandates Member States to provide for non-punishment/non-prosecution mechanisms in relation to crimes committed as a direct consequence of being victim of trafficking⁹. In addition, the Court also reminds that the ECtHR, on the one hand, has recognized that trafficking in human beings falls within the scope of Article 4 of the European Convention¹⁰. On the other, it has also recently

⁵ The provision - hereby: art. 54 c.p. - includes the defenses of necessity and duress.

⁶ Decision under comment, p. 10.

⁷ See CoE Anti-trafficking convention, art. 10.

⁸ CoE Anti-trafficking convention, art. 26. For a commentary: R. PIOTROWICZ, *Article 26: Non-punishment Provision*, in J. Planitzer, H. Sax (Eds.), *A Commentary to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, Cheltenham, 2020, pp. 310-322.

⁹ Directive 2011/36/EU, art. 8.

¹⁰ ECtHR, Judgment of 7 January 2010, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Application no. 25965/04.

acknowledged an operational link between article 4 ECHR and the non-punishment clause set forth in art. 26 of the CoE Anti-Trafficking Convention¹¹.

The Court thus acknowledges the existence of an international «principle of non-punishment of trafficking victims who commit crimes by reason of their position». It further clarifies that this principle is based on the fact that «victims of trafficking are frequently involved in unlawful activities precisely because of the pressure, including economic pressure, resulting from the serious violation of their human rights, which amounts at excluding any form of an autonomous decision-making capacity given the blackmailing power to which they are subjected»¹². Additionally, the Court specifies that the offences covered by this principle can be categorised into three groups: irregular migration-related crimes, crimes from which the trafficker takes economic advantage (such as sexual exploitation or drug trafficking), and crimes committed to escape the exploitation, also in cases where exploitation is caused by a third person.

2.2. *Recognizing the non-punishment clause at the national level*

In the absence of specific legislative provisions exempting victims from punishment, the Court finds in art. 54 c.p. the domestic legal basis to express such exemption of punishment. Indeed, article 54 c.p. provides that a person shall not be punished when compelled to commit the illicit act by the necessity of saving themselves or others from the imminent danger of serious bodily harm. Such a danger must be not voluntarily caused, nor otherwise avoidable, and the act must be proportionate to the danger. The Court, however, underscores the need of interpreting art. 54 c.p. in line with «international obligations and their underlying *rationale*». These obligations include safeguarding Vots' human rights, preventing secondary victimization through criminal proceedings, and shielding the State from liability for interpretations that could violate Articles 10, 11, and 117 of the Italian Constitution¹³.

Moreover, the Court clarifies that, in this context, the position of vulner-

¹¹ ECtHR, Judgment of 16 February 2021, *V.C.L. and A.N. v. UK*, Applications nos. 77587/12 and 74603/12. For a commentary on the decision: F. MORESCO, *More than a "credible suspicion": the prosecution of trafficking victims challenges States' operational duty to protect under art. 4 ECHR*, in *ADiM Blog, Case law Commentary*, July 2021.

¹² Decision under comment, p. 10.

¹³ *Ivi*, p. 12.

ability should be understood as the condition where «the person (...) has no real or acceptable alternative but to submit to the abuse involved»¹⁴. It then establishes the following principle: «the defenses under art. 54 c.p. may be invoked by a vulnerable individual recognized as a victim of trafficking (VoT), who, under coercion by a criminal organization, is compelled to engage in illegal drug transportation, with no realistic possibility of escape or recourse to public authorities».

Building on these interpretative premises, the Court holds that the lower judge failed to adequately consider the defendant's position of vulnerability when applying art. 54 c.p., particularly in assessing the feasibility of alternative actions – a key requirement of the defense. Despite the extensive documentation of her vulnerability, the lower court judge overlooked this factor and merely asserted that the defendant had the option of seeking assistance from public authorities. As a result, the judge concluded that a realistic and viable alternative existed to neutralize the imminent or ongoing threat/danger, and yet the woman realized an illicit behavior. In the Court's view, the conclusion reached by the lower judge is overly generic and incomplete, relying on a partial and superficial interpretation of the requirements of art. 54 c.p.

Notably, the Court argues that the lower court's reasoning fails to account for two critical points: first, the duty to adopt a *contextual* understanding of art. 54 c.p. and second, the interpretative guidance provided by the European and International legal framework on the matter. The former duty specifically emerged in decisions addressing similar cases¹⁵. It imposes to carefully investigate the degree of "compression" of the freedom of self-determination characterizing the personal condition of the defendant before and at the time of the commission of the illegal act. Such investigation, indeed, underpins the correct assessment of both the existence of a coercion and the effective feasibility of an alternative behavior, since the «alternative between offending and being offended must be experienced in 'truly personal terms'»¹⁶. To conclude, the Supreme Court remands the case to the lower court with instructions to conduct a more thorough and individualized

¹⁴ Directive 2011/36, art. 2.2.

¹⁵ See, for example, Italian Supreme Court, III Criminal Section, Judgment of 7 October 2015, no. 40270, concerning a crime committed by a victim of enslavement linked to this condition. On the judgment see L. MASERA, Lo stato di necessità ed il reato compiuto dalla vittima del delitto di riduzione in schiavitù, in *Giurisprudenza italiana*, 5/2016, pp. 1235-1239.

¹⁶ Italian Supreme Court, III Criminal Section, Judgment of 7 October 2015, cit., par. 6.

assessment. In doing so, it stresses the importance of applying the UNODC Trafficking Indicators¹⁷ and the guidelines annexed to l. 228/2003 to determine the factual circumstances of the defendant at the time of the offence and thus ascertain whether the conditions outlined in art. 54 c.p. are met.

3. *Main aspects of the decision*

The core point of the decision lies in the identification of an internal legal basis suitable to exempting the defendant from punishment. The Court initially states that the European and International legal framework, integrated into national law, mandates recognizing the principle of non-punishment for Vots as pivotal in combating trafficking in human beings. Building on this conceptual foundation, it then identifies art. 54 c.p. as the appropriate domestic legal provision to articulate this principle, outlining an interpretative approach aligned with international legal standards.

In addition to this primary profile, it is remarkable the Court's emphasis on the need for public authorities to cultivate greater sensitivity towards the protection of trafficking victims as vulnerable offenders. Indeed, the Court stresses that the Public Prosecutor is bound to contribute to the early identification of VoTs to avoid exposing them to secondary victimization through criminal proceedings. In order to concretize and operationalize this obligation, the Court even refers to Article 358 of the Code of Criminal Procedure, which obliges the Prosecutor to investigate facts and circumstances favorable to the accused.

3.1. *On the application of Article 54 c.p.*

Regarding the application of art. 54 c.p., the Court does not delve into the question of the legal theoretical nature of the provision – i.e., whether it provides a basis for excluding the unlawfulness of the act (justification) or serves as an exculpatory defense (excuse). Instead, the focal point of its reasoning lies in considering the vulnerability of the defendant crucial within the interpretation of art. 54 c.p. Namely, the Court requires to take into primary account the position of vulnerability of the VoT – as defined in art. 2.2 of the directive 2011/36/EU – in applying art. 54 c.p. to a crime related to their condition. This hermeneutic guideline is the decision's most signifi-

¹⁷ UNODC, *Human trafficking indicators*, retrieved at www.unodc.org.

cant and innovative aspect, pivotal for achieving a *conforming interpretation* and a *contextual understanding* of this provision. Following this line of interpretation, the Court considers the situation of vulnerability to be a crucial factor in understanding the mechanisms that impede the VoT's interaction with the authorities of the host country. It therefore assigns to this element a central stage in assessing the feasibility of alternative actions, which is one of the key requirements of art. 54.

The groundbreaking point of the decision is the enhancement of the element of the VoT's position of vulnerability in an interpretative context which is distinct from the one considered by art. 2.2 of the Directive 2011/36, although related to it. Indeed, art. 2.2 offers an interpretative tool for the correct understanding of the meaning of «the abuse of a position of vulnerability», i.e. one of the alternative modal elements of the offence referred to in art. 2.1 of the Directive. In the decision under comment the position of vulnerability is instead considered as a decisive element to apply a favorable provision (i.e., art. 54 c.p.). In this manner, the Supreme Court expands the role of vulnerability establishing a symmetry between an element of the crime of trafficking and an element of the defense of art. 54 c.p.

4. *Final remarks*

Situated within the broader context of the interplay between punitive measures and mixed migratory flows, the issue of the non-punishment of the VoT has urgently come to the forefront in the last years¹⁸ and recently gained momentum after the decision of the ECtHR of 2021¹⁹. This latter, in particular, has set the stage for a general acknowledgement of «a human-rights-

¹⁸ GRETA (Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings), *13th General Report*, April 2023, pp. 62 e ff. Retrieved at: <https://rm.coe.int/13th-general-report-on-greta-activities-covering-the-period-from-1-jan/1680af7268>. See also: M. JOVANOVIĆ, *The Principle of Non-Punishment of Victims of Trafficking in Human Beings: A Quest for Rationale and Practical Guidance*, in *Journal of Human Trafficking and Human Exploitation*, 1:1, 2017, 41-76; D. MANCINI, *Il principio di non punibilità delle vittime di tratta. Sfida per l'effettività dei diritti e logica dell'intervento penale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2/2022; R. W. PIOTROWICZ, L. SORRENTINO, *Human Trafficking and the Emergence of the Non-Punishment Principle*, in *Human Rights Law Review*, 2016, 0, pp. 1-31; A. SCHLOENHARDT, R. MARKEY-TOWLER, *Non Criminalisation of Victims of Trafficking in Persons. Principles, Promises, and Perspectives*, in *Groningen Journal of International Law*, vol 4(1), pp. 10-38.

¹⁹ ECtHR, Judgment of 16 February 2021, *V.C.L. and A.N. v. UK*, cit.

based limit to prosecution»²⁰ by establishing a link between the duties enlisted in art. 4 of ECHR and art. 26 of the CoE Anti-Trafficking Convention of 2005. Thus, the provision of non-punishment/prosecution mechanisms of VoTs can now be considered as an essential component of States' duty to protect them under art. 4 ECHR. However, the effective implementation of the non-punishment principle for VoTs remains deficient in many European countries²¹. As seen, Italy too is still lacking specific provisions to ensure the non-punishment/prosecution of VoTs, both on the substantial and on the procedural level.

Against this background, the decision under discussion represents a commendable attempt to fill this gap by applying an existing legal instrument. However, the Supreme Court can only strive to provide a convincing interpretation, but it is beyond its power to introduce a legal constraint. Legislative reform in this area therefore remains essential. As the still high number of criminal cases involving suspected (and even confirmed) victims of trafficking clearly shows²², there is still a need for binding exemption mechanisms. Equally crucial is the need for comprehensive training programmes for prosecutors and law enforcement agencies, specifically on the issue of the vulnerability of trafficked persons.

²⁰ F. MORESCO, *More than a "credible suspicion": the prosecution of trafficking victims challenges States' operational duty to protect under art. 4 ECHR*, cit., p. 8.

²¹ GRETA (Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings), *13th General Report*, cit., p. 62.

²² GRETA (Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings), *Evaluation report Italy. Third evaluation round. Access to justice and effective remedies for victims of trafficking in human beings*, 23 February 2024, pp. 30-35. Retrieved at: <https://rm.coe.int/greta-2024-03-fgr-ita-en-2750-4314-7273-1/1680ae9f81>

LA GIURISDIZIONE DELLO STATO DELLA BANDIERA
SUGLI INDIVIDUI SOCCORSI DA NAVI PRIVATE:
UN'ANALISI SULL'ONDA DEL CASO ASSO 28

Amina Maneggia*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il caso della nave *Asso 28* e le conclusioni della Cassazione. – 3. Le tesi a confronto e le oscillazioni della giurisprudenza. – 4. Una lettura “ricomposta” della giurisprudenza in materia di interazione tra giurisdizione esclusiva dello Stato della bandiera e giurisdizione sui diritti umani. – 5. La posizione della Cassazione nel caso *Asso 28*: rilievi critici. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La questione se lo Stato della bandiera abbia giurisdizione sui migranti soccorsi in mare da una nave privata ai sensi dell'art. 1 della Convenzione europea dei diritti umani (CEDU), e conseguentemente se sia tenuto a garantire loro il godimento dei diritti in essa sanciti – in particolare la protezione dal *non refoulement* – è oggetto di un acceso dibattito sia dottrinale che politico-diplomatico¹, favorito da una giurisprudenza internazionale non priva di ambiguità. A tale dibattito ha aggiunto la sua voce la Corte di cassazione italiana, che nella recente sentenza sul caso *Asso 28*² ha individuato il fondamento dell'asserita giurisdizione dello Stato della bandiera nel controllo effettivo che questo eserciterebbe sugli individui soccorsi tramite il comandante della nave privata.

* Professoressa associata di Diritto internazionale, Università degli Studi di Perugia.

¹ Ad esempio, nel novembre 2022 il Ministro degli interni M. Piantedosi ha sostenuto che nelle attività di soccorso in mare di migranti da parte di navi gestite da ONG «viene in questione, in base alla nota Convenzione UNCLOS e alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, la responsabilità degli Stati di bandiera ai fini sia della tutela dei diritti fondamentali delle persone salvate, sia dell'individuazione di un appropriato *place of safety*» (Senato della Repubblica, Resoconto stenografico della seduta n. 008 del 16/11/2022, in www.senato.it). A tale posizione, che il Ministro aveva tentato di far valere nei confronti della Germania e della Norvegia in quanto Stati di bandiera delle navi *Humanity I* e *Geo Barents*, l'ambasciatore norvegese ha replicato che «Norway has no responsibility under human rights conventions or the law of the sea for persons taken on board private Norwegian-flagged vessels in the Mediterranean» (*Italy demands countries take responsibility for migrant rescue boats*, 4 November 2022, reperibile in www.reuters.com).

² Cass. pen., Sez. V, sentenza n. 4557 del 1° febbraio 2024 (ud. 12/10/2023).

Il presente contributo intende dimostrare che la posizione della Cassazione su questo punto si fonda su una non corretta ricostruzione dei presupposti e della portata della giurisdizione dello Stato della bandiera sulle persone a bordo di navi private secondo la CEDU.

2. *Il caso della nave Asso 28 e le conclusioni della Cassazione*

Con sentenza n. 4557/2024 la Suprema Corte ha condannato in via definitiva per i reati di abbandono in stato di pericolo di persone minori o incapaci e di sbarco e abbandono arbitrario di persone, ai sensi degli artt. 591 c.p. e 1155 cod. nav., il comandante della nave privata battente bandiera italiana *Asso 28*, che svolgeva funzioni di supporto ad una piattaforma petrolifera di proprietà di una società partecipata da ENI e dalla libica *National Oil Corporation*, in acque internazionali e zona SAR libica.

Dopo aver soccorso un gommone carico di 101 persone, il comandante aveva fatto salire a bordo, senza la necessaria autorizzazione, un non identificato ufficiale di dogana libico di stanza sulla piattaforma, del quale aveva seguito l'indicazione di ricondurre i migranti in Libia, senza informare i centri di coordinamento e soccorso marittimo libico e italiano. In sintesi, secondo la Corte, riportando i naufraghi in un luogo non sicuro ed esponendoli al rischio di trattamenti inumani nei centri di detenzione libici, il ricorrente aveva violato procedure e regole sia interne che internazionali in materia di soccorso in mare, nonché i divieti di *refoulement* e di espulsioni collettive sanciti dalla CEDU.

Diciamo subito che la conclusione raggiunta dalla Cassazione appare complessivamente corretta in quanto fondata su un'interpretazione delle norme *interne* sul dovere dei comandanti di prestare assistenza in mare che dà corretta attuazione alle norme *internazionali* nella stessa materia³, ovvero l'obbligo di ciascuno Stato di esigere dal comandante di una nave battente la sua bandiera di soccorrere chiunque si trovi in pericolo in mare (art. 98, par. 2, della Convenzione di Montego Bay); e l'obbligo di adottare le misure necessarie per far osservare al comandante i suoi doveri (art. 10 della Convenzione di Londra del 1989 sul salvataggio in mare), incluso quello di evitare, per quanto possibile, di far sbarcare i naufraghi in un luogo in cui sarebbero a rischio di persecuzione. Sanzionare per i reati interni di abbandono di per-

³ F. DE VITTOR, *La migrazione via mare nel diritto internazionale: Libertà di movimento, obblighi di soccorso e rispetto dei diritti umani delle persone migranti*, Napoli, 2023, p. 56 ss.

sone e sbarco arbitrario il comandante che, autonomamente, conduca i migranti soccorsi in un luogo non sicuro, costituisce indubbiamente un modo per lo Stato di attuare il suo obbligo di richiedere al comandante il rispetto dei suoi doveri internazionali.

Tuttavia, ciò non ha nulla a che fare con la giurisdizione dello Stato della bandiera sulle persone a bordo della nave privata che ha operato il soccorso *ai sensi della CEDU*, e con l'obbligo di garantire il rispetto dei diritti umani che ne deriva. È su questo punto che la Corte ha sviluppato, come vedremo, argomentazioni inesatte. Prima di commentarle, è opportuno ricostruire i termini della questione se gli individui a bordo di navi private siano “sotto la giurisdizione” dello Stato della bandiera ai sensi dell'art. 1 CEDU.

3. *Le tesi a confronto e le oscillazioni della giurisprudenza*

Sulla questione si confrontano essenzialmente due posizioni. A favore⁴, si sostiene che la nozione di giurisdizione ai sensi dell'art. 1 CEDU – secondo cui gli Stati parti «riconoscono a ogni individuo sottoposto alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nella presente Convenzione» – include la giurisdizione *de jure*, da intendersi come competenza dello Stato, conferita da norme internazionali consuetudinarie o pattizie, all'esercizio di poteri legislativi ed esecutivi in un determinato luogo, anche al di fuori del territorio statale, o nei confronti di date persone, a prescindere dal suo concreto esercizio (giurisdizione *de facto*). In tale ottica, la giurisdizione dello Stato della bandiera “sui diritti umani” degli individui a bordo di navi private deriva, *sub specie* di giurisdizione *de jure*, dal principio della giurisdizione esclusiva dello Stato della bandiera sulle proprie navi in alto mare, sancito dall'art. 92 della Convenzione di Montego Bay (CMB).

Secondo la tesi contraria⁵, la nozione di giurisdizione *ex art. 1 CEDU* è del tutto distinta dalla giurisdizione come competenza all'esercizio di poteri stabilita da norme internazionali, e in contesti extraterritoriali si riferisce esclusivamente all'esercizio, da parte dello Stato, di un controllo effettivo su

⁴ W. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford, 2015, p. 102; I. PAPANICOLAU, *International Law and the Protection of People at Sea*, Oxford, 2018, pp. 152-154.

⁵ M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights: Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford, 2011; E. PAPASTAVRIDIS, *The European Convention of Human Rights and Migration at Sea: Reading the “Jurisdictional Threshold” of the Convention Under the Law of the Sea Paradigm*, in *German Law Journal*, vol. 21, 2020, pp. 417-435, p. 432.

un'area, o su individui da parte di agenti statali. In questa ottica, i naufraghi soccorsi da una nave privata nel mare internazionale non sono "sotto la giurisdizione dello Stato della bandiera", in quanto la nave non è sottoposta al controllo effettivo di tale Stato né gli individui a bordo sono fisicamente sotto l'autorità di suoi organi, a meno che esso non controlli la nave con navi o mezzi aerei militari, o, in ipotesi, impartendole direttive circa il trattamento dei passeggeri e la loro destinazione.

Questa tesi si ritiene fondata sulla giurisprudenza della Corte EDU la quale, in effetti, da un lato ha dichiarato in principio che la giurisdizione extraterritoriale sussiste in caso di esercizio da parte dello Stato o di suoi organi di un controllo effettivo su un'area o su individui⁶; dall'altro, ha concretamente rinvenuto la giurisdizione dello Stato convenuto su individui a bordo di una nave privata quando questa era stata posta sotto il controllo dello stesso mediante l'intervento di navi militari, o rispetto a migranti fatti salire a bordo di navi statali⁷.

Tuttavia, anche la posizione a favore della giurisdizione dello Stato della bandiera trova un qualche supporto nella giurisprudenza di Strasburgo, che sin dal caso *Banković* del 2001 ha considerato, sebbene in astratto, che il diritto internazionale riconosce l'esercizio extraterritoriale della giurisdizione in casi «*involving the activities on board craft and vessels registered in, or flying the flag of, that State*»⁸. Ribadendo questo assunto, nella nota sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* del 2012, la Corte ha precisato di essere stata condotta a riconoscere sussistente la giurisdizione extraterritoriale in questi casi dal principio di diritto internazionale, sancito da «*relevant provisions of the law of the sea*», secondo cui «*a vessel sailing on the high seas is subject to the exclusive jurisdiction of the State of the flag it is flying*»⁹. È però noto che nel caso di specie la Corte ha ritenuto sussistente la giurisdizione dell'Italia sui migranti in quanto intercettati dalla guardia di finanza, presi a bordo di navi militari italiane e da queste ricondotti in Libia, osservando che «*in the period*

⁶ Corte Edu (Grande Camera), *Al-Skeini e altri c. Regno Unito*, sentenza del 7 luglio 2011, ric. n. 55721/07, par. 143-149.

⁷ Corte Edu, *Xbavara e altri c. Italia e Albania*, decisione dell'11 gennaio 2001, ric. n. 39473/98; (Grande Camera) *Medvedyev e altri c. Francia*, sentenza del 29 marzo 2010, ric. n. 3394/03; *Women on Waves e altri c. Portogallo*, sentenza del 13 gennaio 2009, ric. n. 31276/05; (Grande Camera), *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, sentenza del 23 febbraio 2012, ric. n. 27765/09.

⁸ Corte Edu (Grande Camera), decisione del 12 dicembre 2001, *Banković e altri. c. Belgio e altri.*, ric. n. 52207/99, par. 73.

⁹ Corte Edu (Grande Camera), *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, cit., par. 77.

*between boarding the ships of the Italian armed forces and being handed over to the Libyan authorities, the applicants were under the continuous and exclusive de jure and de facto control of the Italian authorities»¹⁰. È fuor di dubbio che le persone a bordo di una nave militare, che è organo dello Stato della bandiera, sono sotto il suo “controllo effettivo”, ed è indubbio che lo siano durante un’operazione di respingimento. È su tali basi che la Corte ha concretamente rilevato la giurisdizione dell’Italia nel caso di specie, e la violazione da parte sua del divieto di *refoulement* e di espulsione collettiva sanciti dalla Convenzione.*

Più rilevante, a supporto della giurisdizione *de jure* dello Stato della bandiera sugli individui a bordo di una nave privata e in assenza di un controllo *de facto*, è il caso *Bakanova c. Lituania* del 2016¹¹, in cui la Corte ha rilevato la giurisdizione della Lituania sul marito della ricorrente, deceduto a bordo della nave battente bandiera lituana in cui lavorava come meccanico, nonché la violazione da parte dello Stato convenuto dell’art. 2 sul diritto alla vita sotto il profilo procedurale, per carenze nell’indagine condotta sulla causa della morte.

4. Una lettura “ricomposta” della giurisprudenza in materia di interazione tra giurisdizione esclusiva dello Stato della bandiera e giurisdizione sui diritti umani

Come valutare tali oscillazioni tra statuizioni apparentemente contraddittorie? A noi sembra che esse siano ricomponibili a partire dalla considerazione che, quando la giurisdizione sui diritti umani è *de jure*, cioè fondata su norme internazionali settoriali che conferiscono poteri agli Stati o ne richiedono l’esercizio, è sulla base di quelle stesse norme che sono definiti la portata e i limiti degli obblighi sui diritti umani degli Stati, nel caso di specie in relazione alle attività in mare e a bordo di navi. Tale approccio trova conferma nel principio, affermato dalla Corte europea a partire dal caso *Al-Skeini*, secondo cui ogniquale volta lo Stato esercita giurisdizione extraterritoriale è tenuto ad accordare agli individui (solo) i diritti riconosciuti dalla Convenzione «*that are relevant to the situation of that individual*», e in questo senso che «*the Convention rights can be “divided and tailored”*»¹². Quali diritti sono

¹⁰ Ivi, par. 81.

¹¹ Corte Edu, *Bakanova c. Lituania*, sentenza del 31 maggio 2016, ric. n. 11167/12.

¹² Corte Edu (Grande Camera), *Al-Skeini e altri c. Regno Unito*, cit., par. 137.

rilevanti nel caso di specie e in che misura lo Stato li debba garantire dipende anche dal tipo di legame giurisdizionale e dagli specifici obblighi che incombono sugli Stati in base alle specifiche norme su cui quel legame si fonda.

In questa prospettiva, il riconoscimento da parte della Corte nel caso *Baklava* della giurisdizione dello Stato della bandiera ai sensi della CEDU, e l'accertamento della violazione dell'obbligo positivo di proteggere la vita dei membri dell'equipaggio, sono sicuramente in linea con la competenza e gli obblighi dello Stato della bandiera ai sensi degli artt. 92 e 94 CMB. Mentre, nel caso *Hirsi Jamaa*, l'esercizio da parte dell'Italia di una giurisdizione *de facto* sui ricorrenti, accanto alla sussistenza di quella *de jure*, è ciò che ha consentito di accertare la violazione del divieto di *refoulement*, che è un obbligo negativo necessariamente implicante controllo effettivo sugli individui, come sostenuto dall'UNHCR nell'*Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations*¹³, e che non avrebbe potuto trovare applicazione se i fatti avessero coinvolto una nave privata, in quanto la mera *flag State jurisdiction* implica per lo Stato della bandiera solo obblighi positivi o di *due diligence*¹⁴. In altri termini, il riconoscimento della giurisdizione *de jure* dello Stato della bandiera sugli individui a bordo di una nave privata non può condurre ad imputare ad esso obblighi ulteriori a quelli sanciti dalle pertinenti norme settoriali, o che alterano la ripartizione di competenze e doveri tra Stati da queste dettata.

Per quanto riguarda in particolare il soccorso in mare, l'art. 98 CMB e l'art. 10 della Convenzione di Londra sul salvataggio in mare, come si è visto, impongono a ciascuno Stato parte di esigere dal comandante di una nave battente la propria bandiera di prestare assistenza in mare alle persone in pericolo, che è un obbligo di *due diligence*, la cui violazione deriva dalla mancata adozione di misure idonee a disciplinare e sanzionare la condotta eventualmente non conforme del comandante, e non dall'attribuzione di questa allo Stato.

Pertanto, lo Stato della bandiera di una nave privata non può neppure ritenersi destinatario dell'obbligo negativo di *non-refoulement* delle persone salvate, in quanto non spetta a tale Stato individuare la destinazione di sbarco dei naufraghi¹⁵.

¹³ UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 26 January 2007, par. 43.

¹⁴ Y. TAKEI, *Assessing Flag State Performance in Legal Terms: Clarifications of the Margin of Discretion*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, n. 1, 2013, pp. 97-134; I. PAPANICOLAU, *International Law and the Protection of People at Sea*, cit., pp. 174-175.

¹⁵ B. STĘPIEN, *A Tale of Non-State Actors and Human Rights at Sea: Maritime Migration*

5. *La posizione della Cassazione nel caso Asso 28: rilievi critici*

Veniamo quindi alla posizione espressa dalla Cassazione nella sentenza *Asso 28*. La Suprema Corte ha sostenuto sul punto, come argomento non necessario, che ai migranti a bordo della nave si estende la giurisdizione dell'Italia ai sensi dell'art. 1 CEDU come conseguenza del riconoscimento al comandante della nave privata, relativamente al salvataggio in mare, della qualità «di incaricato di un pubblico servizio *ex art. 358 cod. pen.*, nelle stesse forme richieste per gli analoghi doveri di salvataggio per le navi militari o comunque statali» (punto 5.5). Nel ragionamento della Cassazione il comandante «opera quale agente dello Stato in acque internazionali, allorché esercita controllo e autorità sul naufrago, e quindi estende la giurisdizione dello Stato di appartenenza, ai sensi dell'articolo 1 della CEDU, ed è tenuto pertanto a riconoscere alla persona del naufrago i diritti e le libertà enunciati nel titolo I della Convenzione» (punto 5.6), in particolare la protezione dal *refoulement* e da espulsioni collettive.

Tale ricostruzione non appare corretta. In primo luogo, non lo è laddove la Corte sostiene che alla qualifica di “incaricato di pubblico servizio” *secondo l'ordinamento interno*, attribuita al comandante della nave privata che presta soccorso in mare, consegue l'imputabilità della sua condotta allo Stato *sul piano internazionale*, e dunque l'eventuale responsabilità internazionale dell'Italia per violazione di norme sui diritti umani. Infatti, ai sensi dell'art. 5 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato per fatto illecito¹⁶, allo Stato è attribuibile la condotta di una persona autorizzata dal diritto interno ad esercitare prerogative del potere pubblico statale che sono tali *anche secondo il diritto internazionale*, e che la persona esercita *al posto* degli organi statali. Ma, come da altri dimostrato, le norme internazionali sull'obbligo del comandante di prestare soccorso in mare configurano tale dovere come una funzione pubblica *internazionale*, a lui affidata in quanto privato individuo direttamente dal diritto internazionale, e qualificabile più esattamente come “diritto di assolvere ad un dovere internazionale” che il singolo vanta nei confronti degli Stati¹⁷.

Crisis and Commercial Vessels' Obligations, in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 18, 2018, pp. 35-65, p. 52.

¹⁶ ILC, *Draft Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts 2001 with Commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part 2, pp. 30-143, pp. 41-42.

¹⁷ E. PAPASTAVRIDIS, *The Forgotten Responsibilities of the Flag State to Save People at Sea*, in A.N. KRSTEVSKA, B.T. GAVRILOVIKJ (a cura di), *Migration at sea. International Law Perspec-*

In secondo luogo, e alla luce delle valutazioni prima svolte, la posizione della Cassazione avvalorava una ricostruzione “alterante” della natura degli obblighi internazionali dello Stato della bandiera, sia rispetto alla condotta del comandante, sia rispetto alla protezione delle persone soccorse, che, come si è visto, sono meri obblighi positivi o di *due diligence*.

6. Conclusione

In conclusione, dall’analisi svolta risulta che a) lo Stato della bandiera ha “giurisdizione” sulle persone soccorse da una nave privata *ex art. 1 CEDU*, ma gli obblighi che ne derivano non eccedono né alterano quelli assegnati a tale Stato dal diritto internazionale del mare; b) su tali basi non appare corretta, dal punto di vista del diritto internazionale, la posizione della Cassazione nella sentenza *Asso 28* secondo cui la qualità di “incaricato di pubblico servizio” del comandante di una nave privata che effettui soccorso in mare estende automaticamente la giurisdizione *de facto* dello Stato della bandiera sugli individui salvati *ai sensi della CEDU*, in assenza di un coinvolgimento diretto delle autorità statali nella condotta del comandante. Tale posizione rischia peraltro di avvalorare quella, talvolta rivendicata dal governo italiano sul piano internazionale, che imputa allo Stato della bandiera oneri relativi alla protezione dei migranti soccorsi da navi private non previsti dalle norme internazionali sul soccorso in mare.

tives and Regional Approaches, Napoli, 2016, pp. 31-47, pp. 41-42; F. DE VITTOR, M. STARITA, *Distributing Responsibility Between Shipmasters and the Different States Involved in SAR Disasters*, in *Italian Yearbook of International Law*, vol. 28, 2019, pp. 77-95, p. 85, M. STARITA, *Il dovere di soccorso in mare e il diritto di obbedire al diritto (internazionale) del comandante della nave privata*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, n. 1, 2019, pp. 5-46.

LE NORME EUROPEE

A RARITY IN ACTION: TEMPORARY PROTECTION IN THE EU — HERE TO STAY?

Goran Sandić* & Janja Simentić Popović**

SUMMARY: 1. Introduction – 2. A Rarity in Action: TPD Activated – 3. Pioneering the TPD Exit Strategy – 4. Here to Stay? – 5. Conclusion.

1. *Introduction*

The concept of temporary protection within the European Union (EU) gained significant attention in 2022. A once-overlooked mechanism now had to prove its worth in a newly emerged crisis. The armed conflict between Russia and Ukraine has displaced nearly 10 million people,¹ forcing over 6 million of them to seek refuge across various regions, notably within the EU. Even though some other crisis perhaps demanded its activation earlier,² for the first time in its history the EU activated the temporary protection mechanism in 2022. This move underscores the necessity and complexity of migration management amidst humanitarian crises.

Temporary protection is not a well-established part of international law but rather a political instrument developed to cope with specific situations of mass influx.³ It offers a practical framework designed to handle large-scale movements of people, typically in response to sudden crises that would overwhelm standard refugee determination procedures.

This text explores the activation and implications of the EU's Temporary Protection Directive (TPD)⁴ for Ukrainian persons fleeing Ukraine. We

* Research Assistant, University of Belgrade – Faculty of Political Science.

** Assistant Professor, University of Belgrade – Faculty of Political Science.

¹ UNHCR, “Ukraine situation,” available at: <https://reporting.unhcr.org/operational/situations/ukraine-situation#:~:text=By%20the%20end%20of%202023,million%20of%20them%20in%20Europe.>

² UNHCR, “Over one million sea arrivals reach Europe in 2015,” available at:

<https://www.unhcr.org/news/stories/over-one-million-sea-arrivals-reach-europe-2015>.

³ W. KALIN, *Temporary Protection in the EC: Refugee Law, Human Rights and the Temptations of Pragmatism*, in *German Yearbook of International Law*, vol. 202, 2001.

⁴ Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving tem-

delve into the first-ever activation of the TPD and examine the nuances of its implementation, highlighting its role as both a humanitarian aid tool and a migration management strategy. Finally, we consider the possible exit strategies once the current temporary protection scheme elapses.

2. *A Rarity in Action: TPD Activated*

The Russian invasion of Ukraine marked the first activation of the TPD in its 21-year existence. On March 4, 2022, the EU introduced temporary protection for persons displaced from Ukraine due to the Russian invasion. This decision,⁵ adopted unanimously by the Council, highlighted the extraordinary and exceptional nature of the situation, with migratory pressures on EU borders escalating rapidly. Nevertheless, this ‘historic agreement’ had a cost, particularly when considering how key obligations outlined in the Commission’s proposal were watered down.⁶

The TPD defines temporary protection as a procedure of exceptional character, providing immediate and temporary protection in the event of mass influx. The broad definition of mass influx grants the Commission and the Council significant discretionary powers, with no minimum number or speed of arrival required for activation.

In practice, the temporary protection mechanism has provided a range of rights to displaced persons, including residence permits, the right to work, access to suitable accommodation, social welfare, medical assistance, and education for children. Member States have implemented these measures through various means, ensuring that the needs of displaced persons are met promptly and effectively.

porary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2001/55/oj>.

⁵ Council Implementing Decision (EU) 2022/382 of 4 March 2022 establishing the existence of a mass influx of displaced persons from Ukraine within the meaning of Article 5 of Directive 2001/55/EC, and having the effect of introducing temporary protection, ELI: http://data.europa.eu/eli/dec_impl/2022/382/oj.

⁶ See D. VITIELLO, “La dimensione esterna della politica europea al tempo della ‘crisi’ del Mediterraneo,” in M. SAVINO (ed.), *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea. Diagnosi e prospettive*, Napoli, 2017, pp. 303-348. Online text available at: https://www.europeanpapers.eu/en/system/files/pdf_version/EP_EF_2022_I_002_Daniela_Vitiello_00542.pdf.

The implementation of the TPD by Member States has involved several key actions: information provision, registration procedures, documentation, and access to rights. These measures have varied across countries, reflecting the diverse approaches to managing the influx of displaced persons.⁷

Information provision has been facilitated through dedicated leaflets, websites, email, and phone lines, with some countries using social media platforms like Telegram and Facebook.⁸ Registration procedures have differed, with some Member States using a single authority and others involving multiple authorities.⁹ Documentation has ranged from paper-based documents to biometric cards and digital certificates, with significant variation in issuance times.¹⁰

Access to rights has depended on presenting relevant documents, with several Member States offering counseling services, online tools, and dedicated platforms for job opportunities.¹¹ Member States also retain the right to exclude certain persons from temporary protection based on serious reasons, such as committing crimes against peace or posing a danger to the security or community of the host country.

3. *Pioneering the TPD Exit Strategy*

As the temporary protection period nears its end, the question of a secure legal status for TPD beneficiaries looms large. By March 2025, the maximum extended period for temporary protection,¹² individuals under this status may face significant uncertainty unless a durable solution emerges.

⁷ Fundamental Rights Agency, “National legislation implementing the EU Temporary Protection Directive: selected EU MS,” 2022, available at: <https://fra.europa.eu/en/publication/2022/national-legislation-implementing-eu-temporary-protection-directive-selected-eu>.

⁸ European Union Agency for Asylum, “Providing Temporary Protection to Displaced Persons from Ukraine: A Year in Review,” 2023, p. 17, available at: https://euaa.europa.eu/sites/default/files/publications/2023-03/2023_temporary_protection_year_in_review_EN.pdf#page=17.

⁹ Ibid, p. 19.

¹⁰ Ibid, p. 15.

¹¹ Ibid, p. 22.

¹² Council of the European Union, Press Release: Ukrainian refugees: EU member states agree to extend temporary protection, 28 September 2023, available at: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/09/28/ukrainian-refugees-eu-member-states-agree-to-extend-temporary-protection/>.

The TPD outlines transitional arrangements for TP beneficiaries, including voluntary return, enforced return, or transfer into the asylum determination procedure. However, these options are hardly achievable. Streaming all TP beneficiaries into the asylum system would overburden national systems, while enforced return might be politically controversial or legally hindered if the situation in Ukraine remains unstable. Voluntary return depends on the post-conflict scenario in Ukraine, with many displaced persons likely wishing to remain in the EU for personal or safety reasons.

Given these complexities, there is a pressing need for a novel, durable solution for the legal status of TP beneficiaries. There is a possibility to establish a nationally rooted approach.¹³ However, a more desired approach is the EU based one. The options include extending temporary protection, transitioning persons into other legal statuses based on the current normative framework, or introducing new normative solutions.

Extending Temporary Protection

One option is extending temporary protection, as mentioned in a report by EU's Special Adviser on Ukraine, Lodewijk Asscher.¹⁴ While this extension would preserve the same rights and benefits for TP beneficiaries, it is highly unlikely to happen in practice. In order to extend temporary protection, the EU would need to change the TPD in the prescribed (complex) legislative procedure. What is even more important is that such a legislative change would actually abandon the logic of TPD: the main characteristic of temporary protection is its temporary nature and further extension of temporary protection would make it – not temporary. *Travaux préparatoires* testify to that, as certain MS advocated for even shorter temporary protection duration.¹⁵

Using the Current Normative Framework

Another approach involves using the current normative framework, particularly the Common European Asylum System (CEAS). TP beneficiaries

¹³ European Parliament, Briefing “When EU temporary protection for displaced people from Ukraine ends - Possible scenarios” 2024, available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2024/762309/EPRS_BRI\(2024\)762309_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2024/762309/EPRS_BRI(2024)762309_EN.pdf).

¹⁴ A. LODEWIJK, “Integration of People Fleeing Ukraine in the EU,” European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, 2023, available at: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d0c830d2-1fbb-11ee-ab23-01aa75ed71a1/language-en>.

¹⁵ K. KERBER, *The Temporary Protection Directive* in *European Journal of Migration and Law*, Vol. 4, No.2, 2002, pp. 193-214.

could be streamed into the asylum procedure, which could be a logical move given that TP beneficiaries were considered to be *prima facie* refugees. Nevertheless, this would not be easy today for several reasons. Firstly, if a person who is a TP beneficiary decides to lodge an asylum application, that would require a decision which MS is responsible for the examination of the asylum application (art. 18 TPD) with the accompanying Dublin criteria. There are still uncertainties in practice about the determination of the responsible MS, which can possibly deter a TP beneficiary from entering the asylum system.

Secondly, if a TP beneficiary lodges the asylum application, they might lose the TP status and be encompassed under the asylum applicant regime (art. 19(1) TPD). This would be unappealing since TP beneficiaries have a higher level of rights than asylum seekers. At the date of writing this blog, that would happen in Slovakia, Romania and Spain.

Finally, in certain MS it is not even possible for TP beneficiaries to apply for asylum while the current TP scheme is in force. Sweden, Finland, Italy and Belgium have suspended asylum determination for TP beneficiaries until the end of their TP.

Third Country Nationals' Status in the Immigration Normative Framework

Even though the TPD was adopted outside the immigration framework, TP beneficiaries come close to or even surpass the treatment afforded to third country nationals (TCN). For instance, unlike asylum seekers, TP beneficiaries are granted immediate access to the labor market (art. 12 TPD). Additionally, unlike asylum seekers and other third-country nationals, they have the right to free movement since the MS decided not to apply art. 11 TPD. Therefore, due to the fact that art. 11 TPD is not being applied and the visa waiver for Ukrainians, TP beneficiaries are the only third-country nationals who enjoy secondary movement rights within the EU. Nevertheless, aligning the TP with TCN status would require significant legislative amendments.

Introducing New Normative Solutions

A novel solution, such as a Reconstruction Permit valid for up to ten years, has been proposed.¹⁶ This solution is presented very briefly, making it difficult to evaluate. It appears to be somewhat connected with the proposal

¹⁶ European Commission, "EU Commissioners discuss the progress of the integration of people fleeing Russia's invasion of Ukraine", 5 June 2023, available at: https://employment-social-affairs.ec.europa.eu/news/eu-commissioners-discuss-progress-integration-people-fleeing-russias-invasion-ukraine-2023-06-05_en.

for the TPD extension. It would also require substantial political consensus and adjustments to the normative framework, but it could provide a sustainable and durable status for TP beneficiaries. Other options include a specifically designed permit for subgroups meeting certain criteria, special transitional permits, or even a modified status of free movement akin to that enjoyed by EU citizens.

4. *Here to Stay?*

It seems easy to forget that the European Commission wanted to ‘cancel’ the TPD not too long ago. The EC presented its Proposal for a Regulation addressing situations of crisis and *force majeure* in the field of migration and asylum in September 2020.¹⁷ It was supposed to be a part of the new European Pact on Asylum and Migration repealing the TPD by introducing the immediate protection.¹⁸

In the September 2020 Proposal the EC highlighted that it is «hardly possible to attain Member State agreement on the possible activation of the TPD» and that the TPD «no longer responds to Member States’ current reality and needs». The TP was to be replaced with the immediate protection, which was narrower in scope and entailed simpler activation.¹⁹ However, the immediate protection was more clearly linked to the asylum procedure—it should have involved suspending the examination of applications for international protection to provide immediate protection with access to the rights available to beneficiaries of subsidiary protection (see Article 10 of the 2020 EC Proposal). Conversely, while temporary protection (TP) is part of the Common European Asylum System (CEAS), it adheres to the logic of migration management slightly more than the logic of international protection.

¹⁷ European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council addressing situations of crisis and force majeure in the field of migration and asylum, COM/2020/613 final.

¹⁸ European Commission, “The Pact on Migration and Asylum,” available at: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/migration-and-asylum/pact-migration-and-asylum_en.

¹⁹ M. INELI-CIGER, *What a difference two decades make? The shift from temporary to immediate protection in the new European Pact on Asylum and Migration* in *EU Migration Law Blog*, November 2020, available at: <https://eumigrationlawblog.eu/what-a-difference-two-decades-make-the-shift-from-temporary-to-immediate-protection-in-the-new-european-pact-on-asylum-and-migration/>.

After the successful activation of TPD in 2022 the Commission abandoned the idea of TPD repeal and the immediate protection never materialized. Currently, the TPD and new Crisis and Force Majeure Regulation are both complementary parts of the CEAS. It is important to note that both instruments are to be applied in the situations of crisis understood in terms of mass influx of third countries nationals that renders the national asylum system of a MS dysfunctional.

5. *Conclusion*

The activation of the Temporary Protection Directive for Ukrainian refugees has highlighted both the strengths and limitations of this mechanism. While it has provided immediate and necessary protection for displaced persons, it has also exposed the challenges of transitioning from temporary protection to a more permanent legal status. As the end of the temporary protection period approaches, it is crucial for the EU to find a sustainable solution that ensures legal stability and predictability for TP beneficiaries. This decision must be made promptly, given the time-consuming nature of achieving political consensus and adjusting the normative framework.

The future of temporary protection in the EU may well depend on the lessons learned from this unprecedented activation. Whether through extending temporary protection, utilizing the current normative framework, or introducing new solutions, the EU must navigate these challenges with a focus on both humanitarian protection and migration management. For now, it seems that the TPD will remain part of the toolbox for the EU and its Member States for handling such similar crises if they are to happen in the future. It is here to stay.

LA REVISIONE DELLA DIRETTIVA UE ANTI-TRATTA: UN TESTO ANCORA DA MIGLIORARE

Elena Ardito*

SOMMARIO: 1. Introduzione: le ragioni ed il contenuto della proposta della Commissione – 2. Gli emendamenti proposti dalle commissioni parlamentari competenti per materia – 3. Il testo finale adottato – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione: le ragioni ed il contenuto della proposta della Commissione*

La tratta di esseri umani è un crimine particolarmente odioso, finalizzato allo sfruttamento dei soggetti che ne sono vittime e causa di gravi violazioni dei loro diritti fondamentali. Tale fenomeno, ancora largamente diffuso nell'Unione europea¹, è stato espressamente annoverato tra quei reati a dimensione transnazionale rispetto ai quali il Parlamento europeo e il Consiglio possono elaborare norme comuni di armonizzazione penale (art. 83, par. 1, TFUE). Adottata su tale base giuridica, la direttiva 2011/36/UE² rappresenta infatti l'ultimo e il più importante *step* di una serie di strumenti legislativi introdotti a livello europeo al fine di realizzare una più rigorosa prevenzione e repressione della tratta di persone ed assicurare al contempo una più efficace tutela delle vittime.

Il 19 dicembre 2022³ la commissaria europea per gli affari interni Ylva Johansson e la coordinatrice UE anti-tratta Diane Schmitt hanno presentato una proposta di revisione della Direttiva poc'anzi menziona-

* Assegnista di ricerca in Diritto internazionale, Università di Macerata.

¹ EUROSTAT, *Statistics explained. Trafficking in Human Beings*, January 2024, disponibile al link: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Trafficking_in_human_beings_statistics.

² DIRETTIVA 2011/36/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI.

³ COMMISSIONE EUROPEA, Comunicato stampa, *Tratta di esseri umani: la Commissione propone norme più severe per fronteggiare l'evoluzione di questo reato*, 19 dicembre 2022, disponibile al link: https://italy.representation.ec.europa.eu/notizie-ed-eventi/notizie/tratta-di-esseri-umani-la-commissione-propone-norme-piu-severe-fronteggiare-levoluzione-di-questo-2022-12-19_it.

ta⁴, come preannunciato nel testo della Strategia UE anti-tratta 2021-2025⁵.

Le motivazioni sottese a tale intervento sono state individuate in una serie di circostanze, allora già emerse o in via di sviluppo⁶.

Si è fatto riferimento, anzitutto, all'esponenziale avanzamento dei progressi tecnologici e al sempre crescente utilizzo dei *social media*, i quali hanno giocato un ruolo fondamentale anche in materia di tratta, moltiplicando le opportunità per i trafficanti di reclutare e sfruttare le vittime *online*, anche al fine di esercitare su di esse un controllo a distanza e raggiungere un vasto bacino di utenti.

In secondo luogo, è stato evidenziato come la pandemia da Covid-19 abbia avuto un impatto significativo non solo sulle persone già vittime di tratta, la cui condizione di vulnerabilità è stata certamente esacerbata, ma anche rispetto al reclutamento di nuove *potenziali* vittime di tratta⁷.

Da un lato, infatti, le restrizioni governative imposte nella fase pandemica hanno modificato i luoghi e le modalità dello sfruttamento sessuale, che si è progressivamente spostato in spazi meno visibili (al chiuso/*indoor* e *online*,) i quali rendono le condizioni di violenza e le pratiche abusive più difficilmente intercettabili.

Dall'altro lato, la recessione economica determinata dall'emergenza sanitaria ha notevolmente aumentato la richiesta di manodopera a basso costo e, di conseguenza, ha alimentato la domanda di tratta ai fini di sfruttamento lavorativo.

Infine, è stato messo in luce come la guerra in Ucraina e la crisi umanitaria che ne è scaturita abbiano creato nuove occasioni di sfruttamento per i trafficanti, i quali hanno avuto la possibilità di approfittare delle condizioni

⁴ COM(2022) 732 final 2022/0426(COD), Proposta di DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO che modifica la direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime.

⁵ COM(2021) 171 final, COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSIGLIO, AL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO E AL COMITATO DELLE REGIONI, Strategia dell'UE per la lotta alla tratta degli esseri umani 2021- 2025.

⁶ SWD(2022) 427 final, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT EVALUATION of the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2011/36/EU on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims.

⁷ UNODC, *The effects of the COVID-19 pandemic on trafficking in persons and responses to the challenges. A global study of emerging evidence*, 2021.

di fragilità estrema dei soggetti in fuga, con particolare riferimento a donne e bambini.

A fronte di tali nuovi scenari, la Commissione europea ha ritenuto opportuno proporre una modifica del testo della Direttiva anti-tratta, attraverso l'introduzione di nuove disposizioni, finalizzate al conseguimento di una serie di obiettivi.

Nello specifico, la proposta della Commissione prevedeva di aggiungere esplicitamente il matrimonio forzato e l'adozione illegale tra le tipologie di sfruttamento previste nella definizione di tratta, modificando quindi l'art. 2 della direttiva. Tale norma, nella sua versione originaria, include espressamente la tratta finalizzata allo sfruttamento sessuale, al lavoro o ai servizi forzati, compreso l'accattonaggio, alla schiavitù o a pratiche simili, alla servitù, allo sfruttamento di attività illecite e al prelievo di organi.

La Commissione ha inoltre avanzato l'idea di inserire l'articolo 2 *bis*, volto ad estendere il reato di tratta alle condotte materiali realizzate *online*, i cui numeri sono notevolmente cresciuti a partire dalla fase pandemica⁸, soprattutto nei confronti di vittime minori⁹.

Sono state altresì proposte, per le imprese ritenute penalmente responsabili del reato di tratta, ulteriori sanzioni obbligatorie, con una intensità che varia a seconda della gravità della condotta. Tali sanzioni vanno, in scala progressiva, dall'esclusione da bonus o incentivi statali fino alla totale chiusura degli esercizi, qualora si dimostri che questi siano stati utilizzati direttamente per la realizzazione del crimine (artt. 6 e 7).

Ed ancora, ispirandosi alla c.d. "criminalizzazione dei clienti" propria del modello nordico, è stato proposto l'obbligo di perseguire penalmente chiunque fruisca di attività (lavorative, sessuali o di altro genere) essendo consapevole che queste siano rese da vittime di tratta (vecchio art. 18 IV comma da trasporre nel nuovo art. 18 bis).

Da ultimo, si è proposto di aggiungere una disposizione (art. 19 *bis*) per migliorare l'aspetto relativo alla raccolta di dati e statistiche in materia di tratta, con l'obiettivo di monitorare l'efficacia delle politiche nazionali in materia di repressione penale, prevenzione del crimine e protezione delle vittime, e dunque prevedere, se necessario, degli eventuali strumenti correttivi.

Le organizzazioni della società civile specializzate in materia di tratta

⁸ UN WOMEN, OSCE, GUIDANCE. *Addressing Emerging Human Trafficking Trends and Consequences of the COVID-19 Pandemic*, 2020.

⁹ EUROPOL, *EXPLOITING ISOLATION: Offenders and victims of online child sexual abuse during the COVID-19 pandemic*, 19 June 2020.

hanno fin da subito sollevato una serie di perplessità rispetto alla proposta di riforma¹⁰. In particolare, queste ultime hanno aspramente contestato la disposizione volta a rendere obbligatoria la c.d. “criminalizzazione dei clienti”, per i motivi di cui si dirà poi. In linea generale, è stato stigmatizzato come la proposta di revisione della Direttiva in commento non si sia focalizzata sul potenziamento delle disposizioni già esistenti relative a diversi aspetti di protezione delle vittime, con particolare riferimento al principio di non punibilità (art.8), alle misure di assistenza e sostegno (artt. 11, 13 e 14), e al risarcimento del danno (art.17).

Va infatti evidenziato che la quarta e penultima relazione della Commissione relativa all’attuazione della Direttiva da parte degli Stati membri (la più recente al tempo di elaborazione della proposta di revisione), aveva già rilevato preoccupanti lacune proprio in relazione a tali ambiti¹¹. La quinta ed ultima relazione invece, nella parte relativa all’identificazione, assistenza e protezione delle vittime, si concentra sulle disposizioni modificate o introdotte *ex novo* sul punto dalla revisione della direttiva ed evidenzia una serie di programmi e misure intraprese dagli Stati membri e dalle organizzazioni della società civile per darvi attuazione, senza però specificare la concreta efficacia delle une o delle altre¹².

¹⁰ LA STRADA INTERNATIONAL, *Statement by La Strada International on revision EU Anti-Trafficking Directive*, 18/10/2023, disponibile al link: <https://documentation.lastradainternational.org/Isidocs/3508-Statement%20on%20EU%20Anti%20Trafficking%20Day%20%20-%202018%20October%202023%20revision%20Directive.pdf>; KOK NEWS, *EU Commission Proposals to Reform the Anti-Trafficking Directive and Fourth EU Progress Report*, 12/20/2022, disponibile al link: <https://www.kok-gegen-menschenhandel.de/en/news/news/kok-news/eu-commission-proposals-to-reform-the-anti-trafficking-directive-and-fourth-eu-progress-report>.

¹¹ COM(2022) 736 final, RELAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSIGLIO, AL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO E AL COMITATO DELLE REGIONI, Relazione sui progressi compiuti nella lotta alla tratta di esseri umani (quarta relazione), 19 dicembre 2022, pp. 19-20; sulle carenze della direttiva anti-tratta in termini di protezione delle vittime si veda anche: G. GIAMMARINARO, *Revising EU Directive on human trafficking? For bad or good reasons?*, 7 ottobre 2021; A. Bosma, C. Rijken, *Key Challenges in the Combat of Human Trafficking: Evaluating the EU Trafficking Strategy and EU Trafficking Directive*, in *New Journal of European Criminal Law*, vol. 7, n. 3, 2016.

¹² COM(2025) 8 final, RELAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSIGLIO, AL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO E AL COMITATO DELLE REGIONI sui progressi compiuti nell’Unione europea nella lotta alla tratta di esseri umani (quinta relazione), 20 gennaio 2025, pp. 18-20.

Va segnalata in ogni caso la circostanza che l'originario testo di riforma della direttiva ha subito un'evoluzione nell'ambito dell'iter legislativo al quale è stato sottoposto (procedura legislativa ordinaria), anche rispetto ad alcuni (seppur non tutti) dei punti critici poc'anzi individuati.

2. *Gli emendamenti proposti dalle commissioni parlamentari competenti per materia*

Il 10 ottobre 2023 le commissioni parlamentari dell'UE competenti per materia, quali la Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE) e la Commissione per i diritti delle donne e l'uguaglianza di genere (FEMM), hanno adottato una relazione contenente una serie di raccomandazioni rivolte al Parlamento rispetto alla posizione da tenere in prima lettura¹³. Le Commissioni hanno avanzato una nutrita serie di emendamenti rispetto alla proposta iniziale fin qui esaminata, la maggior parte dei quali sembravano volti a garantire una maggiore protezione alle vittime di tratta.

Tra le proposte più significative rientrava, ad esempio, l'emendamento volto a rendere più effettivo il principio di non punibilità previsto all'art. 8 della direttiva. Tale principio mira a garantire che le vittime non siano penalmente perseguite, detenute o in altro modo sanzionate per le attività criminali realizzate come conseguenza dello sfruttamento subito. Tuttavia, ad oggi esso non risulta adeguatamente applicato da parte delle autorità nazionali, anche in relazione a condotte realizzate interamente nell'ambito territoriale dei paesi membri dell'UE¹⁴. Complice di tale assetto è sicuramente la circostanza che il testo della direttiva (ante revisione) rimette la non punibilità delle vittime di tratta alla discrezionalità degli Stati membri.

L'emendamento proposto dal Parlamento sul punto era dunque teso, in primo luogo, a rendere obbligatoria l'introduzione di tale principio. In secondo luogo, esso suggeriva di svincolare la non punibilità delle vittime dalla loro volontà di collaborare con le autorità competenti nel perseguimento penale del crimine. In terzo luogo, l'emendamento evidenziava la necessità di svolgere un esame individuale della posizione della vittima, da parte di per-

¹³ European Parliament, REPORT on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2011/36/EU on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, 10.10.2023.

¹⁴ IBA (INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION), *Human trafficking and the rights of trafficked persons. An exploratory analysis on the application of the non-punishment principle*, 2023.

sonale adeguatamente formato, ai fini della valutazione della non punibilità. Infine, veniva altresì proposto di rafforzare la formazione specifica rispetto all'esistenza e alla corretta attuazione di tale principio nei confronti di tutte le autorità nazionali potenzialmente capaci di entrare in contatto con vittime di tratta, tra cui le forze dell'ordine, la magistratura, le autorità di frontiera e gli ispettori del lavoro.

Altri emendamenti da segnalare, tra quelli avanzati dalle commissioni parlamentari, riguardano, ad esempio, la necessità di un maggiore e più virtuoso coordinamento tra il sistema anti-tratta e il sistema asilo nell'identificazione delle vittime (art. 11), e il potenziamento del diritto al risarcimento del danno per le vittime di tratta (art. 17). È stato correttamente specificato nella relazione, infatti, che tale diritto andrebbe garantito in modo effettivo e tempestivo, prevedendo, per i casi in cui risulti impossibile rivalersi sul responsabile del crimine, l'utilizzo di fondi statali istituiti *ad hoc*.

Tra gli emendamenti *definitivi* va invece menzionato quello relativo all'introduzione espressa di nuove tipologie di tratta, o meglio, di nuove forme di sfruttamento ovvero «...surrogacy for reproductive exploitation, exploitation od children in residential and closed-type institutions, or the recruitment of children to commit or participate in criminal activities».

Un simile ampliamento della definizione potrebbe considerarsi, in realtà, non necessario, in quanto l'elenco delle forme di sfruttamento previsto nell'art. 2 della direttiva (ante revisione) costituiva un elenco aperto e non tassativo e dunque potenzialmente inclusivo anche di tali fattispecie.

3. *Il testo finale adottato*

Il 23 gennaio 2024 è stato raggiunto un accordo politico provvisorio tra Parlamento e Consiglio sulla modifica della direttiva anti-tratta¹⁵ mentre il 23 aprile 2024, durante l'ultima riunione plenaria del Parlamento della precedente legislatura, l'atto è stato formalmente adottato quale risultato definitivo del processo di revisione¹⁶.

¹⁵ Consiglio dell'Unione europea, Comunicato stampa, *Lotta contro la tratta di esseri umani: accordo del Consiglio e del Parlamento europeo per rafforzare le norme*, 23 gennaio 2024, disponibile al link: <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2024/01/23/fight-against-human-trafficking-council-and-european-parliament-strike-deal-to-strengthen-rules/>.

¹⁶ P9 TA(2024)0310, Modifica della direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime. Risoluzione legislativa

Il successivo 13 giugno è stata approvata la direttiva UE 2024/1712 che modifica (ma non sostituisce) la direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime.

La direttiva è entrata in vigore il 14 luglio 2024, con scadenza al 15 luglio 2026 per la trasposizione interna da parte degli Stati membri. Si osserva che, ad oggi, l'Italia non vi ha ancora provveduto.

Il testo finale, quale soluzione di compromesso, sembra aver accolto soltanto alcuni degli emendamenti proposti dal Parlamento e poc'anzi discussi.

In primo luogo, la definizione del crimine (art. 2) è stata effettivamente modificata con l'aggiunta della tratta finalizzata alle *adozioni illegali* e al *matrimonio forzato* (come proposto dalla Commissione) nonché allo *sfruttamento della maternità surrogata* (e non alla maternità surrogata in sé stessa, come invece proposto dal Parlamento).

In secondo luogo, si è deciso di non inserire una specifica disposizione concernente la tratta *online* (nuovo art. 2 *bis* proposto dalla Commissione) ma tale particolare declinazione del crimine è stata invece considerata a titolo di circostanza aggravante e solo rispetto alla tratta ai fini di sfruttamento sessuale (modifica all'art. 4 par. 3(b)). La prima delle due opzioni sarebbe stata certamente da preferire per dare maggior importanza e risalto a tale modalità di commissione del reato, sia alla luce della significativa diffusione del fenomeno sia alla luce della nuova (e virtuosa) tendenza dell'Unione di considerare sempre più la dimensione virtuale dei reati di sfruttamento della persona, da includere nella c.d. "criminalità informatica" ai sensi dell'art. 83 TFUE¹⁷.

Le nuove disposizioni proposte dalla Commissione e relative, rispettivamente, ad un inasprimento delle sanzioni nei confronti delle imprese responsabili di tratta (modifiche all'art. 6) e al potenziamento della raccolta dati e statistiche in materia di tratta (nuovo art 19 bis) sono state invece tutte con-

del Parlamento europeo del 23 aprile 2024 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime (COM(2022)0732 – C9-0431/2022 – 2022/0426(COD)).

¹⁷ Nello stesso senso si veda la recente proposta di direttiva UE in materia di violenza di genere e violenza domestica (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0105>), nella quale sono previste una serie di disposizioni (artt. 7-10) relative alla criminalizzazione di varie forme di violenza di genere perpetrata online (condivisione non consensuale di materiale intimo o manipolato; stalking online; molestie online; istigazione alla violenza o all'odio online).

fermate. Allo stesso modo è stato accolto l'emendamento del Parlamento in merito alla necessità di una protezione globale, integrata e coordinata delle vittime di tratta per le quali potrebbe essere riconosciuta una forma di protezione internazionale (nuovo art. 11 bis). In tutti questi casi si tratta sicuramente di modifiche che non possono che essere considerate positivamente, nel segno di una prospettiva europea sempre più *human rights-based* e vittimocentrica in materia di tratta di persone.

Un discorso diverso va fatto per la disposizione relativa al *non punishment principle* (art. 8).

In tal caso l'unico suggerimento recepito, tra quelli proposti dal Parlamento, è stato quello relativo alla modifica della natura, da discrezionale a vincolante, dell'obbligo di non incriminazione delle vittime di tratta per reati che siano state costrette a commettere come conseguenza della loro condizione di sfruttamento.

Non sono stati invece considerati ed inclusi nel nuovo art. 8 altri essenziali aspetti evidenziati dal Parlamento. Ci si riferisce alla necessità di sganciare la non punibilità della vittima dalla sua intenzione di collaborare o meno con le autorità statali nel perseguimento penale dei presunti responsabili del crimine, all'opportunità di svolgere un esame individuale globale ed integrato della vittima nonché al dovuto potenziamento della formazione specifica di tutti quegli attori potenzialmente coinvolti nella protezione delle vittime in relazione al principio di non punibilità.

Da ultimo, ma non certamente per ordine di importanza, va considerata la nuova disposizione relativa all'obbligo (e non più alla possibilità) per gli Stati membri di criminalizzare l'uso *consapevole* dei servizi (sessuali, lavorativi o di altro tipo) resi dalle vittime di tratta (nuovo art. 18 bis). In altre parole, i c.d. *users* saranno perseguibili penalmente soltanto qualora si dimostri che essi sapevano o avrebbero dovuto sapere che le prestazioni che hanno ricevuto siano state realizzate da una vittima di tratta.

Come anticipato in premessa, tale questione, certamente controversa, è stata oggetto di critiche da parte delle organizzazioni della società civile specializzate in materia di tratta¹⁸ per una serie di motivi.

¹⁸ LA STRADA INTERNATIONAL, *The Impact of Criminalising the 'Knowing Use' on Human Trafficking*, dicembre 2022, disponibile al link <https://documentation.lastradainternational.org/lisidocs/3476-LSI%20-%20Policy%20Paper%20-%20Knowing%20Use%20on%20Human%20Trafficking%20-%202022.pdf>; EUROPEAN SEX WORKERS RIGHTS ALLIANCE, GLOBAL ALLIANCE AGAINST TRAFFICKING IN WOMEN, PICUM, LA STRADA INTERNATIONAL, *Joint NGO call to EU leaders: Measures to improve victim's rights are needed for the revision of the EU anti-trafficking di-*

In primo luogo, sebbene tale norma sia stata pensata con l'obiettivo di scoraggiare la domanda di tratta, e dunque a fini preventivi, è stato rilevato che, negli ordinamenti nazionali che l'avevano introdotta, questo effetto non sia stato prodotto a causa della diffusa disapplicazione della disposizione¹⁹. Ciò si deve due fattori. Innanzitutto, va evidenziata la necessità di una formazione mirata delle autorità statali preposte al perseguimento penale del crimine rispetto a questo specifico aspetto. Inoltre, vanno segnalati i numerosi ostacoli applicativi relativi al raggiungimento della prova rispetto all'elemento soggettivo del reato: riuscire a dimostrare che il soggetto agente sapeva o avrebbe dovuto sapere che la persona che offriva la prestazione era una vittima di tratta sembra tendenzialmente piuttosto complicato.

D'altra parte, è stato evidenziato come tale disposizione, oltre che inefficace, possa spiegare una serie di effetti collaterali negativi per le vittime di tratta e dunque, anziché tutelarle, finisca per metterle in pericolo²⁰. Queste ultime sarebbero infatti naturalmente spinte a nascondersi sempre più, esponendosi dunque a pratiche più brutali, meno visibili e meno accessibili ai servizi, mentre, d'altra parte, gli utenti verrebbero scoraggiati a denunciare potenziali situazioni di tratta per paura di essere essi stessi penalmente perseguiti, con ciò erodendo una delle (già scarse) possibilità di emersione del fenomeno.

rective to be meaningful, and not actually harmful for victims and those at risk, 11 dicembre 2023, disponibile al link: <https://documentation.lastradainternational.org/Isidocs/3514-Joint%20CSO%20statement%20for%20negotiations%20EU%20THB%20Directive%20-%202011%20December%202023.pdf>.

¹⁹ Al dicembre 2022, [17 Stati membri risultavano aver introdotto tale disposizione nel loro ordinamento interno](#). In particolare, Bulgaria, Croazia, Cipro, Grecia, Lituania, Malta, Portogallo, Romania e Slovenia lo hanno fatto in relazione a tutte le tipologie di sfruttamento previste dalla definizione di tratta (*the knowing use of services provided by a trafficking victim*); mentre Austria, Estonia, Finlandia, Germania, Irlanda, Lettonia, Lussemburgo, Paesi Bassi hanno previsto tale fattispecie di reato solo in relazione alla tratta ai fini di sfruttamento sessuale (*the knowing use of sexual services provided by a trafficking victim*). Il [rapporto del 2016 dalla Commissione europea sull'impatto della legislazione nazionale che criminalizza l'uso dei servizi delle vittime di tratta](#) ha tuttavia rilevato che, negli Stati membri che hanno introdotto la disposizione, è stato registrato un limitatissimo numero di procedimenti giudiziari e condanne in materia. In particolare, questa relazione evidenzia che nel biennio 2015-2016 ci sono state solo 18 condanne per tale reato, di cui 15 nella sola Romania, e tutte riguardavano l'uso di servizi sessuali.

²⁰ EUROPEAN SEX WORKERS RIGHTS ALLIANCE, *Myth-busting the Swedish model. The evidence debunking 10 key claims on client criminalisation*, Marzo 2022, disponibile al link: <https://assets.nationbuilder.com/eswa/pages/221/attachments/original/1646300871/Factsheet.pdf?1646300871>.

4. Conclusioni

Il testo finale della direttiva 2024/1712, di revisione della precedente direttiva anti-tratta 2011/36/UE, affronta una serie di questioni rilevanti in tema di protezione delle vittime, le quali, se concretamente attuate, potrebbero portare ad un innalzamento dei loro standard di tutela.

Si pensi, ad esempio, alla valorizzazione (seppur soltanto come circostanza aggravante) della dimensione *online* del fenomeno, al potenziamento della raccolta dati e statistiche in materia di tratta, alla previsione di una particolare attenzione nei confronti di quelle vittime a cui possa essere riconosciuta una forma di protezione internazionale.

Tuttavia, devono formularsi due riserve.

In primo luogo, restano irrisolte le diverse problematiche insite nella criminalizzazione obbligatoria degli utenti *consapevoli*, denunciate dalle organizzazioni della società civile esperte in materia e di cui si è discusso nel paragrafo precedente.

In secondo luogo, alcune delle carenze, sia sostanziali che di attuazione, della direttiva oggi “rivista” non sono state prese in considerazione dall’iniziativa legislativa di modifica.

Si pensi, per citarne alcune, al rapporto di condizionalità, che si registra nella prassi, tra la volontà delle vittime di collaborare con le autorità competenti e il loro accesso al sistema di protezione, all’aspetto relativo all’individuazione della durata e del contenuto dei servizi minimi di tutela loro garantiti, alla scarsa applicazione del principio di non punibilità e alle quasi inesistenti possibilità per le vittime di ottenere un congruo risarcimento del danno.

LE NORME NAZIONALI

LE NOVITÀ IN MATERIA DI LAVORO NELL'ULTIMO DECRETO FLUSSI: QUALCHE BUON PROPOSITO, SEMPLIFICAZIONI (APPARENTI) E RISCHI DI INEFFETTIVITÀ

Madia D'Onghia* & Claudio de Martino**

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Le novità contro gli abusi nella gestione dei flussi: semplificazioni digitali... – 3. ... oneri e sanzioni – 4. Gli ingressi “fuori quota” per il lavoro di cura – 5. Il nuovo permesso a tutela delle vittime di sfruttamento del lavoro.

1. *Introduzione*

I decreti flussi approvati nell'ultimo biennio dal Governo in carica si sono caratterizzati per un sensibile incremento, rispetto al passato, del numero dei lavoratori cui è permesso accedere al territorio nazionale per motivi di lavoro, oltre che per la semplificazione delle procedure di rilascio del nulla osta al lavoro, attraverso la stabilizzazione, con il decreto “Cutro”¹, del c.d. sistema delle asseverazioni di cui all'art. 24-*bis* Testo Unico in materia di immigrazione (TU).

Non sono mancate, però, delle criticità. In particolare, dapprima le organizzazioni del Terzo Settore aderenti alla campagna “Ero Straniero”² e, poi, lo stesso Consiglio dei Ministri³ hanno evidenziato una scarsa efficacia delle procedure: con riferimento al 2022, su un totale di 55.013 nulla osta rilasciati, solo 17.951 sono stati i contratti di soggiorno sottoscritti; nel 2023, invece, a fronte di 105.415 nulla osta complessivamente rilasciati, si contano solamente 16.550 contratti stipulati.

Tra le motivazioni di tale sproporzione tra nulla osta e contratti di soggiorno, vi è sicuramente la lungaggine procedurale: l'ingresso in Italia dello

* Professoressa ordinaria di diritto del lavoro all'Università di Foggia.

** Ricercatore di diritto del lavoro all'Università di Foggia.

¹ D.l. 10 marzo 2023, n. 20, conv. in l. 5 maggio 2023, n. 50.

² Rapporto “La lotteria dell'ingresso per lavoro in Italia: i veri numeri del decreto flussi”, consultabile al *link*: <https://erostraniero.it/wp-content/uploads/2023/12/Dossier-decreto-flussi-dicembre-2023.pdf>.

³ Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 84, consultabile al *link*: <https://www.governo.it/it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n-84/25940>.

straniero avviene a distanza di qualche mese dalla presentazione della richiesta di nulla osta, quando i datori di lavoro potrebbero non avere più la necessità di assumere. Tuttavia, sono state denunciate anche delle vere e proprie truffe a danno dei lavoratori migranti, che hanno versato somme consistenti a presunti datori di lavoro o aziende fittizie, in cambio dell'assunzione, salvo arrivare in Italia e non avere più loro notizie. D'altra parte, i dati relativi alla distribuzione territoriale delle richieste di nulla osta sembrano avvalorare l'opinione che gli ultimi decreti flussi siano stati oggetto di attenzioni delle organizzazioni criminali: basti pensare, ad esempio, a quanto emerso nella regione Campania - nella quale, nel 2023, su un totale nazionale di 282.000 domande, ne sono state presentate ben 157.000 - ove solo meno del 3% di chi è entrato con un nulla osta ha poi sottoscritto un contratto di lavoro.

A tali criticità si aggiunge la piaga dello sfruttamento lavorativo dei migranti – assurta, di recente, agli onori della cronaca per episodi eclatanti (come il caso di Satnam Singh, il lavoratore indiano lasciato morire dopo aver perso un braccio mentre stava lavorando nei campi intorno a Latina) – che ha messo in discussione l'effettività delle norme che autorizzano la concessione di permessi di soggiorno per casi speciali proprio in casi di sfruttamento.

Ebbene, anche per fronteggiare questi problemi, il legislatore è intervenuto con il d.l. 11 ottobre 2024, n. 145, tutt'ora in corso di conversione. Con le disposizioni previste nel d.l. al Capo I (“Modifiche alla disciplina dell'ingresso in Italia di lavoratori stranieri”) e al Capo II (“Disposizioni in materia di tutela dei lavoratori stranieri vittime dei reati di cui agli articoli 600, 601, 602, 603-bis del codice penale e altre disposizioni di contrasto al lavoro sommerso”), l'Esecutivo prova a fornire qualche risposta alle criticità prima evidenziate. Ed è proprio sulle principali novità giuslavoristiche, in particolare su quelle dedicate alla regolamentazione dei flussi per motivi di lavoro e alla prevenzione e repressione dello sfruttamento lavorativo, che ci si soffermerà nel presente *post*, evidenziando sin d'ora come la novella, seppur motivata da buoni propositi, perseveri in un approccio puramente securitario, con interventi frammentari che non incidono sulla impostazione complessiva della regolazione delle migrazioni economiche, oltre a rischiare, in più parti, di mancare di effettività.

2. *Le novità contro gli abusi nella gestione dei flussi: semplificazioni digitali...*

Le prime novità che meritano di essere segnalate attengono alle previsioni in tema di accelerazione delle procedure di conclusione dei contratti di soggiorno e di gestione dei flussi.

Il d.l. n. 145/2024 interviene, da un lato, semplificando le procedure di assunzione dei lavoratori extracomunitari di cui al sistema delle c.d. quote, dall'altro, prevedendo ulteriori oneri per i datori di lavoro e specifiche sanzioni per quanti dovessero sottrarsi indebitamente all'assunzione dei lavoratori in possesso di nulla osta.

Comprensibilmente, l'accelerazione delle procedure passa anzitutto dal potenziamento dell'organico, per cui il d.l. autorizza opportunamente, anche in deroga, l'assunzione di nuovo personale negli uffici dei diversi ministeri interessati dalla procedura «al fine di assicurare la costante funzionalità ed efficienza delle strutture territoriali, anche con riferimento alla trattazione delle problematiche connesse alla gestione dei flussi migratori e della protezione internazionale»⁴.

Le semplificazioni normative investono sia la fase della presentazione delle domande di richiesta di manodopera sia quella della stipula del contratto di soggiorno che, prima del nuovo decreto, doveva svolgersi presso lo Sportello Unico per l'Immigrazione (SUI) della Prefettura. L'obiettivo è snellire le procedure anche avvalendosi della digitalizzazione. In particolare, nella fase della presentazione delle domande si impone ai datori di lavoro di dotarsi di un domicilio digitale e si attribuisce loro la possibilità, limitatamente alle domande di ingresso di lavoratori extra-UE per il 2025, di pre-compilare le istanze di nulla osta sul portale informatico messo a disposizione dal Ministero dell'interno, entro finestre temporali predeterminate, e, dunque, anticipatamente rispetto alle modalità del c.d. "*click day*".

Tale novella appare sicuramente apprezzabile in quanto potrà consentire agli organi pubblici deputati al controllo di verificare, in via preventiva, la regolarità delle richieste, ma, al contempo, come già osservato dall'ASGI⁵ nell'ambito dei lavori preparatori alla conversione in legge del decreto, non essendo stata abrogata l'asseverazione da parte dei professionisti privati, comporterà un aggravio per il datore di lavoro che sarà costretto a sobbarcarsi i costi dell'asseverazione, senza alcuna riduzione dei termini procedurali.

Ne esce, invece, rafforzata la posizione dei consulenti del lavoro e delle organizzazioni datoriali che avranno una corsia privilegiata per le domande di nulla osta per lavoro subordinato e stagionale. A differenza, infatti, delle richieste presentate personalmente dai singoli datori di lavoro (che nel 2025

⁴ Art. 4, co. 5, d.l. n. 145/2024.

⁵ Audizione dell'ASGI sulla conversione del D.L. 145/2024. La memoria è consultabile al link: <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2024/10/relazione-su-DL-145-del-2024.docx.pdf>.

non potranno essere più di 3), per essi il d.l. non pone limiti quantitativi in quanto presume che essi garantiscano la presentazione di un numero di richieste di nulla osta al lavoro proporzionale al volume d'affari e ai ricavi dell'impresa, introducendo, così, una sorta di presunzione di "regolarità".

Sempre nell'ambito delle richieste di nulla osta, va poi segnalato l'aver normativizzato il principio, stabilito dalla nota operativa dell'ANPAL n. 17273 del 20 dicembre 2022, del silenzio assenso con riferimento alla preventiva verifica dell'indisponibilità di manodopera presente sul territorio nazionale che, quindi, si intenderà esperita (con esito negativo) qualora il centro per l'impiego non comunichi la disponibilità entro un termine di 8 giorni (nella nota ANPAL era di 15 giorni) dalla richiesta del datore di lavoro.

Passando alle semplificazioni introdotte per la conclusione del contratto di soggiorno, può essere sicuramente salutato con favore l'aver sostituito la sua sottoscrizione analogica (e da effettuare presso la sede prefettizia) con la sottoscrizione anche digitale tra le parti, e la successiva trasmissione, a cura del datore di lavoro, al SUI con modalità telematica (sempre nel termine di 8 giorni dall'ingresso dello straniero nel territorio nazionale). La nuova procedura dovrebbe avere l'effetto di ridurre i tempi per la sottoscrizione del contratto di soggiorno, in passato, particolarmente lunghi anche per le attese nel fissare gli appuntamenti presso i SUI.

Infine, va menzionata, sempre nella prospettiva della semplificazione procedurale, una specifica agevolazione per i lavoratori stagionali: si introduce la possibilità per questi ultimi di stipulare, nel periodo di validità del nulla osta al lavoro, un nuovo contratto entro 60 giorni dalla scadenza del precedente, a condizione che l'intermediazione del rapporto di lavoro avvenga mediante l'utilizzo della piattaforma del sistema informativo per l'inclusione sociale e lavorativa (SIISL), anche convertendo il contratto di lavoro in tempo determinato o indeterminato senza incidere sulle quote.

3. ... oneri e sanzioni

A fare da contraltare a tali semplificazioni di cui si sono messe in evidenza luci e ombre, ci sono alcune disposizioni dirette a evitare comportamenti fraudolenti dei datori di lavoro e a incrementare la percentuale di nulla osta che si trasformano in contratti di soggiorno, le quali, invero, sul piano applicativo rischiano di presentare alcune criticità.

In particolare, il d.l. n. 145/2024 stabilisce che il datore di lavoro è tenuto a confermare la domanda di nulla osta al lavoro al SUI entro 7 giorni dalla

comunicazione di avvenuta conclusione degli accertamenti di rito sulla domanda di visto di ingresso presentata dal lavoratore, con l'ulteriore precisazione che, in assenza di conferma entro il suddetto termine, l'istanza si intende rifiutata e il nulla osta revocato.

Si assiste, poi, a una "stretta" sulle asseverazioni di conformità presentate in sede di precompilazione delle domande di nulla osta e sulle istanze, non soggette ad asseverazione, sottoposte dalle organizzazioni datoriali accreditate. Viene previsto, infatti, che le verifiche sul rispetto del contratto collettivo e sulla congruità del numero delle richieste rispetto alla dimensione aziendale, a cura dell'Ispettorato nazionale del lavoro, siano effettuate in collaborazione con l'Agenzia delle Entrate e, in agricoltura, con l'AGEA (Agenzia per le erogazioni in agricoltura) che, come noto, ha tra le sue funzioni quella di gestire la banca dati delle attività produttive agricole e forestali.

Non solo. Sempre nella logica deflattiva dei comportamenti elusivi, si dispone l'irricevibilità delle domande presentate sia dal datore di lavoro che, nel triennio precedente, abbia presentato istanze di rilascio di nulla osta ma poi si sia sottratto alla conclusione del contratto di soggiorno, a meno che non provi che la mancata stipula sia dovuta a «causa a lui non imputabile» (art. 1, co. 2, d.l. n. 145/2024), sia dai datori di lavoro rinviati a giudizio o condannati (anche in via non definitiva) per sfruttamento del lavoro *ex art. 603-bis c.p.*

Tale meccanismo sanzionatorio, pur presentando profili di sicuro interesse sul piano della deterrenza dei comportamenti datoriali fraudolenti, rimane, in qualche modo, monco, essendo privo di soluzioni in grado di sanare la condizione giuridica di quei migranti che, giunti regolarmente in Italia sulla base delle norme previgenti, siano rimasti impigliati nella trappola dell'irregolarità proprio per la mancata stipula del contratto di soggiorno da parte del datore di lavoro. Molto opportuno, invece, sarebbe stato introdurre la possibilità di concedere un permesso per attesa occupazione.

Vi sono, poi, ulteriori problemi che potrebbero porsi, sempre, sul piano applicativo in termini di concreta effettività. Ad esempio, non è chiaro quali ipotesi possano essere ricondotte alla nozione di "causa non imputabile" e, in particolare, se per il datore di lavoro potrà essere sufficiente dimostrare la necessità sopravvenuta (nelle more della procedura) di fronteggiare le esigenze produttive, con la conseguente assunzione di altro lavoratore rispetto a quello previamente individuato, che finirebbe per essere una sin troppo facile esimente. O, ancora, bisognerà comprendere come evitare che i datori di lavoro possano addurre, quale motivazione della mancata stipula del contratto entro il termine di 8 giorni dall'ingresso in Italia dello straniero, la manca-

ta conoscenza dell'avvenuto ingresso del lavoratore in Italia; occorrerebbe attivare, in proposito, un idoneo e celere sistema di comunicazioni istituzionali.

Infine, sempre nella logica di debellare comportamenti truffaldini, il d.l. n. 145/2024 individua alcuni Paesi di provenienza dei migranti ritenuti a rischio di “contraffazioni” (sino al 31 dicembre 2025 si tratta del Bangladesh, dello Sri Lanka e del Pakistan; dovrà poi intervenire un decreto del Ministero degli Affari esteri), per i quali sono sospese d'ufficio le procedure di ingresso fino a conclusione delle verifiche dell'Ispettorato Territoriale del Lavoro (ITL) circa la sussistenza dei presupposti per il rilascio del nulla osta. Per questi lavoratori non varrà, dunque, il meccanismo di silenzio-assenso previsto dall'art. 22, co. 5.01, TU, secondo cui il nulla osta è rilasciato in ogni caso qualora, nel termine di 60 giorni, il SUI non abbia acquisito informazioni dalla Questura. A ben vedere, una siffatta previsione appare illogica e finanche discriminatoria perché presuppone, senza addurre alcuna motivazione apparente, che dalla mera provenienza territoriale dello straniero (e non da altri elementi oggettivi, attinenti, ad esempio, la condotta del datore di lavoro) possa discendere il rischio di irregolarità nella richiesta di nulla osta.

4. *Gli ingressi “fuori quota” per il lavoro di cura*

Merita, altresì, di essere segnalata una disposizione *ad hoc* diretta a soddisfare le esigenze di uno specifico settore del mercato del lavoro, ove vi è una massiccia richiesta di manodopera, come quello dell'assistenza familiare o sociosanitaria a favore di persone anziane o con disabilità: si prevede, in favore di stranieri extra UE da impiegare proprio in questo settore, il rilascio “in via sperimentale, per l'anno 2025” di un numero massimo di 10.000 nulla osta al lavoro, visti di ingresso e conseguenti permessi di soggiorno per lavoro subordinato.

Una prima particolarità - assolutamente un *quid novi* per il nostro ordinamento - attiene alla procedura: la richiesta di nulla osta di questi lavoratori “fuori quota” potrà essere presentata, solo per il tramite o delle agenzie per il lavoro o delle associazioni datoriali firmatarie del CCNL Lavoro domestico. Restano esclusi, incomprensibilmente, gli Istituti di Patronato delle organizzazioni sindacali, né si opera una qualche selezione – in dissonanza con i principi fondanti il sistema giuslavoristico – delle associazioni datoriali ammesse alla presentazione delle istanze, non essendo richiesto che tali organiz-

zazioni siano (solo) quelle stipulanti il contratto collettivo di lavoro domestico comparativamente più rappresentativo.

Desta però più di una perplessità la limitazione del rilascio dell'autorizzazione al lavoro, nei primi dodici mesi, al solo settore dell'assistenza familiare o sociosanitaria a favore di persone anziane o con disabilità; vi è il rischio, infatti, nel non consentire il passaggio ad altri settori produttivi, di violare il diritto al lavoro, oltre che peggiorare le condizioni di precarietà e ricattabilità che spesso caratterizzano il lavoro domestico. Tanto più che anche l'eventuale modifica del datore di lavoro domestico nel corso dei primi dodici mesi è soggetta a un'autorizzazione preliminare dell'ITL, senza che siano stati individuati i criteri da adottare per la concessione di tale autorizzazione.

Del resto, l'obbligo di garantire la "parità di opportunità e di trattamento" nell'accesso al lavoro degli stranieri regolarmente soggiornanti è previsto a livello sovranazionale dall'art. 12, par. 1, lett. a) della Direttiva 2011/98/UE e dalla Convenzione OIL n. 143 del 24 giugno 1975 (resa esecutiva in Italia con la legge n. 158 del 1981), e riaffermato, nell'ordinamento interno, dal Giudice delle leggi allorquando dichiara il valore costituzionale del divieto di discriminazione nell'accesso al lavoro, già sancito, in via generale, dall'art. 2, TU⁶.

Va precisato, infine, che allo scadere dei primi dodici mesi, qualora al lavoratore sia offerto un contratto di lavoro subordinato in un settore diverso da quello dei servizi di cura, il datore di lavoro dovrà presentare un'autonoma richiesta di nulla osta e il lavoratore potrà permanere in Italia solo a condizione di rientrare nelle c.d. quote.

5. *Il nuovo permesso a tutela delle vittime di sfruttamento del lavoro*

Qualche breve annotazione va da ultimo dedicata al nuovo permesso di soggiorno (art. 18-ter TU), in favore delle vittime di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (di cui all'art. 603-bis c.p.) per le quali siano accertate situazioni di violenza o abuso o comunque di sfruttamento del lavoro sul territorio nazionale, sempre che contribuiscano utilmente all'emersione dei fatti e all'individuazione dei responsabili. Anche questo nuovo strumento, finalizzato ad obiettivi sicuramente condivisibili, presenta alcuni profili critici.

⁶ Corte Cost., sentenza del 30 dicembre 1998, n. 454. Per un commento v. G. Bascherini, *Verso una cittadinanza sociale?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 1999, pp. 381-396.

Il permesso – che reca la dicitura “casi speciali” – viene rilasciato dal Questore, su proposta dell'autorità giudiziaria, con “immediatezza”, precisazione temporale particolarmente importante nella logica di superare le gravi lungaggini procedurali registratesi nell'esperienza concreta.

Ha una durata iniziale di 6 mesi, rinnovabile per un anno o per il maggior periodo occorrente per motivi di giustizia, revocabile in specifici casi e permette l'accesso a servizi assistenziali, allo studio nonché l'iscrizione nell'elenco anagrafico, o lo svolgimento di lavoro subordinato e autonomo. Alla sua scadenza, potrà essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro (subordinato o autonomo), esplicitamente al di fuori delle quote (e questa è una novità senz'altro migliorativa rispetto al passato) o in permesso di soggiorno per motivi di studio, qualora lo straniero sia iscritto a un regolare corso.

Nei confronti degli stranieri cui viene rilasciato questo nuovo permesso, il d.l. n. 145/2024 prevede misure di assistenza finalizzate alla formazione e all'inserimento sociale e lavorativo, per un periodo pari alla durata dello stesso permesso di soggiorno per casi speciali. Si dispone che tali misure siano estese anche nei confronti dei parenti e affini entro il secondo grado del lavoratore, recependo così quanto già accade nella prassi comune.

L'attuazione e l'individuazione delle modalità esecutive di tali misure avverranno tramite programmi individuali di assistenza, elaborati sulla base delle “Linee-Guida nazionali in materia di identificazione, protezione e assistenza alle vittime di sfruttamento lavorativo in agricoltura”⁷. Il programma conterrà un progetto personalizzato di formazione e avviamento al lavoro, anche mediante l'iscrizione dei soggetti aderenti alla piattaforma del SIISL.

È altresì prevista la possibilità di beneficiare dell'assegno di inclusione (istituito dall'art. 1 d.l. 4 maggio 2023, n. 48, convertito con modificazioni dalla l. 3 luglio 2023, n. 85), in deroga ai criteri di residenza ordinariamente previsti per l'attribuzione di tale beneficio e, dunque, con alcune esenzioni dalle restrizioni previste dalla normativa vigente. Qualora, poi, ne ricorrano i presupposti, ai titolari del permesso *ex art. 18-ter* potranno essere applicate anche le misure di protezione e vigilanza, di cui al d.l. 6 maggio 2002, n. 83, nonché, in alternativa alle misure di assistenza, le speciali misure in materia di protezione dei testimoni di giustizia. Non possono beneficiare di tali misure di assistenza coloro che siano stati condannati per delitti non colposi legati

⁷ Le Linee Guida sono consultabili al *link*: <https://www.integrazionemigranti.gov.it/it-it/Ricerca-news/Dettaglio-news/id/2030/Identificazione-protezione-assistenza-delle-vittime-di-sfruttamento-lavorativo-in-agricoltura>.

al reato su cui si procede (escluso il reato di immigrazione clandestina) o abbiano ottenuto profitti illeciti dalle condotte relative ai reati denunciati o, ancora, siano soggetti a misure di prevenzione antimafia.

L'introduzione del nuovo permesso comporta l'abrogazione del precedente permesso di soggiorno per particolare sfruttamento previsto dall'art. 22, co. 12-*quater* e seguenti, TU, e contestualmente la nozione di particolare sfruttamento che, in sede applicativa, non aveva dato buona prova di sé.

Invero, per alcuni versi, la novella si presenta più restrittiva rispetto alla protezione prevista dalle norme abrogate. Si pensi, ad esempio, al fatto che il nuovo permesso sembrerebbe poter essere rilasciato solamente nel corso di operazioni di polizia giudiziaria o indagini per il reato di caporalato, quando, invece, la disposizione precedente evidenziava esplicitamente la possibilità di accesso attraverso la denuncia del lavoratore. O, ancora, alla necessità che il lavoratore straniero debba «contribui[re] utilmente all'emersione dei fatti e all'individuazione dei responsabili»⁸ e, dunque, serve un apporto collaborativo concreto alle indagini, quando, invece, la normativa previgente prevedeva per il riconoscimento del titolo solo una condotta non oppositiva del lavoratore alle attività dell'autorità giudiziaria.

Apprezzabile, invece, è la possibilità per i soggetti stranieri vittime dei delitti previsti dall'art. 603-*bis* c.p., che collaborano attivamente all'emersione dello sfruttamento e all'individuazione dei responsabili, di accedere al patrocinio in materia di spese di giustizia, anche in deroga ai limiti reddituali previsti come condizione per l'ammissione a tale beneficio, analogamente a quanto già disposto per le donne vittime di violenza.

⁸ Art. 5, co. 1, d.l. n. 124/2024.

IL RICONOSCIMENTO DELLO STATUS
DI RESIDENTE PERMANENTE AI CITTADINI EUROPEI
NEL REGNO UNITO:
CRITICITÀ E CONSEGUENZE
SUL DIRITTO AMMINISTRATIVO INGLESE

Chiara Prevete*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'idea di uno "status" ad hoc per i cittadini europei residenti nel Regno Unito: il Withdrawal Agreement e le nuove regole migratorie dopo il "leave" – 3. La procedura di riconoscimento del pre settled e settled status – 4. Le criticità del sistema di riconoscimento del settled status – 5. Cenni conclusivi: cosa ci si aspetta nei prossimi mesi e come l'EU Settlement scheme contribuisce a rafforzare l'idea di un diritto amministrativo moderno.

1. *Introduzione*

Le politiche migratorie del partito Conservatore inglese negli ultimi quattordici anni sono state molto chiare: creare un ambiente ostile per gli immigrati irregolari¹ (WEBBER, 2019). Licenziare, bloccare il conto corrente, ritirare la patente di guida, impedire l'accesso alla salute pubblica, deportare e detenere chi non può dimostrare di risiedere legalmente nel Paese sono solo alcune delle conseguenze legate all'assenza di un permesso di soggiorno valido. Così è stato per la generazione Windrush dal 2010² e così è oggi per i cittadini europei che non sono in possesso dello status di residente permanente (o *settled status*). Il presente contributo ha l'obiettivo di analizzare le modalità con le quali vengono riconosciuti i permessi di soggiorno (o status) ai cittadini europei residenti prima del Brexit e se le procedure amministrative e i rimedi previsti dall'Home Office (il nostro Ministero dell'Interno) rispettino

* Teaching Assistant in Public Law, University of Manchester.

¹ F. WEBBER, On the creation of the UK's 'hostile environment', 2019, *Race & Class*, 60(4), 76-87

² R. THOMAS, *Administrative Law in Action: Immigration Administration*, 2022, Hart Publishing, 48-72. Lo scandalo Windrush ha portato alla deportazione e detenzione di cittadini inglesi, perlopiù di origine caraibiche, che non erano in possesso di documenti perché arrivati nel Regno Unito quando erano bambini e le loro credenziali erano sui passaporti dei genitori o degli adulti con i quali viaggiavano.

il sistema di principi di diritto amministrativo. Ci si concentrerà in *primis* sulle politiche e la legislazione che hanno legittimato le procedure di riconoscimento dei due status concessi (*pre-settled* e *settled status*). Si analizzeranno poi nel dettaglio i criteri per l'ottenimento di questi due status. Infine, si discuteranno le recenti decisioni amministrative e giudiziali che impongono un'analisi critica sul *modus operandi* dell'Home Office³ inglese nella concessione del *pre-settled status*.

Questa analisi critica permette una breve riflessione sulla necessità di ripensare il diritto amministrativo inglese. Il diritto amministrativo inglese è stato tradizionalmente considerato inesistente⁴ o legato alle decisioni dei giudici. Tuttavia, è proprio sul terreno del diritto dell'immigrazione che è possibile costruire le basi per una discussione su un diritto amministrativo moderno, quale espressione giuridica di politiche sviluppatesi all'interno di un ministero o di un ente pubblico, slegato sia dalle leggi emanate dal Parlamento inglese sia dalla *judicial review*.⁵

2. L'idea di uno "status" ad hoc per i cittadini europei residenti nel Regno Unito: il Withdrawal Agreement e le nuove regole migratorie dopo il "leave"

Dopo il referendum del 2016, in cui i cittadini inglesi hanno deciso di lasciare l'Unione Europea, il Governo inglese ha concluso un accordo con l'UE, "Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community" (di seguito anche solo Withdrawal Agreement o WA), in cui si è stabilito un periodo di transizione - dal 31 gennaio 2020 al 30 dicembre 2020 - prima del definitivo "leave" del Regno Unito.

In questo periodo di transizione, il diritto dell'UE ha continuato ad applicarsi anche con riguardo ai principi sulla libera circolazione dei cittadini comunitari, di cui agli articoli 21, 45 e 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e di cui alla Direttiva 2004/38/CE.

³ C. HARLOW, R. Rawlings, "Striking Back" and "Clamping Down": An Alternative Perspective on Judicial Review, in J. Bell, M. Elliott, J.N.E. Varuhas, P. Murray (eds), *Public Law Adjudication in Common Law Systems: Process and Substance*, 2016, Hart Publishing.

⁴ A. V. DICEY, *The Development of Administrative Law in England*, 1915, *Law Review Quarterly*, 31.

⁵ E. GELLHORN, G.O. ROBINSON, *Perspectives on Administrative Law*, 1975, *Columbia Law Review*, 75, 771.

Il Withdrawal Agreement, in particolare, prevede che i cittadini residenti nel Regno Unito prima del 31 dicembre 2020 possono esercitare un diritto a rimanere sul territorio inglese (articolo 10, paragrafo 1, lettera a) del WA). Nell'art. 13 al 17 del WA si indicano poi le modalità attraverso cui i cittadini europei possono richiedere di restare nel Regno Unito, mentre nell'art. 18 del WA che spetta al Regno Unito valutare caso per caso le condizioni per il riconoscimento di questo status. Tale valutazione è stata effettuata dall'Home Office, che ha così disciplinato la procedura del 'EU settlement scheme'.⁶

3. *La procedura di riconoscimento del pre settled e settled status*

L'EU settlement scheme è il procedimento previsto per attuare il Withdrawal Agreement nella parte in cui si è previsto di preservare i diritti dei cittadini europei che vivevano nel Regno Unito prima del 30 dicembre 2020, per permettergli così di continuare a vivere e lavorare nel territorio inglese, di accedere ai servizi pubblici essenziali e di entrare e uscire liberamente dal Paese.

Vi sono due diversi tipi di status riconosciuti ai cittadini italiani già residenti nel territorio inglese prima della Brexit. Il primo è il settled status. Il criterio per richiedere il settled status è quello di aver vissuto nel Regno Unito per cinque o più anni continuativi prima del 30 dicembre 2020. Il settled status dà diritto a risiedere permanentemente nel Regno Unito. Si decade dal settled status se si risiede fuori dal Regno Unito per cinque anni continuativi.

Per coloro che invece vivevano da meno di cinque anni nel Regno Unito, ma che avevano iniziato la loro residenza prima del 30 dicembre 2020, è stato introdotto il pre-settled status.

Il pre-settled è un permesso temporaneo che può trasformarsi in residenza permanente (settled status) dimostrando di aver vissuto per cinque anni continuativi nel Regno Unito dal giorno del rilascio del permesso. Durante questi cinque anni, il titolare del pre-settled può assentarsi dal Regno Unito per un massimo di sei mesi all'anno o per più tempo in circostanze ritenute eccezionali.⁷ La scadenza per richiedere lo status di pre-settled era il 30 giugno 2021, anche se le domande tardive sono tuttora consentite se il richie-

⁶ Si veda sul sito del Governo, <https://www.gov.uk/eusetledstatus>.

⁷ Motivi di studio o ricerca, gravidanza, malattia grave e altri casi eccezionali, si veda <https://www.gov.uk/eusetledstatus>.

dente ha “motivi ragionevoli” per non aver rispettato la scadenza. Questi includono, ad esempio, avere una grave condizione medica.

Dopo cinque anni, secondo quanto previsto dal EU settlement scheme, i titolari del pre-settled avrebbero dovuto richiedere il riconoscimento del settled status attraverso una nuova domanda, viceversa il diritto di residenza e gli altri diritti collegati allo status sarebbero decaduti. Tuttavia, con la decisione dell’High Court del 2022⁸, le cose sono parzialmente cambiate (par. 4).

4. *Le criticità del sistema di riconoscimento del settled status*

La descrizione di queste due procedure, apparentemente così semplici, ha dato luogo a molteplici questioni dovute a inefficienze e negligenze dell’Home Office (ritardi nel riconoscimento dello status, richiesta di prove sproporzionate, errori nel sistema), indirizzate da specifiche scelte politiche. La sistematicità degli errori commessi lascia presagire l’ennesima criticità per l’Home Office,⁹ le cui modalità di esercizio delle funzioni vengono da tempo considerate il prototipo della politica del Conservative Party che mira a creare un ambiente ostile per gli immigrati.

In molti casi di ricongiungimento familiare, infatti, l’Home Office ha ritenuto che non vi fossero prove sufficienti per dimostrare la presenza di una relazione coniugale o sentimentale, pur in presenza di preve decisioni giudiziali e di prove tangibili. È il caso, ad esempio, di Malwattege Peiris¹⁰, alla quale, a differenza del marito e del figlio, non è stato concesso il *pre-settled* e che pertanto oggi rischia la deportazione. Peiris ha anche fatto ricorso al Giudice amministrativo (*judicial review*)¹¹ che le ha dato ragione e riconosciuto il diritto di restare insieme alla sua famiglia nel Regno Unito, ma ciò non le è servito a ottenere il permesso di soggiorno, tanto che l’*Home Office* le ha recentemente intimato la deportazione.

Vi sono poi i casi di applicazione di decisioni irragionevoli e sproporzionate nei confronti di coloro che non avevano presentato domanda di *settled in*

⁸ The Independent Monitoring Authority for the Citizens’ Rights Agreements, R. (On the Application Of) v Secretary of State for the Home Department [2022] EWHC 3274 (Admin) (21 December 2022).

⁹ C. Grey, The scandal of the settlement scheme for EU citizens, Brexitblog, 12 gennaio 2024, <https://chrisgreybrexitblog.blogspot.com>.

¹⁰ <https://www.theguardian.com/uk-news/2024/feb/15/woman-told-leave-uk-court-ruling-right-live-family-malwattege-peiris>

¹¹ Si veda per approfondimenti su <https://the3million.org.uk>.

tempo o per mancanza di un'attenta disamina dei casi. In un caso, al proprietario di un ristorante italiano,¹² e alla moglie britannica, erano stati congelati i conti bancari perché la sua carta di soggiorno permanente era scaduta e non aveva richiesto il *settled*. Vi è poi il caso di una donna spagnola residente nel Regno Unito¹³, rimpatriata con la forza in Spagna mentre cercava di rientrare in Gran Bretagna dopo una breve visita nel suo paese d'origine. Aveva con sé documenti, in particolare un certificato di richiesta per il *settled*, che attestavano chiaramente il suo diritto di vivere e lavorare nel Regno Unito, ma non aveva ancora avuto una decisione definitiva sulla sua domanda, in quanto il suo caso era ancora in fase di revisione a seguito di un ricorso contro un primo rifiuto. Alla frontiera le hanno detto che il documento non era valido, l'hanno trattenuta per la notte all'aeroporto di Luton e poi l'hanno rimandata in Spagna.

Secondo l'associazione The3millions¹⁴, nel 2024, ci sono circa 170.000 mila cittadini europei in attesa di una risposta da parte dell'Home Office.

Ma la negligenza sistematica dell'Home Office emerge chiaramente nei casi di mancato riconoscimento del *settled status* o di ritardi nel riconoscerlo, in seguito ai cinque anni di residenza continuativa (ovverosia in seguito alla scadenza del *pre-settled status*). Il riconoscimento al diritto alla residenza permanente, come indicato nella procedura prevista dall'Home Office, sarebbe dovuto avvenire in seguito ad una seconda domanda – diversa da quella per ottenere il precedente status di *pre-settled* – fornita delle nuove prove atte a dimostrare di aver soggiornato cinque anni consecutivi nel Regno Unito in seguito al riconoscimento dello status di *pre-settled*.

È stata l'*Independent Monitoring Authority for the Citizens' Rights Agreements* (IMA) – un ente pubblico indipendente, istituito dal Governo inglese nel 2019 – a sollevare la questione dinanzi al giudice amministrativo in merito ai gravi effetti che si stavano producendo e si sarebbero prodotti nella richiesta del *settled status* per chi aveva il *pre-settled status* scaduto.

Difatti, coloro che avevano già ottenuto i diritti derivanti dal *pre-settled status* (tra cui il diritto a lavorare e risiedere nel Regno Unito) sono stati messi nella condizione, reale o potenziale, di perdere il lavoro e dover andare via da un giorno all'altro per i ritardi dovuti dal procedimento di richiesta del *settled status*, dalle risposte tardive e dai rifiuti ingiustificati dell'Home Offi-

¹² <https://www.theguardian.com/politics/2023/dec/22/italian-citizen-bank-accounts-frozen-post-brexit-rules>

¹³ <https://www.theguardian.com/politics/2024/jan/07/spanish-woman-deported-from-uk-after-returning-from-christmas-holiday>

¹⁴ Si veda <https://twitter.com/the3million/status/1744389397410136437>.

ce, con conseguenze negative non soltanto sui diritti degli immigrati europei, ma anche sull'economia del Paese e conseguentemente sui cittadini britannici.

Nel dicembre 2022 l'High Court ha dato ragione all'IMA.¹⁵

Secondo la Corte, infatti, ai sensi del Withdrawal Agreement, il Regno Unito può richiedere ai cittadini dell'UE di presentare “una sola domanda” per richiedere il riconoscimento dei diritti derivanti dall'accordo WA. Ciò significa che l'obbligo imposto dall' EU settlement scheme ai cittadini dell'UE di presentare una seconda domanda, per “passare” dal pre-settled al settled, deve ritenersi contrario all'accordo WA.

La Corte ha inoltre stabilito che coloro a cui è stato concesso lo status di pre-settled hanno il diritto automatico di risiedere permanentemente nel Regno Unito dopo aver vissuto nel Regno Unito ininterrottamente per cinque anni.

Nel febbraio 2023, il Governo ha dichiarato che si sarebbe adoperato per attuare la sentenza il più rapidamente possibile. Al fine di permettere al Governo di prendere una decisione politica vi è stata dapprima una proroga di due anni per coloro che avevano il *pre settled status*. Dipoi, dal giugno 2025, il Governo permetterà anche a chi dimostri di aver risieduto nel Regno Unito gli ultimi trenta mesi – senza interruzioni di più di dodici mesi – di ottenere la residenza permanente. Tutto ciò in attesa di regole molto più restrittive in materia di immigrazione¹⁶.

5. *Cenni conclusivi: cosa ci si aspetta nei prossimi mesi e come l'EU Settlement scheme contribuisce a rafforzare l'idea di un diritto amministrativo moderno*

In una fase difficile per il Regno Unito, entrato ufficialmente in recessione economica nel dicembre 2023,¹⁷ il riconoscimento del settled status ai cittadini europei rappresenta un importante strumento per mantenere buone relazioni con l'Unione europea.

L'UE e i singoli Stati membri continuano a guardare con attenzione al trattamento riservato ai cittadini europei residenti nel territorio inglese. Nel maggio 2021, la Commissione europea aveva espresso “preoccupazione” in relazione alle detenzioni ingiustificate di cittadini dell'UE ai confini del Regno Unito.¹⁸

¹⁵ Sentenza citata, nota 8.

¹⁶ “Changes to UK visa and settlement rules after the 2025 immigration white paper Research Briefing Published Tuesday”, 14 October, 2025, in <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-10267/>.

¹⁷ Si veda <https://www.ft.com/content/94ecda75-35de-4d09-bda6-f3a7c71dc3c6>.

¹⁸ Si veda <https://www.ft.com/content/13026db9-1251-41f2-beea-de8f6c08a44f>.

Nel febbraio 2023, l'UE ha espresso una serie di riserve per l'improvviso rifiuto da parte dell'Home Office di oltre 140.000 domande finalizzate ad ottenere lo status di residente, è stato ribadito che "la protezione dei diritti dei cittadini dell'UE è una questione fondamentale".¹⁹

Inoltre, l'ostilità nei confronti dei cittadini europei e dell'Europa non trova più quell'ampio supporto politico ed elettorale che aveva permesso di vincere il referendum del 2016 e di appoggiare una politica migratoria profondamente conservatrice.

Tuttavia, il potere del Governo, già forte all'interno dell'architettura costituzionale inglese²⁰, appare ulteriormente rafforzato. Vediamo oggi un'amministrazione che decide le regole in assenza di un mandato del Parlamento e che si trova ad avere – sempre di più – una faticosa relazione con il potere giudiziario.²¹

Un'amministrazione capace di disattendere una decisione giudiziale (come nel caso del rifiuto del ricongiungimento familiare) e di rinviare l'emanazione di un provvedimento chiaro in seguito ad una sentenza (come nel caso della proroga dei due anni) mostra l'esistenza di un potere amministrativo più forte e in cui il tradizionale sistema dei check and balances sembra perdere la sua tenuta. Ricorrere alla judicial review, inoltre, è un privilegio che possono permettersi in pochi, così che lo strumento che continua ad essere accessibile ai molti – e che pertanto dovrebbe rispettare la rule of law e i principi dettati dai giudici – è il procedimento amministrativo.

Questo caso, soprattutto in materia di diritto dell'immigrazione, porta a concludere che oggi il diritto amministrativo inglese non può limitarsi solo alle teorie sulla judicial review alla capacità dei giudici di entrare nel merito delle decisioni dell'esecutivo. Chi decide le procedure e come applicare le norme è il Governo nella sua definizione più ampia (i ministeri, le autorità locali, gli enti statali e le authority che esercitano poteri di natura governativa). È vero che una Costituzione non scritta, come quella inglese, rende più difficile immaginare un diritto amministrativo sostanziale, ma nel diritto inglese già esistono la rule of law, la legalità, il principio del giusto procedimento (procedural fairness), la trasparenza, l'efficienza, l'accountability. Sarebbe bene che anche l'amministrazione inglese se ne ricordasse.

¹⁹ <https://www.politico.eu/article/european-commission-concerned-conditions-eu-nationals-uk-immigration-centers/>.

²⁰ C. FOSTER, *Cabinet Government in the Twentieth Century*, 2004, *The Modern Law Review*, 67: 753-771.

²¹ E.L. RUBIN, *Beyond Camelot: Rethinking Law and Politics for the Modern State*, 2005 (Princeton, Princeton University Press); R.L. RABIN, *Administrative Law in Transition: A Discipline in Search of an Organizing Principle*, 1977, *Northwestern University Law Review*, 72, 120.

IL PARADOSSO DELLA CONTEMPORANEITÀ.
LA PROTEZIONE GIURIDICA DEL MIGRANTE AMBIENTALE
NEI PIÙ RECENTI SVILUPPI NORMATIVI

Alice Stevanato*

SOMMARIO: 1. L'evoluzione normativa di una categoria giuridica dai confini epistemologici incerti. Cenni introduttivi. – 2. Alla ricerca della protezione giuridica perduta. La tutela del migrante ambientale nella legge n. 50/2023, anche rispetto al decreto interministeriale del 17 marzo 2023 che amplia l'elenco dei "Paesi terzi sicuri". – 3. La tutela del migrante ambientale nel sistema normativo sovranazionale. Qualche prima riflessione conclusiva, anche alla luce del "Nuovo Patto per la migrazione e asilo".

1. *L'evoluzione normativa di una categoria giuridica dai confini epistemologici incerti. Cenni introduttivi*

Sul piano legislativo, la prima tipologia di permesso di soggiorno riconosciuta, in modo specifico, nel caso di calamità naturali, è stata introdotta nell'ordinamento italiano solo nel 2018, con il d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 (c.d. *decreto sicurezza*); infatti, nella più ampia opera di "spacchettamento" della protezione umanitaria, disciplinata dall'art. 5, comma 6, D.lgs 286/98, il decreto-legge appena richiamato ha eliminato il riferimento ai gravi motivi umanitari e ha contestualmente introdotto una serie di casi tipizzati di permessi di soggiorno, fra cui – appunto – quello per calamità naturali (art. 20 bis D.lgs 286/98). Nella formulazione originale, l'art. 20 bis richiedeva l'accertamento di una «situazione di contingente ed eccezionale calamità». Il permesso non poteva essere convertito in un successivo permesso per motivi di lavoro e poteva essere rinnovato una volta sola, per ulteriori sei mesi¹. Come si vedrà meglio in seguito, l'evoluzione normativa del permesso di soggiorno per calamità ha seguito, pedissequamente, quella della protezione complementare (in origine definita umanitaria e, successivamente, nelle modifiche introdotte nel 2018, 2020 e 2023, qualificata protezione speciale); la

* Assegnista di ricerca, Università di Torino.

¹ Per una disamina del permesso di soggiorno per calamità, si rinvia a C. SCISSA, *Migrazioni ambientali tra immobilismo normativo e dinamismo giurisprudenziale: un'analisi di tre recenti pronunce*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 2021, pp. 296-310.

relativa tutela giuridica è stata “massima” durante il periodo 2020-2023, sotto la vigenza del d.l. 20 ottobre 2020, n. 130 (c.d. *decreto migranti*) ed è, allo stato attuale, “minima” (se non azzerata), in conseguenza delle modifiche introdotte con il d.l. 10 marzo 2023, n. 20 (c.d. *decreto Cutro*), soprattutto per come è stato emendato dalla legge di conversione, che ha previsto nuovamente la non convertibilità della protezione speciale e del permesso di soggiorno per calamità².

Nel caso di specie, infatti, le potenzialità applicative della “vecchia” protezione umanitaria non sono nemmeno comparabili con quelle del “nuovo” art. 20 bis D.lgs 286/98; invero, anche a prescindere dall’operatività concreta del permesso di soggiorno per calamità³, la sede privilegiata per una tutela giuridica effettiva di coloro che si trovano costretti ad abbandonare il proprio Paese di origine (o di ultima residenza) per ragioni legate al cambiamento climatico è stata da sempre la protezione umanitaria, la cui “duttilità” applicativa ha consentito di tutelare differenti profili di vulnerabilità, prendendo in considerazione le caratteristiche soggettive del singolo richiedente e valorizzando la situazione geopolitica e le condizioni ambientali del Paese di provenienza. In effetti, il permesso di soggiorno per gravi motivi umanitari, in quanto considerato «catalogo aperto e non integralmente tipizzabile delle condizioni per il suo riconoscimento»⁴, ha saputo rispondere, in modo più adeguato alle esigenze di tutela connesse a questo dramma epocale, complesso e multifattoriale. Il fenomeno, tuttora privo di una definizione giuridica univoca, è complesso perché il cambiamento climatico influenza gli spostamenti umani in modi differenti, in conseguenza dell’evento ambientale da cui quella migrazione si è originata (occorre almeno distinguere quelle a rapida insorgenza – alluvioni, tsunami, disastri ambientali antropici ecc. – e a lenta insorgenza – siccità, carestie, deforestazioni ecc. –) ed è multifattoriale in quanto non è possibile astrarre il fattore ambientale da altre cause di allontanamento forzato (conflitti armati, persecuzioni e così via). Anche prima che venisse introdotto l’art. 20 bis del D.lgs 286/98, quindi, la giurisprudenza di merito e di legittimità, riferendosi altresì alla circolare ministeriale n. 3718/2015 nella quale si menzionano, in un elenco non tassativo, le gravi ca-

² Per un ulteriore sviluppo di questo passaggio, si veda, A. STEVANATO, *I migranti ambientali nel decreto-legge n. 20 del 2023. Che cosa resta della loro protezione?*, in *Corti Supreme e Salute*, 2, 2023, pp. 455- 476.

³ Ne dà conto, sempre, C. SCISSA, *Il permesso di soggiorno per calamità: un aggiornamento sulla sua applicazione, numeri e beneficiari*, in *Questione giustizia*, 20.11.2024.

⁴ Cass. Civ., sez. I, del 23 febbraio 2018, n. 4455.

larietà naturali tra le fattispecie meritevoli di riconoscimento della protezione complementare, è stata in grado, in più occasioni, di distinguere i migranti economici, ovvero coloro i quali si allontanano dai Paesi di origine alla ricerca di condizioni migliori di vita (non rientranti quindi nell'operatività dell'art. 10, comma 3 Cost.) da coloro che sono stati costretti a spostarsi a causa di una situazione di assoluta ed ineliminabile povertà, determinata di norma (anche) da condizioni ambientali incompatibili con la vita e la stessa sopravvivenza (si veda, almeno, Cass. Civ. n. 23178/2020 e Cass. Civ., sez. lavoro, n. 15645/2023). Sul punto, occorre menzionare la notissima ordinanza n. 5022/2021, con la quale la Corte di cassazione ha preso in considerazione, per la prima volta espressamente, le ragioni ambientali quale motivo per il riconoscimento della protezione umanitaria, evidenziando come, a prescindere dalla definizione giuridica di "migrante ambientale" il sistema normativo (interno e sovranazionale) impone di garantire una tutela giuridica⁵, tenuto conto «di un fenomeno, quale il *climate change*, che sembra ineluttabile»⁶.

2. *Alla ricerca della protezione giuridica perduta. La tutela del migrante ambientale nella legge n. 50/2023, anche rispetto al decreto interministeriale del 17 marzo 2023 che amplia l'elenco dei "Paesi terzi sicuri"*

Come anticipato nel paragrafo introduttivo, dopo una prima modifica in senso garantista operata con il d.l. 20 ottobre 2020, n. 130, la portata prescrittiva dell'art. 20 bis del D.lgs 286/98 è stata nuovamente compressa con la legge n. 50/2023, di conversione del d.l. 10 marzo 2023, n. 20. In particolare, la nuova formulazione – ovvero quella "riesumata" dal d.l. 7 ottobre 2018, n. 113 –, ha stabilito che i presupposti per il riconoscimento del permesso di soggiorno per calamità devono essere contingenti ed eccezionali, il permesso di soggiorno non è convertibile in uno per motivi di lavoro e non può essere rinnovato dopo una prima proroga di sei mesi. Anche in conside-

⁵ Si rinvia a F. PERRINI, *Il riconoscimento della protezione umanitaria in caso di disastro ambientale nel recente orientamento della Corte di cassazione*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2/2021, pp. 349-362 e A. BRAMBILLA, *Migrazioni indotte da cause ambientali: quale tutela nell'ambito dell'ordine giuridico europeo e nazionale?* in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2/2017, pp. 1-27 e 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*, maggio 2021.

⁶ Cass. Civ., sez. II, ordinanza del 24 febbraio 2021, n. 5022.

razione della multifattorialità del fenomeno delle migrazioni forzate per ragioni ambientali e climatiche, di cui si è appena accennato, si ritiene, in ogni caso, che il permesso di soggiorno per calamità, oltretutto non più convertibile in un titolo di soggiorno definitivo, potrebbe essere rilasciato solo a fronte di episodi climatici avversi a rapida insorgenza o, comunque, transitori (si pensi ad un'inondazione, un terremoto e così via...). Nel perimetro di un simile inquadramento giuridico, quindi, risulta davvero difficile garantire un'adeguata protezione giuridica a quanti nel prossimo futuro non avranno più nemmeno una terra dove vivere o poter ritornare, nonché a chi si allontana da luoghi le cui condizioni ambientali, causate dal progredire del cambiamento climatico, sono irreversibili o, comunque, non potranno migliorare trascorsi soli sei mesi (o al massimo un anno) dal rilascio del permesso per calamità. Questa specifica attenzione per la tutela dei diritti si deve accompagnare evidentemente a riflessioni più generali sulle problematiche connesse all'oggetto di queste considerazioni; si pensi alla sostenibilità delle misure di accoglienza che si dovranno garantire per dare rifugio, non a tutti, indistintamente, ma a coloro che ne avranno effettivamente diritto — e ciò anche attraverso una redistribuzione dei migranti ambientali che risulti ragionevole ed equa tra i diversi Stati —, oppure all'anticipazione della necessità della tutela dei diritti, mediante efficaci politiche di contrasto al cambiamento climatico, pur sapendo che i risultati attesi potranno essere rilevati non prima di molti anni.

Tornando a ragionare sulla protezione complementare e sulle relative potenzialità applicative rispetto alle migrazioni ambientali, occorre precisare che almeno fino al 2018 (come protezione umanitaria ai sensi dell'art. 5, comma 6, D.lgs. 286/98) e poi dal 2020 al 2023 (come protezione speciale ai sensi dell'art. 19, comma 1 e 1.1, D.lgs. 286/98), esisteva un legame molto stretto fra detta tutela giuridica e le migrazioni ambientali.

Se l'obiettivo del presente lavoro è quello di offrire qualche spunto di riflessione rispetto all'effettività della tutela giuridica riconosciuta a questa categoria di migranti, giova sicuramente domandarsi quale sia allora “lo stato di salute” della protezione speciale, all'esito degli ultimi sviluppi normativi nazionali e, soprattutto, per quel che riguarda il profilo sostanziale, del d.l. 10 marzo 2023, n. 20.

Rinviano ad altre sedi per una ricostruzione più esaustiva della complicata ed illogica evoluzione della protezione complementare in Italia dal 1998 ad oggi⁷, pare emergere, rispetto al caso di studio analizzato e tenuto conto

⁷ Si veda, almeno, N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in

delle sorti del permesso di soggiorno per calamità appena ripercorse, un preoccupante “cortocircuito” normativo, nel quale la tutela del migrante ambientale sembra naufragare verso derive che svuotano di contenuto i pochi orpelli legislativi rimasti. Come è noto, l’art. 7 del d.l. 10 marzo 2023, n. 20, ha soppresso i riferimenti al diritto alla vita privata e familiare e al profilo dell’integrazione sociale, inseriti nell’art. 19, comma 1.1. D.lgs 286/98 dal d.l. 20 ottobre 2020 n. 130, quali condizioni ritenute meritevoli di protezione *ex lege*. Difatti, da un punto di vista formale, l’ambito di operatività della protezione complementare sembra ormai coincidere interamente con la protezione internazionale, tenuto conto che l’art. 19, comma 1, si riferisce allo status di rifugiato e l’art. 19, comma 1.1, primo periodo, alla protezione sussidiaria. Inoltre, la modifica normativa del 2020 ha eliminato definitivamente dall’ordinamento italiano ogni riferimento giuridico a situazioni legate, in senso latamente inteso, a «gravi motivi umanitari» (il d.l. 20 ottobre 2020, n. 130 non aveva, infatti, reintrodotto quel passaggio nell’art. 5, comma 6 D.lgs 286/98). Pur rilevando che non è stato eliminato l’inciso riferito alle «violazioni sistematiche e gravi di diritti umani» presenti nello Stato di provenienza (ancora, art. 19, comma 1.1. D.lgs 286/98) e che, in ogni caso, sono operativi ovviamente gli obblighi costituzionali e internazionali ai quali l’Italia deve conformarsi, è evidente che manchi allo stato attuale – anche rispetto al profilo procedurale – un supporto normativo prescrittivo che imponga direttamente all’autorità amministrativa e a quella giurisdizionale di prendere in considerazione tutte quelle situazioni che di fatto minacciano il diritto alla vita e quello a una esistenza dignitosa, nonché tutti quei diritti fondamentali che possono essere compromessi irrimediabilmente da condizioni ambientali disastrose e di povertà estrema.

Occorre, infine, accennare al decreto interministeriale del 17 marzo 2023, con il quale è stata ampliata la lista dei c.d. Paesi terzi sicuri. Come è noto, il d.l. 7 ottobre 2018, n. 113, introducendo l’art. 2 bis al D.lgs 25/2008, aveva dato seguito alla normativa europea (artt. 36 e 37 Direttiva UE 2013/32) che lasciava ai singoli Stati membri la facoltà di predisporre una lista di Paesi terzi sicuri, che, secondo la legislazione attuativa nazionale, si sarebbe dovuta individuare «sulla base del suo ordinamento giuridico, dell’applicazione della legge all’interno di un sistema democratico e della situazione politica generale», dimostrando di non essere caratterizzati da «atti di persecuzione [...] né tortu-

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza, 2/2018, pp. 1-33 e M. BENVENUTI, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il Decreto Salvini*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1/2019, pp. 1-39.

ra o altre forme di pena o trattamento inumano o degradante, né pericolo a causa di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale». L'elenco dei Paesi sicuri è stato poi aggiornato con il decreto interministeriale del 7 maggio 2024 e con il decreto-legge n. 158/2024. Attraverso l'utilizzo di questa categoria giuridica, si è giunti ad una specie di stigmatizzazione simbolica dell'uno o dell'altro richiedente asilo, scriminata per la sola zona di provenienza. Secondo la dottrina, la previsione di una siffatta lista costituisce una «sterilizzazione *de facto* del diritto di asilo di coloro che da quello Stato provengono»⁸, in quanto inverte l'onere della prova. Ricade infatti sul richiedente asilo l'onere di dimostrare che, rispetto alla propria vita e alle proprie condizioni personali, il Paese da cui proviene non è "sicuro". Di conseguenza, la previsione di una lista di Paesi sicuri introduce una presunzione legale che, nei fatti, sembra doversi ritenere tendenzialmente assoluta, soprattutto nella fase amministrativa, davanti alla Commissione Territoriale, in ragione della gravosità dell'onere probatorio del cittadino straniero. La domanda di asilo presentata da un richiedente proveniente da un Paese considerato sicuro viene ritenuta, *ex lege*, manifestamente infondata (art. 28 ter, comma 1, lettera b D.lgs 25/2008). Inoltre, detta qualificazione incide anche sulle garanzie giurisdizionali, dovendosi applicare la procedura accelerata (quindi, la riduzione della metà dei termini per presentare ricorso avanti al Tribunale), oltre all'eccezione alla sospensione automatica dell'efficacia del provvedimento amministrativo in caso di impugnazione e alla probabile revoca del beneficio al Patrocinio a spese dello Stato.

Queste considerazioni rilevano per la tutela dei migranti ambientali in quanto nella lista dei Paesi sicuri sono inseriti Stati che versano in condizioni ambientali particolarmente degradati. Ad esempio, con il decreto interministeriale del 17 marzo 2023, è stato inserito tra i Paesi sicuri la Nigeria, le cui condizioni ambientali sono notoriamente allarmanti e basti evidenziare che la vicenda giuridica dell'ordinanza della Corte di cassazione n. 5022/2021 si originava da una domanda di asilo presentata da un cittadino nigeriano proveniente proprio da quella zona della Nigeria.

Stiamo, quindi, attraversando la fase più "buia", di progressivo, inarrestabile, svilimento non solo della tutela giuridica del migrante ambientale, ma, più in generale, del diritto di asilo costituzionale, consacrato nell'art. 10, comma 3 Cost. E, come si accennerà a breve, anche le novità normative che

⁸ F. VENTURI, *Il diritto di asilo: un diritto "sofferente". L'introduzione nell'ordinamento italiano del concetto di «Paesi di origine sicuri» ad opera della legge n. 132/2018 di conversione del «decreto sicurezza» (D.L. 113/2018)*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2/2019, p. 152.

provengono dall'Unione Europea, attualmente ancora *in fieri*, non sono in grado di rappresentare, almeno *prima face*, quel chiaro segnale di cambiamento di rotta che il fenomeno analizzato richiede urgentemente.

3. *La tutela del migrante ambientale nel sistema normativo sovranazionale. Qualche prima riflessione conclusiva, anche alla luce del "Nuovo Patto per la migrazione e asilo"*

In chiusura di queste brevi note, resta da domandarsi quale sia la posizione dell'ordinamento internazionale ed europeo rispetto ai migranti ambientali. Sul piano internazionale, la Convenzione di Ginevra del 1951 non menziona, fra i motivi di persecuzione, la devastazione ambientale o il cambiamento climatico, però, rispetto al contesto europeo (vedi *infra*), si devono accogliere con favore due recenti sviluppi interpretativi. Il primo riguarda la decisione del Comitato delle Nazioni Unite sui diritti umani, nel notissimo caso *Teitiotia* (il cui principio di diritto è stato ripreso dalla già menzionata ordinanza italiana n. 5022/2021), ove si afferma che l'obbligo di non estradare, deportare o trasferire ai sensi dell'art. 6 del Patto per i diritti civili e politici può essere inteso in modo più ampio rispetto all'ambito di applicazione del principio *non refoulement* del diritto internazionale, applicandosi, di conseguenza, anche al migrante ambientale, nel caso in cui il rientro nel Paese di origine possa comportare un rischio per la propria vita⁹. Il secondo si riferisce ad un recente aggiornamento alle linee guida elaborate dall'UNHCR che prende in considerazione l'impatto dei cambiamenti climatici sulle migrazioni. In particolare, il documento del 12 dicembre 2023 osserva come all'interno della categoria dei titolari di status di rifugiato, ai sensi della Convenzione di Ginevra, si dovrebbero includere anche «*people belonging to particular groups – such as women, children, the elderly and disabled – disproportionately suffering the greatest impact of climate change, compounded by pre-existing discrimination, gender-based violence, human trafficking and child marriage [...]. Further, where the adverse effects of climate change lead to food insecurity or famine, and where the State is unwilling or unable to ensure non-discriminatory access to food for certain groups, a risk of persecution for those people may arise*»¹⁰.

⁹ M. CASTIGLIONE, *La decisione del Comitato ONU dei diritti umani nel caso Teitiotia c. Nuova Zelanda. Dal divieto di respingimento dei migranti ambientali al riconoscimento della categoria dei rifugiati ambientali?*, in ADiM Blog, *Analisi e Opinioni*, marzo 2020.

¹⁰ Il documento denominato "*Climate change impacts and cross-border displacement: International refugee law and UNHCR's mandate*", del 12 dicembre 2023, è accessibile al se-

Di contro, il legislatore europeo sembra confermare, con il Nuovo Patto su migrazione e asilo, approvato definitivamente il 14 maggio 2025, di non volersi occupare in modo specifico di questa categoria di migranti. Rispetto alla protezione sussidiaria, giova ricordare che fin dalla sua entrata in vigore (direttiva CE 83/2004, c.d. direttiva qualifiche) i migranti ambientali non sono stati ricompresi fra i soggetti legittimati al riconoscimento del relativo status, nemmeno in occasione dell'aggiornamento di quel primo intervento normativo strutturale, avvenuto con la direttiva UE 95/2011, né, infine, con l'ultima riforma, ovvero il Nuovo Patto su migrazioni e asilo. Anche la protezione temporanea, introdotta con la direttiva CE 55/2001, come misura collettiva e non individuale, non si è rivelata uno strumento adatto per tutelare i migranti ambientali. L'inadeguatezza di questa forma di protezione è determinata da almeno due circostanze: in primo luogo, per il fatto che il suo riconoscimento è subordinato ad una decisione politica del Consiglio europeo, adottata a maggioranza qualificata su proposta della Commissione (art. 5); secondariamente, per la difficoltà di interpretare estensivamente i relativi presupposti di legge, in quanto i disastri legati al clima o a condizioni ambientali avverse non venivano ricompresi fra le possibili cause del c.d. afflusso massiccio, né questa categoria di migranti sembrava rientrare nella definizione giuridica di "sfollati" (art. 2, lett. c della direttiva CE 55/2001). In ogni caso, la protezione temporanea si è dimostrata uno strumento di scarso impiego pratico, essendo in fondo stata attivata solo (e, in quel caso, efficacemente) per le persone sfollate dall'Ucraina nel 2022. Da ultimo, occorre accennare al regolamento UE 2024/1359 concernente le situazioni di crisi e forza maggiore, il quale istituisce un meccanismo di risposta agli aumenti improvvisi degli arrivi, garantendo solidarietà e sostegno agli Stati membri che devono far fronte a un afflusso eccezionale di cittadini di Paesi terzi, definibili "ostili", nell'accezione che la proposta di regolamento attribuisce agli attori non statali. Occorrerà, quindi, comprendere se l'ambito di applicazione della protezione immediata possa davvero ricomprendere anche i migranti ambientali. All'esito di una primissima riflessione, anche se la definizione di "situazione di crisi" potrebbe essere intesa in senso più ampio rispetto all'espressione "afflusso massiccio di sfollati" presente nella direttiva CE 55/2001¹¹, in ogni caso, il c.d. regolamento crisi sembra riferirsi, ancora una

guente [link https://www.unhcr.org/sites/default/files/2023-12/UNHCR%20note%20on%20climate%20change%20international%20protection%20NHCRs%20mandate%20Dec%202023.pdf](https://www.unhcr.org/sites/default/files/2023-12/UNHCR%20note%20on%20climate%20change%20international%20protection%20NHCRs%20mandate%20Dec%202023.pdf).

¹¹ F. PERRINI, *Il Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo ed i migranti ambientali: una catego-*

volta, solo a sfollati di Paesi terzi esposti a elevati rischi di subire violenza indiscriminata, in situazioni eccezionali di conflitto armato e non anche a coloro che abbandonano il proprio Paese d'origine a causa delle conseguenze del cambiamento climatico o di altri disastri ambientali. In futuro occorrerà comunque indagare, anche rispetto al tema oggetto della presente riflessione, come le misure temporanee stabilite dal regolamento crisi potranno coordinarsi con la protezione temporanea, tenuto conto del fatto che, diversamente da quanto previsto inizialmente, la protezione temporanea non è stata abrogata contestualmente all'entrata in vigore del Nuovo Patto per la migrazione e asilo.

L'AUTORIZZAZIONE ALL'INGRESSO O ALLA PERMANENZA DEL FAMILIARE COME ISTITUTO DI GARANZIA DEL SUPERIORE INTERESSE DEL MINORE E DEL DIRITTO ALL'UNITÀ FAMILIARE

Michela Giachetti Fantini*

SOMMARIO: 1. L'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza del familiare del minore straniero – 2. La sentenza n. 21799/2010 e l'ampliamento dei “gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore” – 3. La sentenza n. 15750/2019 e il bilanciamento tra ordine pubblico, sicurezza nazionale e diritto all'unità familiare – 4. Il d.l. n. 130/2020 e la convertibilità del permesso di soggiorno per assistenza dei minori in permesso di soggiorno per motivi di lavoro – 5. L'istituzione del Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie – 6. Osservazioni conclusive

1. *L'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza del familiare del minore straniero*

L'art. 31, co. 3, del D.lgs 286/98 prevede che il Tribunale per i minorenni, per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano, può autorizzare l'ingresso o la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato, anche in deroga alle altre norme del T.U. Immigrazione.

Tale disposizione si applica anche nei confronti del familiare, che è già presente sul territorio nazionale in condizione di irregolarità¹.

L'art. 31, co. 3, del T.U. Immigrazione si configura come una norma di garanzia del superiore interesse del minore², sancito dall'art. 28, co. 3, del

* Dottore di ricerca, Università di Roma La Sapienza – Tecnologo presso l'ENEA. Le opinioni espresse in questo articolo sono dell'Autore e non rappresentano o impegnano l'Istituzione d'appartenenza.

¹ F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI, *Diritto e immigrazioni. Percorsi di diritto costituzionale*, Bologna, 2022, p. 91.

² SAVE THE CHILDREN, *L'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza del familiare ai sensi dell'articolo 31, comma 3 TUI*, 16 dicembre 2024, disponibile in <https://legale.savethechildren.it/lautorizzazione-allingresso-o-alla-permanenza-del-familiare-ai-sensi-dellarticolo-31-comma-3-tui/>; C. TRIFILÒ, *Il permesso di soggiorno ex art. 31, comma 3 T.U.I.*, in *Diritto.it*, 1° novembre 2023, disponibile in <https://www.diritto.it/il-permesso-di-soggiorno-ex-art-31-comma3-tui/>

D.lgs 286/98³, in cui si stabilisce che in tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali, finalizzati ad attuare il diritto all'unità familiare e riguardanti i minori, deve essere considerato prioritariamente il superiore interesse del fanciullo, in conformità all'art. 3, co. 1, della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza⁴.

L'autorizzazione all'ingresso o al soggiorno del familiare del minore straniero è un istituto di tutela autonomo e distinto, che si aggiunge al ricongiungimento familiare, il quale ha la funzione di garantire il diritto dei genitori e dei figli minori «ad una vita in comune nel segno della unità della famiglia»⁵.

L'impiego generico del termine “familiare” denota l'intenzione del legislatore di non individuare in maniera circoscritta i soggetti all'interno di tale categoria, con la conseguenza che, oltre ai genitori, potrebbero essere coinvolti nonni, zii, fratelli, cugini. L'elemento rilevante non è, cioè, il grado di parentela, ma l'intensità del legame con il familiare, la cui presenza è ritenuta fondamentale per garantire una crescita sana ed equilibrata del minore⁶.

La sussistenza dei gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore va valutata sotto il profilo dell'attualità, qualora si tratti di autorizzare l'ingresso sul territorio nazionale del familiare; invece, nel caso di richiesta di autorizzazione alla permanenza sul territorio nazionale, si deve valutare se l'eventuale allontanamento del familiare possa determinare un pregiudizio futuro per il minore⁷.

L'art. 29, co. 6, del D.lgs 286/98 – introdotto dall'art. 2, co. 6, del D.lgs 5/2007⁸, di attuazione della direttiva 2003/86/CE⁹ relativa al diritto di ricongiungimento familiare – dispone che al familiare, autorizzato all'ingresso o alla permanenza in Italia, è rilasciato un permesso per assistenza del minore,

³ Cfr. <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:1998-07-25;286>

⁴ Il testo della Convenzione è disponibile su https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/2020-03/convenzione_diritti_infanzia_adolescenza_autorita%20%281%29.pdf

⁵ Cfr. Corte Cost., sentenza del 12 gennaio 1995, n. 28, disponibile in <https://giurcost.org/decisioni/1995/0028s-95.htm>.

⁶ M. CAPOZZA, *I minori di età nel diritto dell'immigrazione, con particolare riferimento alla condizione giuridica ed alla tutela dei minori stranieri non accompagnati*, 2017, disponibile su <http://culturaprofessionale.interno.gov.it/FILES/docs/1260/TESTO%20INTEGRALE%20Capozza.pdf>

⁷ Cfr. Cass., sez. un., sentenza del 28 settembre-16 ottobre 2006, n. 22216, disponibile in https://www.minoriefamiglia.org/images/allegati/su_22216.pdf

⁸ Cfr. <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2007;5>

⁹ Cfr. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0086>

rinnovabile e di durata corrispondente a quella stabilita dal Tribunale dei minorenni, che consente di svolgere attività lavorativa. Tale permesso assolve all'esclusiva funzione di garantire il diritto del minore ad essere assistito, laddove possibile, da entrambi i genitori¹⁰.

Il permesso di soggiorno per assistenza del minore può essere convertito in un permesso per motivi familiari, di cui all'art. 30 del D.lgs 286/98¹¹.

Inoltre, il medesimo permesso è convertibile in un permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, in presenza dei presupposti richiesti dall'art. 9 del T.U. Immigrazione¹².

Gli stranieri titolari di un permesso di soggiorno per assistenza del minore sono obbligatoriamente iscritti al SSN, in qualità di stranieri regolarmente soggiornanti riconducibili all'art. 34, co. 1, lett. a), del D.lgs 286/98¹³.

Inoltre, il permesso di soggiorno per assistenza del minore consente l'iscrizione all'Anagrafe della popolazione residente¹⁴. Gli stranieri titolari di un

¹⁰ Nel Dossier Statistico Immigrazione 2024, relativo all'anno 2023, si evidenzia che nella Regione Basilicata è in aumento il numero dei titolari di permessi per assistenza dei minori con 731 rilasci, di cui 710 nella provincia di Matera. Tale dato appare significativo alla luce del Progetto "MI.M.E.S.I. Minori Immigrati: Empowerment e Strategie d'Inclusione", promosso dalla Prefettura di Potenza, e rivolto alle famiglie straniere con minori vulnerabili e a rischio di disagio e marginalità. Al riguardo si veda P. ANDRISANI, *Basilicata Rapporto immigrazione 2024*, in *Dossier Statistico Immigrazione*, a cura di Centro Studi e Ricerche IDOS in collaborazione con Istituto di Studi Politici "S. Pio V" e Centri Studi Confronti, Roma, 2024, p. 462.

¹¹ Cfr. Circolare del Ministero dell'Interno del 24 settembre 2009, n. 5987, disponibile in <https://www.immigrazione.biz/circolare.php?id=344>.

¹² In senso favorevole si è espresso il Consiglio di Stato, sez. I, con parere del 22 luglio 2016, n. 01707, disponibile in <https://www.cgil.lombardia.it/wp-content/uploads/2018/05/Parere-Consiglio-Stato-lugosoggiorno-da-311.pdf>, in cui si è osservato che «rifiutare il diritto al permesso di soggiorno UE ai titolari di permesso di soggiorno per assistenza minori risulterebbe irragionevole perché finirebbe con il negare ogni possibilità di stabilizzazione a soggetti regolarmente soggiornanti da molti anni, che ben possono avere instaurato solidi legami nell'ambiente sociale, lavorativo e familiare». La convertibilità del permesso per assistenza dei minori in permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo è stata riconosciuta anche da Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 14 aprile 2015, n. 1909, disponibile in <https://www.cgil.lombardia.it/wp-content/uploads/2018/05/consiglio-di-stato-14-04-2015-1909.pdf>, e Tar Campania-Napoli, sentenza del 17 febbraio 2020, n. 766, disponibile in https://www.meltingpot.org/app/uploads/2020/04/tar_campania_766_2020.pdf.

¹³ Cfr. Circolare del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali del 16 aprile 2009, n. 8489, disponibile in <https://www.immigrazione.biz/circolare.php?id=310>.

¹⁴ ASGI, *Il permesso di soggiorno per cure mediche. Salute e assistenza minori. Condizioni di salute e protezione internazionale*, giugno 2011, p. 7, disponibile in <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2021/06/Scheda-salute.pdf>.

permesso per assistenza dei minori sono poi inclusi tra i beneficiari dell'assegno unico e universale per i figli a carico, istituito dal D.lgs 230/2021¹⁵.

L'autorizzazione all'ingresso o al soggiorno, di cui all'art. 31, co. 3, del D.lgs 286/98, è revocata quando cessano i gravi motivi che ne giustificavano il rilascio, o per attività del familiare incompatibili con le esigenze del minore o con la permanenza in Italia.

La temporaneità dell'autorizzazione si giustifica in ragione della finalità della suddetta disposizione, che è la tutela del superiore interesse del minore e non, invece, la definitiva regolarizzazione del familiare, in condizione di irregolarità sul territorio nazionale. Peraltro, la temporaneità dell'autorizzazione non implica la necessaria temporaneità anche della situazione di grave disagio o danno del minore¹⁶.

2. *La sentenza n. 21799/2010 e l'ampliamento dei "gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore"*

Nella giurisprudenza di legittimità è emerso un contrasto interpretativo sul significato della formula "gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore", contenuta nell'art. 31, co. 3, del D.lgs 286/98, quale presupposto per il riconoscimento dell'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza del familiare.

In particolare, la giurisprudenza si è divisa in due indirizzi ermeneutici: uno restrittivo, che interpretava i "gravi motivi" come situazioni di emergenza connotate da temporaneità, o come circostanze contingenti ed eccezionali, legate alla salute fisica del minore, dovute a malattia o infermità¹⁷; l'altro

¹⁵ Con il messaggio INPS n. 2951 del 25 luglio 2022 è stata ulteriormente ampliata la platea dei soggetti aventi diritto all'assegno unico e universale, a seguito dell'iniziale estensione dei destinatari di tale misura con la circolare INPS n. 23 del 9 febbraio 2022. Cfr. https://www.inps.it/content/inps-site/it/it/inps-comunica/atti/circolari-messaggi-e-normativa/dettaglio.circolari-e-messaggi.2022.07.messaggio-numero-2951-del-25-07-2022_13898.html e <https://www.asgi.it/antidiscriminazione/auu-importanti-novita-con-il-messaggio-inps-n-2951-del-25-luglio-2022/>

¹⁶ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I minori di età nel diritto dell'immigrazione*, in ID. (a cura di), *Immigrazione asilo e cittadinanza*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2019, IV ed., pp. 173-174.

¹⁷ Cfr. Cass. Civ., sez. I, sentenza del 10 marzo 2010, n. 5856, disponibile in https://www.meltingpot.org/app/uploads/2010/03/sentenza_corte_di_cassazione_5856.pdf. In commento a questa sentenza si veda T. DE PASQUALE, *I criteri di applicazione del terzo comma dell'articolo 31 del T.U. sull'immigrazione e la tutela del minore straniero soggiornante in Italia: una lettura costituzionalmente orientata* (Nota a Cass. Civ., sez. I, n. 5856/2010), in *Norma -*

estensivo, che, invece, riteneva che «per un minore, specie (...) in tenerissima età, subire l'allontanamento di un genitore (...) costituisca un sicuro danno che può porre in serio pericolo uno sviluppo psicofisico armonico e compiuto», e che ravvisava la *ratio* dell'art. 31, co. 3, del T.U. Immigrazione nell'«incisiva protezione del diritto del minore alla famiglia e a mantenere rapporti continuativi con entrambi i genitori»¹⁸.

Le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione hanno risolto il contrasto giurisprudenziale con la sentenza del 25 ottobre 2010, n. 21799¹⁹, elaborando un'interpretazione adeguatrice dell'art. 31, co. 3, del D.lgs 286/98 alla luce degli artt. 29 e 30 Cost²⁰.

Ad avviso delle Sezioni Unite, dall'art. 31, co. 3, del T.U. Immigrazione si desume che alla famiglia «deve essere riconosciuta la più ampia protezione e assistenza, in particolare nel momento della sua formazione e in vista della responsabilità che entrambi i genitori hanno per il mantenimento e l'educazione dei figli minori».

Pertanto, la formulazione della norma è idonea a ricomprendere «qualsiasi danno effettivo, concreto, percepibile ed oggettivamente grave che in considerazione dell'età o delle condizioni di salute ricollegabili al complessivo equilibrio psico-fisico deriva, o è altamente probabile, deriverà al minore, dall'allontanamento del familiare o dal suo definitivo sradicamento dall'ambiente in cui è cresciuto».

In particolare, si tratta di «situazioni di per sé non di lunga o indeterminata

Quotidiano d'informazione giuridica, 17 giugno 2011, pp. 1-17, disponibile in https://extranet.dbi.it/Archivio_allegati/Allegati/24710.pdf

¹⁸ Cfr. Cass. Civ., sez. I, sentenza del 16 ottobre 2009, n. 22080, disponibile in https://www.minoriefamiglia.org/images/allegati/cass_2009_22080.pdf; Cass. Civ. sez. I, sentenza del 19 gennaio 2010, n. 823, disponibile in https://old.asgi.it/public/parser_download/save/cassazione_823_10_190110.pdf

In dottrina si veda C. COTTATELLUCCI, L. VILLA, *Una sentenza che viene da lontano: la Corte di cassazione conferma l'applicazione dell'art. 31 co. 3 per tutelare nella sua integrità lo sviluppo psicofisico dei minori stranieri*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2010, pp. 109-115.

¹⁹ Cass. Civ., sez. un., sentenza del 25 ottobre 2010, n. 21799, disponibile su https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2021/09/10_10_25_Corte-di-Cassazione-sentenza-21799.pdf. In commento a questa sentenza si veda C. COTTATELLUCCI, *La pronuncia n. 21799/2010 delle Sezioni unite sull'art. 31 del d.lgs. n. 286 del 1998: un mutamento di indirizzo che spetta alla giurisprudenza di merito approfondire*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, n. 4/2010, pp. 81-91; A. DEL GUERCIO, *L'interpretazione dei "gravi motivi" nella giurisprudenza più recente della Corte di cassazione: verso una più effettiva tutela dei minori stranieri*, in *Diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, n. 1/2011.

²⁰ Cfr. <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:costituzione>

nabile durata, e non aventi tendenziale stabilità che (...) si concretano in eventi traumatici e non prevedibili della vita del fanciullo che necessariamente trascendono il normale e comprensibile disagio del rimpatrio suo o del suo familiare».

Tali situazioni richiedono un'indagine svolta in modo individualizzato da un organo specializzato, qual è il Tribunale per i minorenni, a cui è demandato il compito di operare un bilanciamento tra l'interesse pubblico al controllo dell'immigrazione e il diritto del minore all'unità familiare²¹.

Inoltre, tenuto conto che la condizione psicofisica del fanciullo si modifica ed evolve nel tempo, si giustifica una «periodica rivalutazione, a seguito della quale, ove la gravità della situazione permane, l'autorizzazione [...] può essere prorogata».

3. *La sentenza n. 15750/2019 e il bilanciamento tra ordine pubblico, sicurezza nazionale e diritto all'unità familiare*

A distanza di quasi dieci anni dalla sentenza n. 21799/2010, le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione sono tornate a pronunciarsi sull'art. 31, co. 3, del T.U. Immigrazione con la sentenza del 12 giugno 2019, n. 15750²².

Con questa decisione si è affermata l'assoluta indefettibilità di un'interpretazione della richiamata norma che sia pienamente rispettosa dei principi di tutela dell'infanzia e dei diritti fondamentali del minore, sanciti nelle fonti internazionali²³, sovranazionali²⁴, costituzionali e statali, che garantiscono la salvaguardia dell'unità del nucleo familiare del minore, il quale de-

²¹ G. CARAPEZZA FIGLIA, *Tutela del minore migrante ed ermeneutica di controllo*, in L. CORAZZA, M. DELLA MORTE, S. GIOVA (a cura di), *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti. Asilo-Minori-Welfare*, Napoli, 2018, p. 214.

²² Cass. civ. sez. un., sentenza del 12 giugno 2019, n. 15750 disponibile in https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/03/2019_Cassazione_15750.pdf

²³ L'art. 8 della CEDU garantisce il diritto al rispetto della vita familiare. Cfr https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ita

²⁴ L'art. 24 della CDFUE stabilisce la preminenza dell'interesse superiore del bambino in tutti gli atti di autorità pubbliche o istituzioni private, che lo riguardano. Cfr. https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_it.pdf

Nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 12 aprile 2017 (COM(2017) 211 final), recante il titolo "La protezione dei minori migranti", si ribadisce che il principio dell'interesse superiore dei minori deve costituire un criterio fondamentale in tutte le azioni o le decisioni che li riguardano. Cfr. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0211>

ve poter fare affidamento su una relazione concreta ed effettiva con i propri genitori²⁵.

L'art. 31, co. 3, del D.lgs 286/98, difatti, «attua, completa ed esaurisce il bilanciamento necessario ed equilibrato tra il rispetto della vita familiare del minore che i pubblici poteri sono tenuti a proteggere (...) e l'interesse pubblico generale alla sicurezza del territorio e del controllo delle frontiere che richiede (...) il rispetto delle norme sull'immigrazione (...)».

Le Sezioni Unite hanno precisato che la valutazione del danno derivante dall'allontanamento dei genitori o dallo sradicamento del minore deve essere fondata su un giudizio prognostico sui seguenti profili: l'età del minore; il grado di integrazione in Italia, in relazione alla durata del soggiorno; le possibilità concrete di mantenere i rapporti con i genitori nell'ipotesi di rimpatrio dei medesimi.

La Suprema Corte ha evidenziato che l'autorizzazione, di cui all'art. 31, co. 3, del D.lgs 286/98, si configura come un baluardo posto a protezione del «diritto fondamentale del minore a vivere con i genitori», essendo la norma deputata a salvaguardare il superiore interesse del minore in situazioni nelle quali l'allontanamento o il mancato ingresso di un suo familiare determinerebbe un grave deterioramento della condizione psicofisica del fanciullo.

In particolare, «l'interesse del familiare ad ottenere l'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza nel territorio nazionale «riceve tutela in via riflessa, ovvero nella misura in cui sia funzionale a salvaguardare lo sviluppo psicofisico del minore, che è il bene giuridico protetto dalla norma nonché la ragione unica del provvedimento autorizzatorio».

Alla luce di tale iter logico-argomentativo, le Sezioni Unite hanno affermato che il diniego dell'autorizzazione non può derivare automaticamente dalla pronuncia di condanna per un reato ostativo all'ingresso o al soggiorno dello straniero, ma deve risultare da un esame circostanziato del caso e da un bilanciamento con l'interesse del minore, a cui è attribuito valore prioritario ma non assoluto.

²⁵ La Corte di Cassazione, sez. I, con l'ordinanza del 31 maggio 2023, n. 15304, ha statuito che l'art. 8 della CEDU costituisce «un insostituibile parametro normativo» per la corretta interpretazione dell'art. 31, co. 3, del D.lgs 286/98 nella misura in cui «protegge il diritto alle relazioni familiari effettive», evidenziando la necessità di « (...) salvaguardare l'unità genitorifili (...), in quanto risulti accertato non (...) un rapporto di filiazione meramente biologica quanto l'emersione, in vivo e non in vitro, della primaria esigenza di assistenza del minore, onde evitargli il pregiudizio conseguente al venir meno della coesione familiare (...)».

La richiamata ordinanza è disponibile su <https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/allegati/fascicolo-n-3-2023/famiglia-1/1285-2-cass-15304-2023/file>

L'operazione ermeneutica della Suprema Corte è volta, quindi, a dimostrare che la sussistenza di precedenti condanne in capo al familiare non può di per sé rappresentare una circostanza insuperabile per l'accoglimento della richiesta di autorizzazione, di cui all'art. 31, co. 3, del D.lgs 286/98²⁶.

4. *Il d.l. n. 130/2020 e la convertibilità del permesso di soggiorno per assistenza dei minori in permesso di soggiorno per motivi di lavoro*

L'istituto di cui all'art. 31, co. 3, del D.lgs 286/98 ha assunto ancora maggiore incisività a seguito delle modifiche introdotte nel T.U. Immigrazione dal d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, convertito nella l. n. 173/2020²⁷, con cui il legislatore, nell'ambito di una politica orientata alla tutela dei minori stranieri e al rispetto della vita familiare, ha previsto la convertibilità del permesso di soggiorno per assistenza dei minori in permesso di soggiorno per motivi di lavoro²⁸.

Si tratta di una rilevante novità normativa idonea a dare stabilità alla regolare permanenza in Italia di interi nuclei familiari²⁹.

La convertibilità del permesso per assistenza dei minori in permesso per motivi di lavoro, subordinata alla sussistenza di un regolare rapporto di lavoro, configura una sorta di "by-pass", attraverso cui il migrante può transitare da una condizione di precarietà e temporaneità ad un soggiorno stabile in un'ottica di integrazione sociale³⁰.

²⁶ T. ONIDA, *Diritto all'unità familiare e minorenni stranieri. Quali interessi devono essere bilanciati per tutelarne la vita familiare?*, in *Rassegna Giuridica Questioni di Attualità*, n. 4/2023, p. 7, disponibile in https://www.minori.gov.it/sites/default/files/idi_rg423_quest-2.pdf

²⁷ Cfr. <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legge:2020-10-21;130>

²⁸ Cfr. art. 1, co. 1, lett. b), del d.l. n. 130/2020, come modificato dalla l. n. 173/2020, che ha inserito il co. 1-bis, lett. h), nell'art. 6 del D.lgs 286/98.

Sulla convertibilità del permesso per assistenza dei minori in permesso di soggiorno per motivi di lavoro come elemento positivo nell'ottica di una flessibilizzazione del regime dei permessi di soggiorno, si veda ASGI, *Alcune luci e molte ombre nel decreto-legge n. 130-2020 in materia di immigrazione e asilo: è indispensabile fare subito modifiche importanti*, 4 novembre 2020, p. 1, disponibile in <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/11/valutazioni-ed-emendamenti-ASGI-al-d.l.-n.-130-2020-4-11-2020-fin-1.pdf>

²⁹ A. PAPERIO, *Le modifiche introdotte dal D.l. 130/2020. Le nuove disposizioni in materia di immigrazione. La nuova disciplina dei permessi di soggiorno e la convertibilità in permessi di soggiorno per motivi di lavoro*, 10 giugno 2021, disponibile in https://www.piemonteimmigrazione.it/images/formazione/alessia_pasero_formazione_10_giugno_slide.pdf

³⁰ G. CONTI, *La protezione umanitaria e il nuovo Sistema di accoglienza e integrazione nel*

Si conferisce, così, una prospettiva strutturale alla posizione amministrativa del familiare, che, altrimenti, sarebbe indissolubilmente vincolata al permanere della condizione – la sussistenza dei gravi motivi connessi con lo sviluppo psicosociale del minore – che originariamente ha consentito il rilascio del titolo³¹.

L'art. 2, co. 1, lett. e), punto 3, del d.l. n. 130/2020, convertito nella l. n. 173/2020, ha inserito nell'art. 32 del D.lgs 25/2008³² il comma 3.2, in cui si stabilisce che, nei casi in cui la domanda di protezione internazionale non è accolta e nel corso del procedimento emergono i presupposti di cui all'art. 31, co. 3, del D.lgs 286/98, affinché il familiare rimanga nel territorio nazionale, per gravi motivi connessi allo sviluppo psicosociale e alla salute del minore, «la Commissione territoriale ne informa il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni competente, per l'eventuale attivazione delle misure di assistenza in favore del minore». Pertanto, può essere disposta dal Pubblico Ministero l'adozione di misure di assistenza per il minore alternative all'autorizzazione alla permanenza del familiare, come l'inserimento del fanciullo in strutture di accoglienza per minorenni³³.

5. *L'istituzione del Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie*

L'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia del familiare, di cui all'art. 31, co. 3, del D.lgs 286/98, va inquadrata nell'ambito della previsione dell'istituzione del Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie, sancita dall'art. 30, co. 1, lett. c), del D.lgs 149/2022³⁴, di attuazione della legge delega n. 206/2021³⁵, che ha modificato l'art. 50 del r.d. n. 41/1912³⁶, cd. «Ordinamento giudiziario».

d.l. n. 130/2020, in *federalismi.it*, n. 35/2020, p. 13, disponibile in <https://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=44682&dpath=document&dfile=28122020202926.pdf&content=La%2Bprotezione%2Bumanitaria%2Be%2Bil%2Bnuovo%2BSistema%2Bdi%2Baccoglienza%2Be%2Bintegrazione%2Bnel%2Bd%2BEI%2E%2Bn%2E%2B130%2F2020%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bdottrina%2B%2D%2B>

³¹ P. COGNINI, *Le modifiche ai decreti-sicurezza. Illustrazione delle modifiche normative in materia di immigrazione e asilo contenute nel testo licenziato dal Consiglio dei ministri del 5 ottobre 2020*, 22 ottobre 2020, disponibile in <https://www.meltingpot.org/2020/10/le-modifiche-ai-decreti-sicurezza-illustrazione-aggiornata-dellavv-paolo-cognini/>

³² Cfr. <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2008;25>

³³ P. COGNINI, *Le modifiche ai decreti-sicurezza*, cit.

³⁴ Cfr. <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2022/10/17/22G00158/sg>

³⁵ Cfr. <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2021-11-26;206>

³⁶ Cfr. <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1941-01-30;12>

L'entrata in vigore di tale disposizione, e, quindi, l'entrata in operatività del nuovo Tribunale, che era stata originariamente prevista dall'art. 49, co. 1, del D.lgs 149/2022 entro il termine di due anni dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del medesimo decreto in data 17 ottobre 2022 – successivamente modificato in tre anni dall'art. 12 del d.l. 4 luglio 2024, n. 92, convertito nella l. n. 112/2024³⁷, e poi ulteriormente rettificato in quattro anni dall'art. 6, co.1, del d.l. 8 agosto 2025, n. 117, convertito nella l. n. 148/2025³⁸ – è stata da ultimo differita al 18 ottobre 2026³⁹.

Il Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie è destinato ad assorbire la totalità delle competenze oggi attribuite al Tribunale ordinario e al Tribunale per i minorenni, quali distinti organi giurisdizionali deputati ad amministrare la giustizia familiare e minorile, con la conseguenza che l'istituzione del Tribunale unico interessa anche i minori stranieri.

Esso è in concreto articolato secondo una duplice struttura, attraverso plurime sezioni circondariali sul territorio, raccordate in un'unica e centrale sede distrettuale.

Con riguardo alla ripartizione tra sezioni distrettuali e sezioni circondariali, il riformato art. 50.5 dell'Ordinamento giudiziario stabilisce che presso la sezione circondariale in composizione monocratica sono trattati i procedimenti previsti dall'art. 31 del D.lgs 286/98, compresi quelli di cui al comma 3, relativi all'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza sul territorio nazionale del familiare del minore straniero⁴⁰. Si tratta, cioè, di uno dei casi attribuiti alla sezione circondariale, in cui, come evidenziato nella Relazione illustrativa al D.lgs 149/2022⁴¹, il legislatore ha ritenuto opportuno garantire la prossimità del giudice competente, piuttosto che la trattazione a livello centralizzato.

Con l'istituzione del nuovo Tribunale si mira a rafforzare le garanzie insopprimibili per la salvaguardia dei diritti del minore, che non possono prescindere da una visione unitaria e coerente della sua situazione personale, nella misura in cui unica è la situazione soggettiva legittimante, cioè l'interesse del minore, e unitario, deve essere anche il modo di assicurargli tutela⁴².

³⁷ Cfr. <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legge:2024-07-04;92>.

³⁸ Cfr. <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legge:2025;117>.

³⁹ Cfr. <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01473495.pdf>.

⁴⁰ Inoltre, si fa riferimento all'ipotesi del comma 4, in cui sia disposta dal Tribunale, su richiesta del Questore, l'espulsione del minore straniero, a condizione che il provvedimento non comporti "un rischio di danni gravi per il minore".

⁴¹ Tale Relazione è disponibile su <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2022/10/19/22A06017/sg>

⁴² F. DANOVI, *La riforma del processo civile e il diritto degli stranieri*, in *Diritto, Immigra-*

6. Osservazioni conclusive

Alla luce della giurisprudenza della Corte di Cassazione e dei suesposti approdi normativi, emerge che l'art. 31, co. 3, del D.lgs 286/98 rappresenta una norma di chiusura del sistema di tutela dei minori stranieri delineato nel T.U. Immigrazione, poiché, nell'ambito di un assetto rigido, formalista e ostile alla permanenza degli stranieri irregolari sul territorio nazionale, l'istituto *extra ordinem* dell'autorizzazione temporanea del familiare ha consentito di tenere conto di situazioni di rilievo umano e sociale, evitando la compromissione dell'equilibrio psicofisico del minore⁴³.

Nell'art. 31, co. 3, del D.lgs 286/98 il vincolo familiare giustifica la sottrazione del trattamento del migrante irregolare al regime generale sull'ingresso e il soggiorno ed emerge la volontà del legislatore di preservare i legami affettivi del minore, bilanciando l'interesse statale alla tutela della sicurezza nazionale con il preminente interesse del fanciullo⁴⁴.

L'istituto, di cui all'art. 31, co. 3, del D.lgs 286/98, si presta ad "abusi" e diviene una valvola di regolarizzazione, quando esso si traduce in una modalità anomala di legittimazione dell'inserimento di famiglie di stranieri illegalmente presenti nel territorio dello Stato, attraverso una strumentalizzazione dell'infanzia, allorché i genitori invocano l'interesse dei minori al solo scopo di ottenere l'autorizzazione all'ingresso o al soggiorno in Italia. Questo utilizzo pretestuoso dell'interesse dei minori si trasforma in un privilegio per i genitori irregolari, sostanziandosi in una sanatoria della loro condizione di clandestinità.

Avverso tale deriva si riespande la tutela dell'ordine pubblico. Nel caso in cui sia accertata dal giudice la pericolosità sociale del familiare, condannato per un reato ostativo all'ingresso e al soggiorno, e sia riscontrata la mancanza dell'effettività della vita familiare e dell'esercizio della funzione genitoriale o della relazione parentale a beneficio del minore, le ragioni di ordine pubblico prevalgono sull'interesse assistenziale del minore.

zione e Cittadinanza, n. 2/2023, p. 5-6, disponibile in <https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-n-2-2023/1107-la-riforma-del-processo-civile-e-il-diritto-degli-stranieri/file>

⁴³ L. MIAZZI, *L'autorizzazione alla permanenza del genitore: un istituto fondamentale per la protezione del bambino straniero*, in *Minorigiustizia*, n. 1/2019, pp. 79-80.

⁴⁴ P. BONETTI, *Diritto all'unità familiare e tutela dei minori. Sezione Prima - Profili generali e costituzionali*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, p. 891.

CORRIDOI UMANITARI: CHIAROSCURI DEL PROCESSO SELETTIVO E DELLA GARANZIA DEI DIRITTI

Michela Tuozzo*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La selezione dei beneficiari nei corridoi umanitari: i criteri. – 2.1. I criteri di vulnerabilità e la procedura di valutazione. – 2.2. La selezione extraterritoriale come fattispecie pubblicistica. – 2.3. La difficile configurabilità di diritti e rimedi extraterritoriali. – 3. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Le *protected entry procedures* (d'ora in avanti *PEPs*) sono forme complementari di accesso alla protezione internazionale, che consentono al cittadino straniero di presentare una richiesta di ingresso extraterritoriale nell'ambito di procedure coordinate da organizzazioni internazionali umanitarie e (di solito) supervisionate dallo Stato di protezione. Come messo in luce in un noto studio di qualche anno fa, ciascuna delle due componenti di questa definizione – l'aspetto dell'accesso e quello della procedura di selezione – presenta problematiche specifiche¹.

Il focus di questo post è su queste due componenti, analizzate in riferimento ai corridoi umanitari, realizzati negli ultimi anni in diversi Stati europei, a partire dalla best practice italiana. Il programma si ispira allo schema generale di reinsediamento promosso dall'Unione europea² e si allinea agli obiettivi della Dichiarazione di New York del 2016 e dei Global Compacts sui rifugiati e sulla migrazione³.

* RTDA diritto costituzionale, Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ G. NOLL, J. FAGERLUND, F. LIEBAUT, *Study on the Feasibility of Processing Asylum Claims Outside the EU Against the Background of the Common European Asylum System and the Goal of a Common Asylum Procedure*, Danish Centre for Human Rights – European Commission, 2002, p. 20.

² Raccomandazione (UE) 2017/1803 della Commissione, del 3 ottobre 2017, sul rafforzamento dei percorsi legali per le persone bisognose di protezione internazionale [notificata con il numero C(2017) 6504].

³ J. VAN SELM, *Complementary Pathways to Protection: Promoting the Integration and Inclusion of Refugees in Europe?*, in *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 690(1), 2020, pp. 136-152.

Una delle peculiarità dei corridoi è data dalla istituzionalizzazione di forme di partenariato pubblico-privato per lo svolgimento di compiti prepartenza, trasferimento, accoglienza e integrazione nelle comunità di destinazione. Altra caratteristica è data dalla presenza, nel partenariato, di associazioni di matrice religiosa, con funzioni di direzione e gestione delle attività elencate per realizzare la finalità generale: favorire l'ingresso di chi necessita di protezione internazionale. Si osserva, pertanto, uno «shift in responsibilities from government to private individuals», che possono essere singoli sponsors o comunità organizzate⁴.

Sulla base dei Protocolli alla base delle due *PEPs* sperimentate in Italia, di seguito si tenterà di evidenziare le luci e le ombre relative alle modalità selettive e all'impiego di dispositivi giuridici per l'ingresso sul territorio.

2. La selezione dei beneficiari nei corridoi umanitari: i criteri

In Italia, Belgio e Francia i “corridoi umanitari” sono promossi, a partire dal 2015, dalla Comunità di Sant'Egidio, dalla Tavola Valdese e dalla Federazione delle Chiese Evangeliche, attraverso protocolli d'intesa con i Ministeri dell'interno e degli affari esteri.

I tratti salienti dei Protocolli⁵ sono: i) l'individuazione dei Paesi da cui provengono i beneficiari (i protocolli sono, invero, perlopiù siglati con i Paesi di transito⁶ e i Paesi di provenienza di flussi di massa, in fuga da crisi umanitarie, come è accaduto per l'evacuazione dell'Afghanistan⁷); ii)

⁴ M.B. ZANZUCHI, N. DUMANN, F. TISSOT, A. SKODO, *Attracting, Retaining, and Diversifying Sponsors for Refugees in Community Sponsorship Programs*, 2023, p. 8; L. GALLI, *Quale ruolo degli attori pubblici nella sponsorship privata dei rifugiati? Una riflessione sull'esperienza italiana alla luce di quella canadese*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2022, pp. 134-165.

⁵ Asylum, Migration and Integration Fund, *Corridoi Umanitari: le procedure di implementazione per la loro estensione su scala europea*, online: <https://www.humanitariancorridor.org>

⁶ Protocollo di intesa per la realizzazione del progetto apertura di corridoi umanitari tra Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale - Direzione generale per gli italiani all'estero e le politiche migratorie, Ministero dell'interno - Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, Conferenza episcopale italiana e Comunità di Sant'Egidio.

⁷ Protocollo d'intesa per la realizzazione del progetto corridoi umanitari/evacuazione dell'Afghanistan tra Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, Direzione generale per gli italiani all'estero e le politiche migratorie, Ministero dell'interno - Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, Conferenza episcopale italiana, Comunità di Sant'Egidio, Federazione delle chiese evangeliche, Tavola valdese, Arci - Associazione ricrea-

l'individuazione dei beneficiari; iii) l'individuazione e le modalità di coinvolgimento di attori non statali nelle attività pre-partenza e post-arrivo; iv) il nulla osta al rilascio del visto umanitario da parte delle autorità nazionali competenti; v) la firma di una dichiarazione di impegno a rispettare le leggi dello Stato ospitante, a raggiungere gli obiettivi del progetto e, per la Francia, a stipulare il contratto di integrazione repubblicana.

Nell'ordinamento italiano⁸, per l'autorizzazione all'ingresso sul territorio si prendono in considerazione due fattori: la sussistenza di un genuino bisogno di protezione internazionale⁹ e la peculiare vulnerabilità del beneficiario¹⁰. Quest'ultimo elemento, peraltro, assume un peso fondamentale nella determinazione della graduatoria che presiede ai trasferimenti¹¹.

A questi fattori, si aggiungono poi criteri preferenziali, fondati sulle condizioni familiari dei richiedenti, e criteri complementari, attinenti ad aspetti relazionali: se la persona possa beneficiare di ospitalità e sostegno da parte di soggetti singoli, chiese o associazioni, per un congruo periodo iniziale; e se abbia una rete familiare o sociale stabile in Italia e per questa ragione abbia dichiarato di volersi stabilire e integrare nel paese.

L'elenco dei criteri complementari è, poi, più ricco nell'ambito del corridoio con l'Afghanistan, dove ai criteri sopraindicati si aggiungono i seguenti:

a) i legami familiari con cittadini afgani regolarmente presenti in Italia o giunti con il programma di evacuazione del 2021 (anche familiari non ricompresi tra i ricongiungibili ai sensi della normativa europea);

b) l'attività svolta in Afghanistan, in particolare per le posizioni pubbliche assunte in passato, che espongono la persona al rischio della vita, dell'incolumità personale o della libertà personale;

tiva e culturale italiana e INMP - Istituto nazionale per la promozione della salute per le popolazioni migranti e il contrasto delle malattie della povertà, OIM - organizzazione internazionale per le migrazioni, UNHCR - alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati.

⁸ Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I due Protocolli d'intesa sui "corridoi umanitari" tra alcuni enti di ispirazione religiosa ed il Governo ed il loro possibile impatto sulle politiche di asilo e immigrazione*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2017, pp. 1-31.

⁹ Ossia essere riconosciuti meritevoli *prima facie* dello status di rifugiato in base alla Convenzione di Ginevra del 1951 e al relativo protocollo del 1967 dall'UNHCR, ovvero essere costretti a lasciare il proprio paese nel fondato timore di subire un danno grave.

¹⁰ La condizione di vulnerabilità, valutata in conformità ai criteri espressi dall'art. 17, d.lgs. 18 agosto 2015 n. 142, è accertata dalla Comunità di Sant'Egidio e dalla Conferenza Episcopale Italiana, tramite Caritas Italiana e Fondazione Migrantes, sentita l'UNHCR.

¹¹ European Commission: Directorate-General for Migration and Home Affairs, *Study on the feasibility and added value of sponsorship schemes as a possible pathway to safe channels for admission to the EU, including resettlement – Final report*, Publications Office, 2018, p. 64.

- c) la collaborazione con il contingente italiano o legate alla cooperazione internazionale in Afghanistan; d) la già avvenuta segnalazione per il programma di evacuazione di agosto 2021;
- e) una condizione di vulnerabilità non adeguatamente affrontabile nel Paese di transito e compatibile con le capacità di accoglienza in Italia;
- f) la possibilità di beneficiare del sostegno di soggetti singoli, chiese o associazioni, per un periodo non inferiore a un anno;
- g) la presenza di reti familiari o sociali stabili in Italia, unitamente alla dichiarazione di volersi stabilire e integrare nel paese.

2.1. *I criteri di vulnerabilità e la procedura di valutazione*

Individuati i criteri di selezione dei beneficiari, occorre chiedersi come questi siano applicati e come orientino il rapporto tra “fattori umanitari” e “criteri relazionali”.

In primo luogo, la nozione di vulnerabilità non coincide con l’elenco tassativo del Resettlement Handbook dell’UNHCR¹², ma con quella più estesa dell’art. 17 d.lgs. n. 142/2015.

Sul piano della gerarchia tra i criteri, tra quelli complementari è data attenzione specifica all’esistenza di legami familiari, considerati in senso più ampio rispetto alle ipotesi previste dalla direttiva 2003/86/CE sul ricongiungimento familiare, riguardante le sole relazioni intercorrenti tra cittadino straniero regolarmente residente da un anno o rifugiato e il coniuge, figli e ascendenti di primo grado. I corridoi umanitari, infatti, si riferiscono anche a legami che intercorrono tra soggetti diversi da quelli indicati nella direttiva 86 cit., come si desume dalle previsioni relative al corridoio con l’Afghanistan, in cui, ai sensi dell’art. 3, co. 3, lett. a), si valorizzano i legami familiari non ricompresi tra quelli ricongiungibili, e ai sensi della successiva lett. g), la presenza in Italia di reti familiari o sociali.

Sul piano applicativo, è significativo che la maggior parte dei beneficiari sia rappresentata da nuclei familiari e minori¹³. Se ne può dedurre che l’esistenza del legame familiare (e, per il corridoio afgano, anche la presenza di familiari non ricongiungibili) ha acquisito nella prassi centralità, sia come

¹² UNHCR, *Resettlement Handbook*, Chapter III: The Resettlement Submission Categories.

¹³ M. NGOMBE, *Les couloirs humanitaires: un régime d’exception pour gérer des réfugiés «désirables»*, in *Revue internationale des études du développement*, n. 1/2020, p. 29; MYRIA, *La migration en chiffres et en droits 2022 - Accès au territoire*, Cahier du rapport annuel, p. 39.

criterio selettivo che decisivo rispetto alla più ampia platea selezionata in base al bisogno di protezione internazionale e alla vulnerabilità. Probabilmente, questo dato è riconducibile alle prime esperienze di community sponsorship tedesche e irlandesi, nate «per dare una risposta di protezione alle famiglie dei numerosi rifugiati siriani già residenti legalmente nel territorio europeo», ma «che non potevano avvalersi delle norme sul ricongiungimento familiare previste dalla legislazione dell'UE, in quanto questa annovera fra i parenti ricongiungibili solamente i membri principali della famiglia»¹⁴. Al contempo, è utile evidenziare che le esperienze tedesche e irlandesi avevano la finalità di espandere i canali di accesso legale per preservare l'unità familiare, diversamente dai corridoi umanitari che invece hanno uno scopo più ampio.

Inoltre, i criteri complementari variano nei diversi protocolli: ad esempio, nell'evacuazione dei cittadini afgani, vengono valutati fattori come l'attività professionale e le precedenti collaborazioni con il contingente italiano. Ulteriori criteri preferenziali sono quelli relativi alla "integrabilità" dei beneficiari nel Paese di arrivo (v. gli indicatori sulla presenza di reti familiari e sociali, la dichiarazione di volersi integrare o, per i corridoi umanitari francesi, la stipula del contratto di integrazione repubblicano: supra, § 2).

Per quanto riguarda la procedura, l'identificazione e la selezione dei beneficiari è effettuata dagli operatori e dalle agenzie internazionali (UNHCR o IOM) e/o dalle ONG che operano sul campo, all'esito di un procedimento che si compone di più fasi. La prima è di segnalazione dei potenziali beneficiari da parte di UNHCR, UNRWA, IOM, Croce Rossa Italiana e altre associazioni. Le successive attività sono svolte dagli operatori e dai coordinatori del progetto. Questi si occupano di svolgere le interviste (in genere, tre), valutare la veridicità del racconto, far firmare la "dichiarazione di impegno" contenente i punti salienti del progetto, accertare la situazione giudiziaria dei potenziali beneficiari (anche se un secondo livello di controllo è svolto dalle autorità competenti nei Paesi di destinazione e di transito), inserire i dati dei beneficiari selezionati nella banca dati Eurodac¹⁵. Terminata la fase selettiva, quella pre-partenza serve a preparare il trasferimento nel Paese di destinazione. In questa fase intervengono le autorità nazionali per verificare

¹⁴ Caritas italiana, *Oltre il mare. Primo rapporto sui Corridoi Umanitari in Italia e altre vie legali e sicure d'ingresso*, 2019, p. 27, disponibile al link: https://archivio.caritas.it/caritasitaliana/allegati/8149/Oltre_il_Mare.pdf

¹⁵ Caritas Italiana, *Oltre il mare*, cit., p. 46; Gruppo di lavoro del Progetto Humanitarian Corridors, *Manuale Corridoi Umanitari: le procedure di implementazione per la loro estensione su scala europea*, p. 11 ss., disponibile al link: https://www.humanitariancorridor.org/wp-content/uploads/2019/12/REPORT_ITA_WEB.pdf

l'assenza di impedimenti al rilascio del nulla osta per il visto umanitario, ai sensi dell'art. 25 par. 1, reg. n. 810/2009.

2.2. *La selezione extraterritoriale come fattispecie pubblicistica*

Tra gli aspetti critici segnalati dalla dottrina riguardanti il processo selettivo emerge quello dell'opacità della procedura di selezione dei beneficiari¹⁶. Agli operatori delle organizzazioni coinvolte è assegnato un potere di "filtro" all'asilo non garantito né dal giusto procedimento, né dalla possibilità di proporre rimedi avverso la decisione di "non selezione". Occorre chiedersi se le garanzie del giusto procedimento, che per legge circondano le domande di protezione internazionale di chi è presente nel territorio, si applichino analogicamente anche all'ipotesi qui considerata e, in tal caso, a quali condizioni e con quale livello di intensità. La questione riguarda la controversa efficacia cd. diagonale¹⁷ delle Carte dei diritti umani, ossia la loro aspirazione a tutelare universalmente i diritti, da bilanciare con la nozione di giurisdizione accolta nel diritto internazionale, che, invece, tende a limitare la portata percettiva delle Carte in base ai classici connotati della sovranità statale.

Per chiarirne la complessità del problema, è necessario interrogarsi sulle implicazioni rispetto alla piena equiparazione delle tutele di due possibili ipotesi di delocalizzazione delle procedure selettive: quella che comporta una delega formale a soggetti terzi dell'esercizio extraterritoriale di compiti statali attinenti al riconoscimento della protezione internazionale e quella che si basa sul mero esercizio privato di funzioni pubbliche, assistito da organizzazioni internazionali, in assenza di una cornice giuridica di diritto interno a copertura dell'*extraterritorial processing*¹⁸.

Nei protocolli esaminati, il ruolo del Ministero degli interni e degli affari esteri è di coordinamento degli enti coinvolti nel progetto, di trasferimento delle informazioni necessarie alle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale e di svolgimento dei controlli di sicurezza prodromici al rilascio del visto d'ingresso. Rispetto al processo selettivo extraterritoriale, le autorità nazionali non esercitano alcuna funzione ammi-

¹⁶ C. SICCARDI, *Quali vie di ingresso legale per i richiedenti protezione in Europa? Contesto europeo e costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2022, p. 103.

¹⁷ J. H. KNOX, *Diagonal environmental rights*, in M. GIBNEY, S. SKOGLY (a cura di), *Universal human rights and extraterritorial obligations*, University of Pennsylvania Press, 2010, pp. 82 ss.

¹⁸ EPRS, *Extraterritorial processing of asylum claims*, Briefing, July 2025.

nistrativa se non quella di dare approvazione finale alla lista di beneficiari individuati, senza tuttavia poter intervenire nel merito della stessa. Ciò nondimeno, nella fase selettiva si instaura il rapporto autorità/libertà che comporta l'esercizio da parte di soggetti privati ma talora anche pubblici (come le organizzazioni internazionali UNHCR o IOM) di un potere che dovrebbe essere limitato attraverso le garanzie del *due process*. Una raffigurazione in termini di dimensione meramente orizzontale dei diritti in gioco tra privati non sembra cogliere la specificità della fattispecie in questione, sia per la condizione di soggezione dei potenziali beneficiari rispetto a chi opera la selezione, sia perché il "bene" in gioco (l'accesso al territorio di uno Stato e al suo sistema di accoglienza) ricade tra le utilità pubbliche.

L'esistenza del Protocollo ministeriale legittima l'esercizio di una prerogativa tipicamente legata alla sovranità statale: decidere chi può entrare e circolare nel territorio nazionale e – sebbene buona parte delle attività di accoglienza sia svolta da attori privati – accedere alle risorse statali, nonché avviare un percorso di convivenza e integrazione con i cittadini¹⁹. L'attività selettiva è destinata, a ben vedere, ad attribuire un beneficio pubblico. Una conferma indiretta si trae anche dalla recente introduzione dell'art. 5-ter, d.l. 10 marzo 2023, n. 20, sull'accesso ai servizi pubblici erogati a norma dell'art. 1 *sexies*, d.l. 30 dicembre 1989, n. 416, di chi abbia fatto ingresso sul territorio tramite i corridoi umanitari.

2.3. *La difficile configurabilità di diritti e rimedi extraterritoriali*

Anche accedendo alla ricostruzione della fattispecie nella chiave pubblicistica proposta, resta problematico configurare un dovere per le autorità nazionali di far rispettare i diritti (sostanziali e procedurali) fuori dalla propria area di giurisdizione in assenza di un contatto territoriale o personale diretto, come accade, appunto, per i corridoi umanitari.

È noto che la Corte Edu ha contribuito a inglobare nel *jurisdictional link* le ipotesi dell'applicazione *ratione loci* e *ratione personae* della Convenzione. Tuttavia, la multiformità delle ipotesi attraverso le quali le azioni dello Stato presentano un nesso eziologico con quanto accade fuori dalla sua area di giurisdizione, ha portato a elaborare un terzo paradigma: quello della giurisdizione a effetti extraterritoriali²⁰. Quest'ultimo si realizza quando la violazione

¹⁹ L. GALLI, *Quale ruolo degli attori pubblici sulla sponsorship privata dei rifugiati?*, cit., 153 ss.

²⁰ M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: An Overview*, in

dei diritti non è conseguenza del contatto con il territorio o con gli organi dello Stato, ma è comunque riconducibile a un'azione o un'omissione dello Stato.

Applicando tale paradigma al contesto dei corridoi umanitari, si potrebbe avanzare l'ipotesi che gli organi amministrativi e giudiziari, che presiedono le garanzie della protezione internazionale, debbano «ritenersi altresì obbligati a far rispettare i diritti oltreconfine»²¹. In tali casi, alla presenza di un debole nesso di causalità tra la mancata selezione del beneficiario e la lesione del suo diritto di asilo corrisponderebbe un maggior rigore nell'accertamento della *due diligence* statale²² e della concreta verifica di quello che lo Stato avrebbe potuto fare oltreconfine²³. Il Consiglio di Stato, con la sentenza 4569/2020²⁴ sul Fondo per l'Africa, sembra identificare una modalità di verifica per certi versi analoga: prima distinguendo tra intervento avente o meno una finalità legittima e poi verificando se all'intervento legittimo siano ricollegabili effetti illegittimi. In tal caso, l'ulteriore livello di verifica riguarda l'esistenza di fattori estranei e non controllabili dalle autorità italiane.

In ogni caso, la pretesa dei potenziali beneficiari a un processo selettivo trasparente e informato ai canoni del giusto procedimento è difficile da garantire. Alle difficoltà descritte si aggiungono quelle "di merito" emerse nella giurisprudenza del Tribunale ordinario di Roma. Quest'ultimo, infatti, riconosce di non poter intervenire sulle valutazioni relative alla vulnerabilità e alla "integrabilità" della persona, perché altrimenti finirebbe per sostituirsi alle attività valutative degli operatori di UNHCR o IOM e violerebbe il principio di eguaglianza e di non discriminazione, a danno di quei richiedenti che non hanno accesso alla difesa tecnica. Inoltre, la sostituzione del giudice nazionale consentirebbe a taluni potenziali beneficiari di "scavalcare la fila" a parità di condizione di vulnerabilità (Tribunale di Roma, composizione collegiale, ordinanza 25.2.2022 e in altri casi successivi²⁵). All'opposto, il Tribunale ha accolto le doglianze dei ricorrenti quando sia emersa la sussistenza di

EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law, November 30, 2011; S. VEZZANI, *Considerazioni sulla giurisdizione extraterritoriale ai sensi dei trattati sui diritti umani*, in *Rivista di diritto internazionale*, p. 1095.

²¹ F.V. VIRZÌ, *L'extraterritorialità nel diritto amministrativo*, Napoli, 2013, p. 115.

²² S. VEZZANI, *Recenti sviluppi in tema di applicazione extraterritoriale delle convenzioni internazionali sui diritti umani*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3/2021, p. 681.

²³ F.V. VIRZÌ, *L'extraterritorialità*, cit. p. 120.

²⁴ Consiglio di Stato, Sezione Quarta, sentenza del 15 luglio 2020, n. 04569.

²⁵ Si veda la raccolta di sentenze del Tribunale di Roma segnalate nella *Rassegna "Diritto al rilascio di visti umanitari"*, in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, n. 2/2022.

un criterio di collegamento con lo Stato italiano, derivante dalla precedente evacuazione dei loro familiari nel Paese e dal concomitante rischio di subire ritorsioni da parte delle autorità afgane, a causa degli ordini di arresto nei confronti dei familiari già presenti in Italia²⁶.

Un'ulteriore ipotesi è quella del ricorso avverso il (mancato) rilascio del visto umanitario, ma anche questa non sembra garantire una tutela effettiva. La giurisprudenza del Tribunale di Roma è oscillante sul rilascio del visto in via giudiziale. Talvolta l'autorità giudiziaria ha negato tale possibilità²⁷, accogliendo le ragioni espresse nella "saga" sui visti tra Corte di giustizia Ue e Corte Edu²⁸: il visto a validità territoriale limitata non rientra nell'ambito di applicazione del diritto Ue, ma al più in quello nazionale²⁹, che a sua volta non riconosce il diritto al visto umanitario; l'assenza del nesso territoriale ed extraterritoriale per il radicamento della giurisdizione ai sensi dell'art. 1 CEDU. La presentazione di una domanda di visto d'ingresso presso l'ambasciata non è idonea a radicare la responsabilità statale, secondo i giudici di Strasburgo, poiché ciò implicherebbe riconoscere portata universale alla Convenzione³⁰.

In altri casi, invece, dalle circostanze fattuali è emerso un collegamento con l'autorità statale che ha portato a riconoscere, in forza dell'art. 10, co. 3 Cost., il diritto al rilascio del visto d'ingresso. In quelle ipotesi il criterio di collegamento con le autorità nazionali era rappresentato dalla riammissione informale realizzata dalle autorità nazionali di frontiera³¹ o dal rifiuto del reingresso del cittadino straniero con legami familiari in Italia³². Estemporanea sembra, invece, la decisione fondata sul dovere del giudice di adottare

²⁶ Trib. Civ. Roma, sez. Diritti della persona e immigrazione civile, ordinanza del 14 settembre 2023.

²⁷ Trib. Civ. Roma, sez. XVIII, ordinanze del 25 febbraio, del 25 marzo, del 7 e dell'8 aprile 2022.

²⁸ 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.it*, n. 1/2019.

²⁹ Così la Cgue, Grande Sezione, *X e X*, sentenza del 7 marzo 2017, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173.

³⁰ Corte Edu, Grande Camera, *M.N. and Others*, sentenza 5 maggio 2020, application no. 3599/18.

³¹ Trib. Civ. Roma, sez. Diritti della persona e immigrazione civile, ordinanza del 18 gennaio 2021.

³² Trib. Civ. Roma, sez. Diritti della persona e immigrazione civile, ordinanza del 24 maggio 2022.

provvedimenti d'urgenza in caso di pericolo irreparabile e imminente³³, successivamente superata in sede di reclamo³⁴.

Come gli sforzi di sistematizzazione sul tema hanno messo in luce, l'esistenza di legami significativi tra il richiedente asilo e il territorio della Repubblica non vale da sola a determinare il godimento del diritto costituzionale all'asilo, quando la domanda sia stata presentata fuori dal territorio nazionale, ma può consentire il riconoscimento del *jurisdictional link* ai fini dell'accertamento giudiziale sui visti di ingresso per motivi umanitari³⁵.

L'incertezza del quadro delle garanzie si collega al problema di fondo, rappresentato dalla configurabilità in via extraterritoriale del diritto d'asilo: da un lato, le norme UE (l'art. 18 della Carta dei diritti UE e l'art. 3, parr. 1 e 2, dir. 32/2013) riconoscono il diritto alla protezione esclusivamente ai richiedenti già sul territorio, configurando la protezione come pretesa azionabile soltanto come asilo territoriale; dall'altro, in ordinamenti come quello italiano, le norme costituzionali – come l'art. 10, comma 3 – presentano un'aspirazione protettiva che sembra proiettarsi oltre il territorio³⁶.

Una lettura sistematica degli artt. 10 e 2 Cost.³⁷ consentirebbe al legislatore italiano la facoltà di riconoscere unilateralmente, al di fuori del quadro giuridico UE, la protezione a persone che si trovino al di là dei confini nazionali. Da un punto di vista procedurale, questa solidarietà può trovare occasionale espressione nella creazione di corridoi umanitari e altre forme di

³³ Trib. Civ. Roma, sez. Diritti della persona e immigrazione civile, ordinanza del 21 dicembre 2021.

³⁴ Trib. Civ. Roma, sez. Diritti della persona e immigrazione civile, ordinanza del 25 febbraio 2022.

³⁵ D. VITIELLO, *Asylum in Europe at the Time of the Temporary Protection for Ukrainians and Beyond – Conflicting Models and the Potential Role of Domestic Courts*, in S. CARRERA, M. INELI-CIGER (a cura di), *EU Responses to the Large-Scale Refugee Displacement from Ukraine: An Analysis on the Temporary Protection Directive and Its Implications for the Future EU Asylum Policy*, San Domenico di Fiesole, 2023, p. 215.

³⁶ Così M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, 2007; C. SICCARDI, *I diritti costituzionali dei migranti in viaggio*, Napoli, 2021; C. PANZERA, *L'accesso al diritto di asilo: problemi e prospettive*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2023; R. BIFULCO, C. GENTILE, *I fragili confini del territorio: a proposito dell'efficacia extraterritoriale dei diritti*, in *federalismi.it*, n. 4/2022, p. 148. *Contra*: P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Sul diritto al rilascio del visto per motivi umanitari*, in M. SAVINO, D. VITIELLO (a cura di), *Asilo e immigrazione tra tentativi di riforma e supplenza dei giudici: un bilancio. Atti del V Convegno dell'Accademia di Diritto e Migrazioni (ADiM) 17 e 18 novembre 2022*, Napoli, 2023, pp. 209 ss.

³⁷ C. ESPOSITO, *Asilo (diritto di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. III, Milano, 1958, p. 223.

PEPs. Ma una scelta legislativa stabile, in tal senso, andrebbe incontro a ostacoli tanto di sostenibilità (per la necessaria selettività delle procedure rispetto all'enorme platea di potenziali beneficiari), quanto di natura giuridica: come garantire una dimensione protettiva dell'asilo presso l'altrui sfera territoriale³⁸? E come coordinare questa scelta con l'approccio rigidamente territoriale del *SECA*?

3. Conclusioni

L'analisi del processo di selezione dei beneficiari nei corridoi umanitari mette in luce vulnera giuridici che attengono alla fase che precede il loro ingresso legale.

La delega di tale attività agli operatori delle organizzazioni non governative, pur concorrendo a determinare l'accesso a un'utilità pubblica (l'ingresso nel territorio dello Stato di rifugio), non incontra le garanzie tipiche del giusto procedimento amministrativo, né tale compressione sembra trovare una successiva espansione dinanzi all'autorità giudiziaria.

L'analisi svolta ha cercato di identificare i motivi che richiederebbero l'estensione di tali garanzie, evidenziando i tratti pubblicistici del processo selettivo: l'esercizio della prerogativa statale sulla decisione di chi possa entrare e circolare nel territorio e l'accesso al sistema pubblico di accoglienza (§ 2.2).

L'attuale sistema è infatti irto di ostacoli per la verifica della responsabilità ministeriale a far rispettare oltreconfine la rigorosa applicazione dei criteri individuati nei protocolli (§ 2.1), per evitare scelte arbitrali e discriminatorie, nonché pratiche corruttive (§ 2.3).

Un terzo ordine di criticità è quello relativo all'azionabilità del diritto d'asilo oltre lo Stato. La giurisprudenza del Tribunale di Roma, al netto degli oscillanti orientamenti, sembra dedurre solo dall'esistenza di legami significativi tra il richiedente asilo e il territorio della Repubblica il *jurisdictional link* ai fini dell'accertamento giudiziale sui dispositivi giuridici che autorizzano la richiesta di ingresso da lontano (§ 2.3).

³⁸ Sulla differenza tra protezione attiva e quella difensiva dalle altrui ingerenze, v. sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco BVerfG, 19 maggio 2020 – 1 BvR 2835/17, commentata da B. REINKE, *Rights reaching beyond Borders: A discussion of the BND-Judgment, dated 19 May 2020, 1 BvR 2835/17*, in *VerfBlog*, 2020/5/30 e R. BIFULCO, *L'efficacia extraterritoriale dei diritti fondamentali in una storica sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Media Laws*, n. 3/2020.

L'attuale sistema nella sua configurazione extraterritoriale rende imper-
vio verificare il flebile collegamento tra Protocollo d'intesa – mancata sele-
zione – violazione del diritto d'asilo, nel contesto dell'approccio territoriale
alla protezione internazionale dell'Ue e dei sistemi europei, nonché nella dif-
ficoltà di individuare soluzioni protettive oltreconfine giuridicamente soste-
nibili.

PARTE IV

LE TENDENZE GENERALI

LA DIGITALIZZAZIONE

THE DUAL NATURE OF DIGITALIZATION OF ASYLUM PROCEDURE: ANALYZING THE CBP ONE

Michela Leggio^{*}

SOMMARIO: 1. Introduction – 2. Transforming asylum procedures: the role of digitalization – 3. The legal framework – 4. The Advance Submission and Appointment Scheduling procedure: digitalization as a legal pathway? – 5. ...CBP One Advance Travel Authorization: a new digitalized private sponsorship? – 6. Striking a Balance: Concluding Remarks on Digitalization in Asylum Procedures – 7. Recent Developments: The New Trump Administration's Confirmation of CBP One's "Good Intentions".

1. *Introduction*

This paper was written during the first months of 2024 when the United States was under the administration of President J. Biden. As will be explained in the following paragraphs, Biden implemented several measures to grant temporary access to U.S. territory for noncitizens from select countries. Among these measures was CBP One, a digital platform that facilitated various functions, including scheduling appointments with migration authorities at the border and requesting Advance Travel Authorization for individuals from Cuba, Haiti, Nicaragua, and Venezuela seeking humanitarian parole¹.

Although this tool has since been revoked by newly elected President D. Trump, examining its role in migration administration remains essential, as it highlights both the advantages and limitations of digitalization for vulnerable populations.

^{*} Post-doctoral researcher, Università di Milano – Bicocca.

¹ American Immigration Service, *The Use of Parole Under Immigration Law*, April 2024, also available at https://www.americanimmigrationcouncil.org/sites/default/files/research/the_use_of_parole_under_immigration_law_2024.pdf [accessed 22 February 2025]. Under U.S. immigration law, the Secretary of the Department of Homeland Security (DHS) has discretion to grant "parole" to certain noncitizens to allow them to enter or temporarily remain in the United States for specific reasons.

2. *Transforming asylum procedures: the role of digitalization*

Digitalization has rationalized the migration sector, with an increasing reliance on digital tools for various purposes. Many examples can be found in border control, where digital tools enable authorities to monitor and manage arrivals at the border, as well as in the use of artificial intelligence aiding in anticipating and managing migration flows, and in helping governments allocate resources more efficiently².

The use of digital technology is often used to streamline visa processes, enabling public administrations to operate more quickly and efficiently and the digitalization of asylum procedures makes no exception. The phenomenon has become a prominent subject of study as evidenced by numerous research studies and reports³ and has widespread across several countries, steadily gaining momentum.

Technology can also be a powerful way to bridge the physical distance between the applicant's home country and the intended host nation. In this scenario, digitalization not only expedites procedures but can also serve as a legal pathway for migrants, allowing individuals to obtain travel permits directly from their country of origin thereby reducing the risks associated with human smuggling.

Following this trend, in 2020 the U.S. Customs and Border Protection (CBP) launched a mobile device application called CBP One. Initially, the app was designed to offer various functionalities such as providing travellers with access to personal form information, scheduling inspection appointments for perishable cargo, or helping international organizations in their efforts to assist individuals seeking to enter the United States.

However, as its functionalities expanded, CBP One became the official tool for migrants at the U.S.-Mexico border to pre-schedule appointments at specific land ports of entry (POEs) in the southern United States. This process, known as Advance Submission and Appointment Scheduling, streamlined border processing. Additionally, in line with the Biden administration's trend of establishing country-specific parole programs, CBP One enabled Cuban, Haitian, Nicaraguan, and Venezuelan nationals to request Advance Travel Authorization while still in their home countries.

² M. FORTI, *AI-driven migration management procedures: fundamental rights issues and regulatory answers*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2021, pp. 433 -451.

³ P. MOLNAR, L. GILL, *Bots at the Gate: A Human Rights Analysis of Automated Decision-Making in Canada's Immigration and Refugee System*, 2018.

Although at first glance these tools seemed to guarantee a way for migrants to reach the United States safely, the digitalized procedures introduced by CBP One generated many concerns and prompted questions about the appropriateness of utilizing digitalization in asylum procedures. To address this issue, the discussion will proceed as follows: first, the legal framework governing legal pathways to the United States under the Biden administration will be outlined. Next, the two procedures mentioned above will be analyzed in depth, with a focus on their nature and degree of digitalization. Finally, concluding remarks will be offered on the role of digitalization in asylum procedures.

3. *The legal framework*

It goes back to the pandemic, when the U.S. Health Law — Section 265 of Title 42⁴ was used by the Government to expel asylum seekers under the premise of protecting public health. In March 2020, the Department of Health and Human Services (HHS) issued an emergency regulation⁵ to implement a specific aspect of Title 42 by giving the power to the Director of Centers for Disease Control and Prevention to prohibit the introduction into the United States of individuals when a danger of a communicable disease was believed to exist.

When in May 2023 it was declared the end of the COVID-19 Public Health emergency, the use of Title 42 as a border policy terminated. However, due to concerns that the termination of Title 42 would lead to a significant increase in the number of migrants at the borders, potentially over-

⁴ 42 U.S.C. 265 - Suspension of entries and imports from designated places to prevent spread of communicable diseases: «Whenever the Surgeon General determines that by reason of the existence of any communicable disease in a foreign country there is serious danger of the introduction of such disease into the United States, and that this danger is so increased by the introduction of persons or property from such country that a suspension of the right to introduce such persons and property is required in the interest of the public health, the Surgeon General, in accordance with regulations approved by the President, shall have the power to prohibit, in whole or in part, the introduction of persons and property from such countries or places as he shall designate in order to avert such danger, and for such period of time as he may deem necessary for such purpose».

⁵ Department of Health and Human Services, *Control of Communicable Diseases; Foreign Quarantine: Suspension of Introduction of Persons Into United States From Designated Foreign Countries or Places for Public Health*, 42 CFR Part 71, Federal Register, Vol. 85, No. 57, March 24, 2020.

whelming the existing immigration system and resources, the previous rule was replaced by the Circumvention of Lawful Pathways Final Rule⁶.

The agencies' rule, eloquently called "Asylum Ban"⁷, imposed a rebuttable presumption of "ineligibility for asylum" upon the noncitizens who entered the United States from Mexico without the documents required for lawful admission. Such presumption applied to those noncitizens whose entry was «(1) between May 11, 2023, and May 11, 2025; (2) subsequent to the end of implementation of the Title 42 public health Order; and (3) after the noncitizen traveled through a country other than the noncitizen's country of citizenship, nationality, or, if stateless, last habitual residence» without asking for asylum.

The rule, however, included certain exceptions, one of which specifically involved CBP One: the presumption of "ineligibility" did not apply to noncitizens who had either received prior authorization to travel to the United States to seek parole or presented themselves at a port of entry (POE) at a pre-scheduled time and place. In other words, the rule effectively incentivized – if not mandated – the use of CBP One, making it a key requirement for lawful entry into the United States and signalling a significant shift in immigration procedures.

The Circumvention of Lawful Pathways Final Rule was widely regarded as restrictive. For this reason, on May 11, 2023, it was brought before the U.S. District Court for the Northern District of California, ultimately resulting in a federal court ruling that blocked the rule⁸.

4. *The Advance Submission and Appointment Scheduling procedure: digitalization as a legal pathway?*

Focusing now on the aforementioned Advance Submission and Appointment Scheduling procedure, it is important to determine whether CBP

⁶ U.S. Citizenship and Immigration Services, Department of Homeland Security; Executive Office for Immigration Review, Department of Justice, *Circumvention of Lawful Pathways*, Federal Register, Vol. 88, No. 94, May 16, 2023.

⁷ See Human Rights Watch, *US: Biden 'Asylum Ban' Endangers Lives at the Border. New Policy Features Failed Deterrence Measures*, available at <https://www.hrw.org/news/2023/05/11/us-biden-asylum-ban-endangers-lives-border> [accessed February 22, 2025].

⁸ U.S. District Court, Northern District of California, *East Bay Sanctuary Covenant, et al., v. Joseph R. Biden, et al.*, Case No. 18-cv-06810-JST, July 25, 2023.

One simply served as a digital tool that improved efficiency in the migration system, or if it offered something more, potentially acting as a new legal channel for migrants.

To address this question, it is essential to first clarify the concept of a “legal pathway”. Scholars generally agree that it rests on three key conditions: firstly, the application should be grounded in humanitarian reasons or other situations of vulnerability; secondly, the procedure must culminate in granting a legal entitlement that allows the individual to enter and remain, even temporarily, in the State and thirdly the alien must be outside of the State at the time of application, even though they don’t need to be in their home Country since the condition of vulnerability can also arise later on⁹.

At a closer look, the Advance Submission and Appointment Scheduling procedure only partially met the three mentioned conditions.

Firstly, while the procedure was accessible to individuals *potentially* eligible for asylum, the application did not require the provision of detailed personal information to substantiate the asylum request: this implied that such information was not considered at this initial stage. Secondly, the process neither ensured the issuance of a permanent visa nor permitted entry into the United States. Instead, it merely facilitated access to a designated port of entry within U.S. territory, where the scheduled appointment would take place. Furthermore, and most importantly, access to the system was granted randomly, as it selected “winners” for appointments in a non-transparent manner. The only known criterion was a preference for older accounts, which favoured those who had been waiting longer. Finally, although applicants could be located outside the United States, applying was contingent upon their proximity to the Mexican border. Thus, while the system facilitated safer border crossings, any attempt to submit a request through CBP One from outside northern Mexico was restricted by the mobile device’s geolocation settings.

As described, is evident that the Advance Submission and Appointment Scheduling procedure could not qualify as a legal pathway: the fundamental purpose of legal channels is to offer a genuinely safe journey, however, such procedure only guaranteed a safe border crossing without ensuring safe passage beforehand, thereby still exposing migrants to significant risks.

That said, it is important now to analyze what were the actual effects of this use of CBP One for aliens, in order to understand if the partial digitalization of entry procedures can have a positive or a negative impact on aliens.

⁹ As clarified by the UN General Assembly Resolution 73/195, Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, 19 December 2018, Objective 5, para. 21(g)(h))

To do that, it is important to distinguish between what scholarship refers to as “weak” digitalization and “strong” digitalization¹⁰.

Weak digitalization refers to the use of digital tools to facilitate existing processes without affecting the exercise of administrative power, but only the way it is exercised. For instance, submitting and receiving a form through a digital portal represents an example of weak digitalization. Strong digitalization, on the other hand, involves the integration of more advanced technologies, such as artificial intelligence, that can fundamentally alter how public authority is exercised.

Looking at the Advance Submission and Appointment Scheduling procedure as offered on CBP One, several doubts arise. Indeed, while it is clear that a certain “weak digitalization” was involved, the specifics of how an alien’s request was processed by CBP One were unclear, including whether AI was employed. A clue was provided by the previous CBP One website¹¹, which noted that applicants were selected on a daily basis, favouring older accounts. However, even though this suggested some level of automation in the selection process, it did not necessarily indicate the use of AI. The absence of AI in this context was further highlighted by its omission in the Artificial Intelligence Use Case Inventory, a publication mandated for every agency under the President Executive Order 13960 of 3 December 2020¹².

Overall, regardless of the involvement of AI, the system implemented through CBP One was widely criticized by migrant associations and newspapers for its lack of transparency in the selection process and frequent malfunctions.

It was observed that contrary to the terminology used in the rule – which was referring to a “lawful, safe, and orderly pathway to the United States”¹³ – CBP One did not constitute a legal pathway, nor was it truly “orderly and

¹⁰ B. MARCHETTI, *Amministrazione digitale* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Vol. III, B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Funzioni amministrative*, 2022, pp. 75 - 109.

¹¹ Unfortunately, due to the change of administration, the referenced website no longer exists.

¹² Executive Order, *Promoting the Use of Trustworthy Artificial Intelligence in the Federal Government*, no. 13960 of December 3, 2020. This Executive Order has, however, been revoked recently by the new President with another Executive Order, *Removing Barriers to American Leadership in Artificial Intelligence*, January 23, 2025. As a consequence, the Artificial Intelligence Use Case Inventory is no longer existing.

¹³ As mentioned in the U.S. Citizenship and Immigration Services, Department of Homeland Security; Executive Office for Immigration Review, Department of Justice, *Circumvention of Lawful Pathways*, cit.

safe”. This criticism stemmed from the fact that CBP One posed significant challenges for vulnerable individuals, such as migrants, who often lack access to an internet connection or digital devices, thereby drastically reducing, if not entirely eliminating, their chances of securing an appointment with immigration authorities¹⁴. Moreover, it has been noted that obtaining an appointment with the designated border office is exceedingly difficult and that the application itself has suffered from functionality issues¹⁵.

On such grounds, against the exclusive use of CBP One as the sole portal for requesting appointments, a class action was initiated¹⁶. The specific reason was that migrants were unlawfully turned away and denied the opportunity to access the U.S. asylum process for the mere fact of not being able to schedule remotely an appointment, therefore resulting in a violation of the international principle of non-refoulment stated by the 1951 Refugee Convention.

5. ...CBP One Advance Travel Authorization: a new digitalized private sponsorship?

Turning the attention to the second CBP One application, namely the Advance Travel Authorization, a similar analysis should be conducted.

As mentioned briefly in the introduction, this procedure was created for individuals from Cuba, Haiti, Nicaragua, and Venezuela, who were seeking humanitarian parole and, differently from the former one, it involved a comprehensive pre-screening process before arriving at an airport.

As previously outlined by the U.S. Citizenship and Immigration Services in its webpage¹⁷, the procedure was designed to facilitate the entry of applicants into the United States safely and orderly, by introducing a preliminary screening of all the asylum requisites. First, applicants were required to have a “supporter” within the United States. Second, they had to meet additional eligibility criteria, undergo and pass thorough security vetting, and ultimately demonstrate that they «warrant a favourable exercise of discretion».

¹⁴ European Council on Refugees and Exiles, Digitalisation of asylum procedures: risks and benefits, 2021.

¹⁵ The Guardian, *Biden administration sued over asylum appointment app that ‘does not work’*, August 7, 2023 [accessed 22 February 2025]

¹⁶ U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Al Otro Lado and Haitian Bridge Alliance v. Mayorkas* No. 23-3396.

¹⁷ The webpage has been updated after the President Trump Executive Order of January 20, 2025.

By applying the same method used in the previous paragraph, it is possible to describe the procedure as a proper legal pathway. Specifically, it could be categorized as a private sponsorship due to the presence of four conditions. First, the applicant was located outside the United States; second, the application was based on humanitarian grounds; third, the procedure resulted in the issuance of a legal entitlement permitting entry into the state; fourth, there was the involvement of a private entity in the procedure, serving as a sponsor or supporter¹⁸.

The procedure unfolded as follows: initially, a U.S.-based supporter submitted information for the beneficiary, who then provided their biographic details and submitted a request through CBP One. Following these steps, the beneficiary received a notification in their online account, indicating whether the authorization to travel to the United States was granted. Upon arrival at a U.S. port of entry, the beneficiary could apply for parole, which, however, remained subject to discretionary approval.

Despite the description originally provided by CBP, it remained unclear how applications were processed – particularly in the initial stage before the travel authorization was issued – or whether AI was involved. The CBP webpage merely stated that «An officer must first determine whether the applicant otherwise meets the statutory and regulatory eligibility requirements». This aspect was particularly significant because, unlike the procedure described in the previous paragraph, the issuance of travel authorization was a discretionary measure and this meant that the decision was inherently subjective and should have been accompanied by a clear justification.

The introduction of AI and automated systems could have complicated this process. Indeed, while this technology aims to assist and streamline decision-making, it often makes it opaque and difficult to understand. This is the reason why the metaphor of the “black box” is often used to describe such systems¹⁹: the use of AI can obscure the rationale behind decisions, making it challenging to understand the basis on which these discretionary judgments are made.

¹⁸ L. GALLI, *Quale ruolo degli attori pubblici nella sponsorship privata dei rifugiati? Una riflessione sull'esperienza italiana alla luce di quella canadese*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2022, 2, pp. 134-165; M. SAVINO, *Tornare a Tampere? L'urgenza di un dibattito sui canali regolari di ingresso*, in *Adim Blog*, Gennaio 2022 pp. 1-6; C. SICCARDI, *Quali vie di ingresso legale per i richiedenti protezione in Europa? Contesto europeo e costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2022, 2, pp. 75-132.

¹⁹ F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, 2015.

From this perspective, it has been observed²⁰ that the automation integrated into administrative procedures poses specific challenges to the “reasoned transparency” of decisions and the justification of the choices made. This is essential for justifying the choices made, a requirement embedded in the due process clauses of the Fifth²¹ and Fourteenth Amendments²² as well as in the APA’s procedural requirements, especially under 5 U.S.C. par. 706(2)(A).

6. *Striking a Balance: Concluding Remarks on Digitalization in Asylum Procedures*

Considering what has been discussed in the previous paragraphs, it is necessary to distinguish between two scenarios, of which the cases discussed are a good representation.

In the first case, digital technologies can be as beneficial for enhancing efficiency and expediting procedures, as they can contribute to the violation of certain rights. The CBP One Advance Submission and Appointment Scheduling procedure, for instance, may constitute a “digital wall” or a “digital border”, impeding the exercise of the right to asylum due to difficulties in securing appointments. The issue arises when the regulatory framework conditions the right to asylum solely on using the mobile application, adopting what is termed as the “digital-only” approach.

However, this doesn’t imply that digital tools have no place whatsoever in asylum procedures, but rather that their use should be considered careful-

²⁰ C. COGLIANESE, D. LEHR, *Transparency and Algorithmic Governance*, in *All Faculty Scholarship*, 2019, no. 71, pp. 1 - 56.

²¹ Constitution of the United States, Fifth Amendment: «No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation».

²² Constitution of the United States, Fourteenth Amendment, Section 1: «All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws».

ly, since there's a possibility that migrants might lack access to technology. Given this context, there should always be alternatives, such as non-digital channels for submitting requests, or the option to turn to organizations that can assist with submitting applications through digital portals. The digital divide, in this sense, might be a source of vulnerability that the digital administration must take into account²³.

While it remains imperative to uphold the principle of procedural fairness, it is equally important to take into account an alternative perspective. In cases where technology does not inhibit the exercise of fundamental rights, such as the right to seek asylum, using digitized processes can be seen in a positive light, even if they fall short of meeting all requirements of procedural fairness. This is demonstrated by the Advance Travel Authorization system, which serves as a prime example.

In this regard, it could be argued that while digitalized administrative procedures might not always be transparent and reveal the rationale behind decisions, their use as lawful pathways for migrants – especially when there are no other access channels – should be incentivized since an “imperfect” digital tool may be preferable to having no legal and safe access to the State at all.

7. *Recent Developments: The New Trump Administration's Confirmation of CBP One's "Good Intentions"*

As mentioned in the introduction, this study was conducted during the administration of President Joe R. Biden. However, following the election of Donald J. Trump, the newly inaugurated president, citing financial and economic concerns while leveraging fears of an “invasion” of U.S. territory, declared a national emergency on January 20 and 21, 2025²⁴. He subsequently issued a series of executive orders – a hallmark of the new administration's approach – bringing an end to the use of CBP One²⁵. Indeed, under the slogan “America's sovereignty is under attack”, President Trump ordered to cease using the “CBP One” application as «a method of paroling or facilitating the entry of otherwise inadmissible aliens into the United States».

²³ S. RANCHORDAS, *Empathy in the Digital Administrative State*, in *University of Groningen Faculty of Law Research Paper*, 2021, 13, pp. 1 - 46.

²⁴ President Executive Order, *Declaring a National Emergency at the Southern Border of the United States*, January 20, 2025.

²⁵ President Executive Order, *Securing Our Borders*, January 20, 2025.

Regardless of any substantive considerations on the new anti-migration policy started by the new presidency, it must be noted that the shutdown of the app confirms the conclusions already reached and outlined in the previous paragraph.

Indeed, when addressing the use of technology in the migration sector, scholars often adopt a “value-based” approach: digitalization is frequently perceived as an obstacle to the exercise of rights or a capious means for public administration to obscure the reasoning behind certain decisions. In this study, however, a completely different perspective was taken, aiming to assess CBP One through an objective lens. As a result, its potential positive impact – despite certain malfunctions – on facilitating safer arrivals naturally emerged and the pro-migration impact of the app is clearly proved by the new president’s decision to order the shutdown of an app that provided, in some way, a safer approach to the U.S. border.

LA DIGITALIZZAZIONE DELLA FUNZIONE CONOSCITIVA PUBBLICA NEL SETTORE MIGRATORIO

Michela Leggio*

SOMMARIO: 1. La digitalizzazione dell'attività conoscitiva pubblica nel settore migratorio – 2. L'attività conoscitiva digitalizzata nel settore dell'immigrazione: quadro generale – 3. La digitalizzazione dell'attività conoscitiva procedimentale e pre-procedimentale – 3.1. Limiti e garanzie della digitalizzazione delle attività istruttorie – 3.2. La digitalizzazione dell'attività conoscitiva "autonoma": la raccolta delle informazioni dello straniero – 3.3. Limiti e garanzie a presidio dell'attività di raccolta dati – 4. Considerazioni conclusive

1. *La digitalizzazione dell'attività conoscitiva pubblica nel settore migratorio*

La gestione dei flussi migratori costituisce un settore ampiamente "dataficato" nonché un'area di elezione per la sperimentazione e l'utilizzo di *software* predittivi come quelli di *data analysis* e intelligenza artificiale (IA).

Tali strumenti sono particolarmente utili poiché consentono di velocizzare l'identificazione dello straniero e, attraverso l'esame di più banche dati, ottenere una previsione del rischio che egli presenta per l'ordinamento, sia in termini di c.d. rischio migratorio, ovvero la probabilità che egli si tratti oltre la durata consentita, sia in termini di pericolo che l'individuo presenta per la sicurezza interna o la salute pubblica¹.

A differenza di altri settori, quindi, dove la digitalizzazione risponde a esigenze acceleratorie e di semplificazione *per* il cittadino, in quello migratorio – per quanto tali istanze siano comunque presenti² – la tecnologia soddisfa un bisogno di conoscenza e di prevedibilità *per* lo Stato, garantendo un allargamento del perimetro conoscitivo pubblico.

Sui sistemi informativi e sulla loro interoperabilità, nonché sulle tecnologie utilizzate per la gestione dei flussi si è scritto ampiamente³. Tuttavia, non

* Post-doctoral researcher, Università di Milano - Bicocca

¹ A. CANEPA, *Regolazione del rischio e immigrazione. Il ruolo dell'informazione nella gestione delle emergenze*, in *Amministrazione in cammino*, 2012, pp. 1 -13.

² Come evidenziato da L. GALLI, *I tempi dell'emersione. Ovvero della complessa relazione tra migranti e pubblica amministrazione*, in N. MARCHEI, S. NINATTI, *Diritto e società plurale: questioni aperte*, Torino, 2024, pp. 59 – 77.

³ Tra i diversi contributi si vedano F. TASSINARI, *The Management of Migrants' Identities*

è sempre chiaro quali siano le garanzie che devono circondare la raccolta dei dati né tanto meno come tali informazioni, così come analizzate da *software* predittivi, si inseriscano all'interno del processo decisionale pubblico.

Tali incertezze sono conseguenza di diversi fattori. Innanzitutto, la contemporanea presenza di numerosi attori istituzionali coinvolti nella gestione degli arrivi – autorità nazionali quanto agenzie europee (Frontex, EUAA, Europol) – rende il quadro applicativo e normativo estremamente variegato. In secondo luogo, vi è un problema di “invisibilità” del potere amministrativo, fenomeno che, già presente nell'amministrazione tradizionale, è stato aggravato dalla digitalizzazione che ha reso meno percepibile l'agire pubblico⁴. Infine, anche laddove si venga a conoscenza di una tecnologia in uso alle amministrazioni, non è sempre chiaro in che modo e con quali conseguenze essa contribuisca a comporre il substrato conoscitivo pubblico a causa dell'opacità che contraddistingue gli strumenti digitali più avanzati come l'IA⁵.

Provando a fare chiarezza, è anzitutto necessario tracciare una distinzione tra le diverse forme di attività conoscitiva coinvolte nel settore in esame.

In generale, si è soliti distinguere tra l'acquisizione di informazioni prima o durante il procedimento amministrativo (c.d. attività conoscitiva pre o endoprocedimentale) e le attività svolte indipendentemente dal rilascio di un provvedimento (c.d. attività conoscitiva autonoma). Nel primo caso, si fa riferimento alle attività condotte in fase istruttoria o pre-istruttoria, nel secondo caso, invece, a operazioni quali ispezioni, indagini, accessi documentali o raccolta di informazioni.

Tale distinzione, chiara in passato, sembra però entrare in crisi nelle decisioni automatizzate (il c.d. *automated decision making*) che, basandosi sul processamento di dati da parte di un *software* (la c.d. digitalizzazione in senso forte⁶), eliminano i confini tra fasi procedurali.

Questa confusione di piani – conoscitivo in senso lato, istruttorio e deci-

at the EU External Borders: Quo vadis Interoperability?, ADiM Blog, Analisi&Opinioni, Novembre 2021; S. PENASA, *Smart borders o invisibile walls? L'utilizzo di sistemi “intelligenti” al confine tra politiche migratorie e garanzie per gli stranieri*, ADiM Blog, Analisi & Opinioni, dicembre 2022; M. FORTI, *Il reinsediamento nell'era dell'Intelligenza Artificiale: potenziali rischi e possibili rimedi nel diritto UE*, ADiM Blog, Analisi & Opinioni, gennaio 2024.

⁴ S. RANCHORDAS, *The Invisible Citizen in the Digital State: Administrative Law Meets Digital Constitutionalism*, in J. DE POORTER, C. OIRSOUW, G. VAN DER SCHYFF (Eds.), *European Yearbook of Constitutional Law 2023*, Springer, 2024, pp. 15 - 40.

⁵ Tale aspetto è analizzato da C. COGLIANESE, D. LEHR, *Transparency and algorithmic governance*, in *Administrative Law Review*, 71, 2019, pp. 1 - 56.

⁶ Così B. MARCHETTI, *Amministrazione digitale*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. III, B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Funzioni amministrative*, 2022, pp. 75 - 109.

sorio – rende complessa la disamina, anche in ragione della scarsa attenzione devoluta dal legislatore al tema che, se per un verso ha introdotto garanzie per i procedimenti totalmente o parzialmente digitalizzati, per altro verso tace sui limiti e le garanzie che dovrebbero caratterizzare l'attività conoscitiva autonoma.

Quanto detto vale anche nel settore in esame, per tale ragione, dopo un primo paragrafo sulle diverse tecnologie digitali utilizzate per la gestione degli arrivi, ci si soffermerà sui problemi della digitalizzazione della c.d. attività conoscitiva endoprocedimentale, per poi offrire una ricostruzione della c.d. attività conoscitiva “autonoma”, indagandone limiti e garanzie.

2. *L'attività conoscitiva digitalizzata nel settore dell'immigrazione: quadro generale*

Tra le attività conoscitive rientrano quelle operazioni che rivestono una funzione ancillare nei confronti del procedimento amministrativo e quindi, in ambito migratorio, tutte quelle rivolte all'acquisizione del dato dello straniero.

Sotto questo aspetto, sono numerosi i sistemi informativi già presenti nel settore: il sistema Schengen (SIS II), il *database* europeo per le impronte dattiloscopiche (Eurodac), il sistema di visto (VIS), quello di entrata e uscita (EES), l'ETIAS per le autorizzazioni viaggio e il sistema di per cittadini di Stati terzi (ECRIS-TCN). Ogni sistema informativo ha una sua precisa funzione⁷, ma tutti presentano un “*common ancillary purpose*” che si sostanzia nell'ampliamento dell'apparato informativo pubblico ai fini di una corretta identificazione dei migranti⁸.

Tali sistemi informativi, resi interoperabili dai Regolamenti (UE) 2019/817 e 2019/818, sono oggi utilizzati dalle autorità coinvolte nella gestione degli ingressi a diversi fini.

Innanzitutto, per mezzo del patrimonio conoscitivo di tali *database* è possibile reperire una “traccia” dello straniero con cui accertare o confermare la sua identità e rilasciare così il provvedimento di ingresso o di permanenza richiesti.

⁷ N. VAVOULA, *Immigration and Privacy in the Law of the European Union. The case of Information Systems*, Brill, 2022.

⁸ C. BLASI CASAGRAN, *Fundamental Rights Implications of Interconnecting Migration and Policing Databases in the EU*, in *Human Rights Law Review*, 21, 2021, pp. 433 ss.

In secondo luogo, tale attività conoscitiva è utile anche in una fase pre-procedimentale. Si pensi, ad esempio, alle c.d. verifiche di frontiera, definite dall'art. 2, par. 1, n. 11), del Regolamento (UE) 2016/399 (codice frontiere Schengen)⁹ come “*le verifiche effettuate [...] al fine di accertare che le persone, compresi i loro mezzi di trasporto e gli oggetti in loro possesso, possano essere autorizzati ad entrare nel territorio degli Stati membri o autorizzati a lasciarlo*”. Tali verifiche, come specificato all'art. 8 del Regolamento, sono finalizzate ad accertare l'identità di chiunque attraversi la frontiera e costituiscono la regola per la libera circolazione nello spazio Schengen. Più che risolversi in accertamenti per il rilascio di un'autorizzazione o un visto – che in realtà si presumono già esistenti – esse assolvono quindi a una funzione di controllo prodromica all'esercizio della funzione amministrativa.

Con l'avanzare delle nuove tecnologie, inoltre, la consultazione di tali sistemi – unitamente ad altri dati, di cui non è chiara la natura né l'origine – può essere in grado di offrire un valore predittivo sulla pericolosità del migrante. In questo caso, lo strumento digitale realizza parte delle attività istruttorie e offre un apporto conoscitivo maggiore rispetto a quello che sarebbe stato garantito da un funzionario umano. Questo è il caso di ETIAS, l'autorizzazione viaggi per cittadini di Stati terzi esenti da obbligo di visto, su cui si tornerà nel prosieguo.

Venendo all'attività conoscitiva autonoma, rientrano in tale categoria tutte quelle attività di raccolta dei dati, realizzate anche attraverso strumenti tecnologici avanzati, che non risultano finalizzate all'adozione di un provvedimento.

È questo il campo degli strumenti digitali per la raccolta di informazioni al fine di orientare scelte di politica migratoria. Si pensi ai sistemi in uso a Frontex quali quelli di *maritime domain awareness*, le torri di sorveglianza, gli *small autonomous unmanned aerial systems*, nonché i *software* di analisi dei dati¹⁰ che assolvono tanto lo scopo di sorvegliare le frontiere e controllare gli arrivi, quanto quello di ottenere previsioni sui flussi migratori e consentire un migliore dispiegamento delle risorse e del personale. In questo caso, l'attività conoscitiva più che essere destinata a un soggetto in particolare, manifesta la sua utilità per l'adozione di politiche o atti programmatici, come segnalato da diversi studi¹¹.

⁹ Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento.

¹⁰ C. DUMBRAVA, *Artificial intelligence at EU borders. Overview of applications and key issues*, EPRS European Parliamentary Research Service, 2021.

¹¹ Tali strumenti sono descritti nel report della Commissione europea, *Feasibility study on*

3. *La digitalizzazione dell'attività conoscitiva procedimentale e pre-procedimentale*

In questa declinazione, le tecnologie digitali – dalle banche dati interoperabili, all'IA – si inseriscono all'interno del procedimento per completare (o svolgere integralmente) l'attività istruttoria.

Gli esempi sono diversi. Tra questi, vi è il *software* per la gestione delle domande di autorizzazione viaggi da parte di cittadini di paesi terzi esenti dall'obbligo di visto, previsto dal Regolamento (UE) 2018/1240 (Regolamento ETIAS)¹². Tale strumento, il cui sviluppo è stato rimesso a EU-Lisa, ha come obiettivo quello di compiere una valutazione del rischio che l'ingresso dello straniero comporta all'interno del territorio europeo.

Per quanto il Regolamento non sia ancora operativo, il funzionamento del sistema è noto. Si tratta di una procedura “fisiologicamente” automatizzata poiché, in assenza di un rischio rilevato dal sistema (c.d. *hit*), l'autorizzazione è rilasciata senza l'intervento umano. Viceversa, qualora venga rilevato un rischio, è richiesto l'intervento di un funzionario dell'Unità Centrale ETIAS, istituita presso Frontex, che dovrà adottare il provvedimento autorizzatorio o di diniego¹³.

Analogo a ETIAS è il sistema VIS, così come modificato dal Regolamento (UE) 2021/1134¹⁴. Anche per le procedure di richiesta di visto di breve durata, infatti, si procede a una “indagine automatizzata” dei sistemi informativi¹⁵, finalizzata a verificare la presenza di un rischio per l'ordine pubblico, la sicurezza interna o la salute pubblica. Come per ETIAS, l'esito offerto dal sistema ha natura probabilistica, ma a differenza del primo, VIS non so-

a forecasting and early warning tool for migration based on Artificial Intelligence technology, 2021.

¹² Regolamento (UE) 2018/1240 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 settembre 2018 che istituisce un sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi (ETIAS) e che modifica i regolamenti (UE) n. 1077/2011, (UE) n. 515/2014, (UE) 2016/399, (UE) 2016/1624 e (UE) 2017/2226.

¹³ C. DERAIVE, N. GENICOT, N. HETMANSKA, *The Risks of Trustworthy Artificial Intelligence: The Case of the European Travel Information and Authorisation System*, European Journal of Risk Regulation 2022, 13, pp. 389 ss.

¹⁴ Regolamento (UE) 2021/1134 del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 luglio 2021 che modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (CE) n. 810/2009, (UE) 2016/399, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240, (UE) 2018/1860, (UE) 2018/1861, (UE) 2019/817 e (EU) 2019/1896 del Parlamento 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.

¹⁵ Si vedano, in particolare, i consideranda n. 14 e n. 20.

stituisce mai la decisione umana, nemmeno in assenza di un riscontro di rischio, fungendo solo da supporto delle autorità nazionali competenti per il rilascio del visto¹⁶.

Simile, ma non sovrapponibile, è la procedura di *screening* alle frontiere esterne, ora disciplinata dal Regolamento (UE) n. 2024/1356¹⁷. Quest'ultima, utilizzata per identificare lo straniero e accertare l'assenza di rischi per la sicurezza interna alla frontiera, prevede la consultazione dei sistemi informativi sopracitati tramite "verifiche automatizzate"¹⁸. Il Regolamento risulta piuttosto vago sulle modalità di tali verifiche, facendo genericamente riferimento alla consultazione di banche dati. Tuttavia, è chiaro che tale attività, più che realizzare parte dell'istruttoria procedimentale, si estrinseca in un potere di controllo che, se per un verso costituisce esercizio di funzione amministrativa (tradizionalmente intesa) poiché comunque destinata a consentire l'ingresso per la presentazione della domanda di asilo, al contempo costituisce un'attività pre-procedimentale, necessaria per compiere una prima valutazione del richiedente, in grado di condizionare il successivo esercizio del potere pubblico.

3.1. *Limiti e garanzie della digitalizzazione delle attività istruttorie*

ETIAS, VIS e lo *screening* pre-ingresso, per quanto diversi, presentano un nucleo comune e cioè il processamento automatizzato di dati del migrante. Per tale ragione, nonostante l'automazione riguardi solo una parte del procedimento (la fase istruttoria e, solo eventualmente, quella decisoria) essi rientrano comunque nel concetto di "processo decisionale automatizzato",

¹⁶ N. VAVOULA, *Artificial Intelligence (AI) at Schengen Borders: Automated Processing, Algorithmic Profiling and Facial Recognition in the Era of Techno-Solutionism*, in *European Journal of Migration and Law*, 23, 2021, pp. 457 – 282.

¹⁷ Regolamento (UE) 2024/1356 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817.

¹⁸ Si veda il considerando n. 49 dove si afferma che "Per le persone sottoposte agli accertamenti è opportuno effettuare verifiche automatizzate a fini di sicurezza negli stessi sistemi consultati per chi presenta domanda di visto, di visto per soggiorno di lunga durata o di permesso di soggiorno, o domanda di autorizzazione ai viaggi nel ETIAS, vale a dire il VIS, l'EES, l'ETIAS, compreso l'elenco di controllo ETIAS di cui al regolamento (UE) 2018/1240, il SIS, l'ECRIS-TCN per quanto riguarda le persone condannate per reati di terrorismo e altri reati gravi, i dati Europol trattati ai fini dei controlli incrociati di cui al regolamento (UE) 2016/794 e banche dati SLTD e TDAWN".

pratica normalmente vietata dall'art. 22 del Regolamento generale sulla protezione dei dati – GDPR¹⁹, che condiziona tale attività al consenso dell'interessato o a un'espressa previsione normativa.

In una recente pronuncia, la Corte di Giustizia²⁰ ha difatti chiarito che anche una valutazione automatizzata svolta a fini conoscitivi prima dell'apertura del vero e proprio procedimento decisionale è sottoposta alla disciplina dettata dall'art. 22 GDPR e alle garanzie ivi previste quali l'intervento del decisore umano (il c.d. *human in the loop*). Difatti, l'automazione – anche solo parziale – della decisione pone problemi analoghi a quella totale, come la scarsa trasparenza del processo decisionale e il rischio che l'output tecnologico influenzi indebitamente la scelta dell'operatore umano a valle.

A questi problemi cerca di rispondere anche il Regolamento (UE) n. 2024/1689 sull'intelligenza artificiale (c.d. *AI Act*)²¹ che, nei casi di intelligenza artificiale ad alto rischio, richiede il rispetto di alcune garanzie. In queste ipotesi, definite dall'art. 6 e dall'allegato III, tra cui rientra anche il settore migratorio, si riconosce un diritto alla trasparenza particolarmente forte (art. 50) e il diritto alla sorveglianza umana (art. 14). Inoltre, qualora l'IA ad alto rischio sia utilizzata per assumere decisioni produttive di effetti giuridici o tali da incidere significativamente su una persona in misura tale da farle presumere un impatto negativo sulla sua salute, sulla sua sicurezza o sui suoi diritti fondamentali, il Regolamento prevede anche il “diritto alla spiegazione

¹⁹ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati). Qui, l'art. 22, par. 1 e 2, recita: “L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona. 2. Il paragrafo 1 non si applica nel caso in cui la decisione: a) sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; b) sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato”.

²⁰ CGUE, sentenza del 7 dicembre 2023, *SCHUFA Holding*, C-634/21.

²¹ Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale).

dei singoli processi decisionali” ovvero un chiarimento sul ruolo del sistema IA e sui principali elementi della decisione (art. 86).

Il Regolamento a prima vista sembra piuttosto garantista e, posta l’apertura della Corte di Giustizia a estendere i principi di cui all’art. 22 del GDPR anche ai procedimenti parzialmente automatizzati, sembrerebbe anch’esso applicabile ai casi in cui l’IA svolga funzioni istruttorie (la c.d. attività conoscitiva procedimentale). Pertanto, laddove in un futuro – ormai non così remoto – si volessero utilizzare *software* per la gestione delle domande di visto, la decisione all’esito dell’istruttoria dovrebbe essere motivata non solo nel suo complesso, chiarendone “gli elementi essenziali”, ma anche quanto al funzionamento del sistema. Se così fosse, però, la disciplina offerta dall’*AI Act* risulterebbe maggiormente garantista rispetto a quella dettata per la procedura tradizionale.

Difatti, ai sensi dell’art. 4, comma 2, T.U. Immigrazione, poi specificato dall’art. 6 *bis* del decreto di attuazione (d.p.r. 394/1999) non si richiede la motivazione del provvedimento di diniego per motivi di sicurezza o di ordine pubblico, a meno che esso non riguardi un visto per motivi di lavoro, familiari, cure mediche o istruzione. Tale norma, che pone una vistosa deroga all’obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi di cui all’art. 3 della L. n. 241/1990 e dunque al principio del giusto procedimento²², si giustifica in ragione della segretezza delle informazioni poste alla base del provvedimento di diniego, la cui conoscenza potrebbe pregiudicare lo stesso ordine pubblico e sicurezza che si intendono tutelare. Per tale ragione, l’eventuale applicazione di IA all’interno del procedimento, anche solo nella fase istruttoria, richiedendo di offrire una spiegazione sul funzionamento del sistema e sulla decisione finale, potrebbe compromettere quelle esigenze di segretezza sottese alla deroga di cui all’art. 4 del T.U. Immigrazione.

3.2. *La digitalizzazione dell’attività conoscitiva “autonoma”: la raccolta delle informazioni dello straniero*

Diversamente dall’attività conoscitiva procedimentale, i problemi posti da quella autonoma riguardano essenzialmente la legittimazione dell’autorità pubblica ad acquisire certe informazioni.

In passato per risolvere il problema si distingueva in base alla vicinanza

²² M. SAVINO, *Immigrazione* (voce), in G.B. MATTARELLA, M. RAMAJOLI, *Enciclopedia del diritto, I Tematici, Funzioni amministrative*, vol. III, 2022, pp. 599 – 626.

dell'amministrazione alla fonte informativa²³. Così, se l'amministrazione si trovava già nella disponibilità dell'oggetto dell'attività conoscitiva, si riteneva superflua una norma di legge che autorizzasse il compimento dell'attività di indagine. Diversamente, se la fonte si trovava nella disponibilità di terzi, si riteneva necessaria una previsione di legge che permettesse l'ingresso dell'amministrazione nella sfera giuridica dei privati, nel rispetto del principio di legalità.

Tale distinzione merita di essere mantenuta anche oggi e di essere applicata anche all'attività conoscitiva autonoma, alla cui base sta la raccolta dei dati personali degli stranieri. I dati personali dei migranti, infatti, non sono nella disponibilità del potere pubblico ma costituiscono beni immateriali appartenenti (o riferibili) a soggetti terzi. Da qui, la necessità di un'espressa disposizione normativa che autorizzi la raccolta delle informazioni.

Tuttavia, osservando il complesso quadro normativo che regola l'ingresso di stranieri nel territorio europeo emerge come il potere di acquisire i dati personali dei migranti sia espressamente consentito (e talvolta perfino declinato in forma di obbligo a carico di quest'ultimi) solo laddove all'amministrazione sia attribuito un potere pubblico di controllo o di rilascio di un provvedimento.

Sul versante nazionale, ad esempio, il T.U. Immigrazione, modificato dal d.l. 13 giugno 2023, n. 69, prevede all'art. 4 comma 1 *ter* che "è fatto obbligo ai cittadini di Paesi terzi nei cui confronti si applica il regolamento (UE) 2017/2226 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 novembre 2017, di fornire i dati biometrici richiesti, ai fini delle verifiche di frontiera previste dal codice frontiere Schengen di cui al regolamento (UE) 2016/399" e che in caso di rifiuto la polizia di frontiera possa procedere al respingimento dello straniero ai sensi dell'articolo 10, comma 1 del T.U. Il legislatore interno, peraltro, al successivo comma 1 *quater* sembra autorizzare anche il rilevamento automatico delle informazioni riguardanti l'ingresso e l'uscita dello straniero, prevedendo che "L'informazione di cui al primo periodo può essere resa anche attraverso attrezzature installate ai valichi di frontiera".

Sul versante europeo, invece, dove le attività di raccolta dati sono rimesse alle agenzie coinvolte nella gestione degli arrivi (Frontex, EUAA ed Europol), il quadro si fa più fumoso non solo per quanto riguarda l'acquisizione delle informazioni, ma anche relativamente al loro utilizzo.

I dati raccolti dalle amministrazioni nell'esercizio delle loro attività, infatti, non sono solo quelli richiesti dai sistemi informativi regolamentati (identi-

²³ F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967.

tà dello straniero, impronte digitali, tipo di autorizzazione o visto). La raccolta dei dati può avvenire anche attraverso interviste condotte sia alle frontiere che negli *hotspot* e riguardare anche altri tipi di informazioni, utili per scopi diversi quali l'individuazione dei trafficanti²⁴ o previsioni di rischio. Tali attività, però, sono solo oggetto di implicite autorizzazioni del legislatore, ricadendo così in quel cono d'ombra o di "invisibilità" di cui si è detto inizialmente.

Per quanto riguarda Frontex, ad esempio, l'art. 3, par. 1, lett. d) del Regolamento istitutivo (Regolamento (UE) 2019/1896²⁵ menziona tra le attività dell'agenzia quella relativa allo scambio delle informazioni, mentre l'art. 10 indica tra i compiti il monitoraggio delle esigenze operative degli Stati membri connesse all'esecuzione dei rimpatri, "anche mediante la raccolta di dati operativi" senza però darne una definizione. Maggiori indicazioni sono contenute agli artt. 86 e ss. del Regolamento, dove la volontà di limitare la raccolta dei dati da parte dell'Agenzia è in realtà tradita dalla possibilità di trattare i "dati personali di persone che attraversano le frontiere esterne senza autorizzazione" (art. 88, par. 1, lett. a)).

Da queste disposizioni, lette unitamente allo scopo perseguito da Frontex, il cui fine è anche quello di prevedere e monitorare i rischi rappresentati dagli arrivi, si può presumere come i dati raccolti durante le sue attività o comunque trasmessi vadano ben oltre quelli inseriti nei sistemi informativi già menzionati.

3.3. *Limiti e garanzie a presidio dell'attività di raccolta dati*

Oltre al problema di individuare una previsione normativa che autorizzi, in via espressa o implicita, l'acquisizione del dato del migrante, resta da verificare se le modalità del suo trattamento siano conformi alla tutela della privacy, riconosciuta espressamente dagli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza e dall'art. 8 della CEDU, e alle altre garanzie che circondano i dati personali previste dal GDPR. E ciò, non solo in tutti quei casi in cui l'acquisizione del dato avvenga al di fuori di procedure di registrazione (o *screening*) o di richiesta di visti o autorizzazioni, ma anche per quanto riguarda l'apprensione dell'informazione all'interno dei canali procedurali.

²⁴ S. TAS, *Datafication of the hotspots in the blind spot of supervisory authorities*, in *European Law Journal*, 30, 2024, pp. 87 – 102.

²⁵ 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.

Tale questione, che di certo non si poneva ai tempi dei primi scritti sull'attività conoscitiva, risulta però poco indagata.

Difatti sebbene sia espressamente sancito dal legislatore che anche le autorità, quali ad esempio Frontex, sono sottoposte alle regole dettate dal GDPR, è stato segnalato come spesso manchi una corretta supervisione sulle attività di raccolta e trattamento dei dati, essenziale per assicurare il rispetto delle garanzie previste dal Regolamento.

Tale aspetto è centrale non tanto perché il corretto trattamento del dato risulta rispettoso della privacy del migrante – il quale al momento della richiesta di ingresso è principalmente interessato al rispetto di altri diritti, come quello di asilo – quanto piuttosto perché la mancanza di garanzie di trattamento dei dati può tradursi nella registrazione di informazioni scorrette nonché in un'alterazione del rapporto autorità-libertà a discapito ovviamente della seconda.

Tale circostanza appare ancor più problematica se messa a confronto con la maggiore vulnerabilità del migrante che, rispetto ad altri soggetti che si confrontano con i soggetti pubblici, potrebbe essere privo di quelle conoscenze informatiche e della consapevolezza dei propri diritti, utili per rapportarsi con un'amministrazione digitalizzata²⁶.

4. *Considerazioni conclusive*

La digitalizzazione della funzione conoscitiva nel settore in esame consente di giungere ad alcune conclusioni, sia per quanto riguarda l'attività procedimentale, sia relativamente a quella conoscitiva autonoma.

L'automazione dell'istruttoria procedimentale o pre-procedimentale implica una fusione della fase istruttoria e decisoria. La ragione è semplice: la digitalizzazione del potere conoscitivo pubblico o, per meglio dire, la "dataficazione" del settore migratorio, rende l'esercizio di attività conoscitiva procedimentale strettamente dipendente da quella svolta prima dell'apertura del procedimento amministrativo. Per tale ragione, conformemente a quanto affermato dalla Corte di Giustizia, le garanzie previste per i processi automatizzati devono estendersi anche a quelli parzialmente automatizzati. Se così è, allora, dovrebbe essere indagata con maggiore attenzione l'acquisizione del dato poiché è in esso che sussiste già un "seme" di quella che sarà la futura

²⁶ Sul concetto di vulnerabilità si veda S. RANCHORDAS, M. BECK, Vulnerability, in KAUFMANN, MAREILLE & MORK LOMELL, HEIDI (Eds.), *Handbook on Digital Criminology*, 2025.

decisione pubblica. In altri termini, l'informazione raccolta contiene già al suo interno un "valore decisionale" che le tecnologie digitali si limitano a rendere evidente²⁷.

Per quanto concerne l'attività conoscitiva autonoma, invece, l'analisi svolta ha fatto emergere un allargamento del potere conoscitivo pubblico per opera della digitalizzazione. Nuovi strumenti di controllo delle frontiere, così come la "voracità" con cui i dati vengono acquisiti dalle autorità coinvolte nella gestione dei flussi fanno presumere un allargamento del potere conoscitivo, il quale però non è ben definito e tratteggiato dal legislatore. Da ciò derivano due conseguenze: in primo luogo, si assiste a un'alterazione del rapporto libertà-autorità a discapito della prima e, in secondo luogo, deve constatarsi un aumento dell'importanza delle informazioni così raccolte per la definizione di politiche pubbliche.

In generale, però, sia che ci si collochi all'interno o all'esterno del procedimento amministrativo, vi è un passaggio da un'attività conoscitiva con valore di "accertamento" a una con valore "predittivo".

Tale trasformazione, osservata nelle procedure ETIAS e VIS, così come nell'uso di *data analysis* per la previsione dei flussi, comporta due importanti conseguenze: la prima, positiva, consistente in un aumento delle capacità conoscitive dell'amministrazione, la seconda, negativa, si risolve invece nella devoluzione di una fetta di attività amministrativa alla tecnologia.

Non è di certo compito del giurista valutare l'opportunità di tale scelta. Tuttavia, essendo questa la direzione intrapresa dal legislatore (specialmente europeo), non può che invitarsi a ripensare i temi del dibattito riguardanti la digitalizzazione del settore migratorio.

Segnalare le antinomie dell'*automated decision making* o della valutazione automatica del rischio nelle procedure di rilascio di autorizzazioni o visti è di certo utile, ma per un verso non impedisce il loro utilizzo e, dall'altro, rischia di analizzare il problema solo dal punto di vista procedimentale. Per questa ragione, appare opportuno rivolgere l'attenzione anche al dato in quanto solo un'analisi delle garanzie che devono accompagnarne l'acquisizione e il trattamento – specie in un settore sensibile come quello in esame – potrà consentire di comprendere la correttezza sostanziale e la legittimità delle decisioni prese dalle pubbliche amministrazioni.

²⁷ S. DEMKOVA, *The Decisional Value of Information in European Semi-automated Decision-making*, in *Review of European Administrative Law*, 14, 2021, pp. 29 – 50.

A EUROPEAN LANGUAGE DETECTION SOFTWARE
TO DETERMINE ASYLUM-SEEKERS' COUNTRY OF ORIGIN:
QUESTIONING THE ASSUMPTIONS AND IMPLICATIONS
OF THE EUAA'S PROJECT

Cecilia Manzotti*

SUMMARY: 1. The EUAA's project to establish a European language detection software for determining asylum-seekers' country of origin. – 2. The German automatic language and dialect detection system. – 3. Where does the EUAA's project fit within the Pact?

1. *The EUAA's project to establish a European language detection software for determining asylum-seekers' country of origin*

In 2022, the European Union Asylum Agency (EUAA) reported that seven European Union (EU) member states (Austria, Germany, the Netherlands, Romania, Denmark, Sweden and Finland) and Switzerland have used Language Analysis for the Determination of Origin (LADO) as a tool for establishing asylum-seekers' country of origin for several years, and six other member states (Croatia, Greece, Malta, Polonia, Portugal and Slovakia) are considering introducing LADO in the near future¹. Based on the assumption that the way a person speaks reflects their *origin* – a notion which is often conflated with *nationality* – LADO consists in the analysis of speech samples to ascertain whether the speaker really originates from the country they claim to be from. More rarely, LADO is used to verify whether asylum applicants genuinely originate from a specific region within a country or belong to a certain ethnic group². LADO and its use in asylum procedures have fuelled lively debates, especially among linguistics³. While LADO is generally con-

* PhD candidate, School of Law, University of Sussex (UK).

¹ EUAA, *Study on Language Assessment for Determination of Origin, Executive Summary*, 2022, p. 12.

² D. EADES, *Testing the Claims of Asylum Seekers: The Role of Language Analysis*, in *Language Assessment Quarterly*, vol 6(1), 2009, pp. 30-40, p. 31.

³ See, for example, D. EADES, *Nationality Claims. Language Analysis and Asylum Cases* in M. COULTHARD, A. JOHNSON (eds), *The Routledge Handbook of Forensic Linguistics*, London, 2010, pp. 439-450; T. CAMBIER-LANGEVELD, *The Role of Linguists and Native Speakers in*

ducted by humans, since 2017 Germany – until now the only country in Europe – has implemented an Artificial Intelligence (AI)⁴ tool to detect the languages or dialects spoken by asylum applicants.

Inspired by the German experience, the EUAA has recently launched a project to establish a «common European platform to identify the country of origin of applicants through language assessment», including a first-line AI language detection tool and a second-line pool of language analysts. The project was announced in the 2023 EUAA's *Strategy on Digital Innovation in Asylum Procedures and Reception Systems*⁵, which to date is the only publicly available official document providing information on the initiative. Under the project, whose implementation timeline spans over a period of 10 years, the EUAA will initially foster coordination between stakeholders and develop common standards and procedures. At a later stage, once the EUAA's mandate is adjusted as needed, the agency will establish an AI language detection tool, create a pool of analysts, and build the capacity of a team in charge of the system. In the EUAA's view, the effort will reduce costs related to LADO, level differences among national administrations in terms of digitalisation, «facilitate more efficient and smarter identification» of asylum-seekers, «ultimately leading to better and faster decisions»⁶.

Although the EUAA's project may have a significant impact on the substance of asylum decisions and procedural guarantees for asylum applicants, so far it has gone virtually unnoticed both among experts and in the media. Therefore, this contribution draws attention to the EUAA's project and investigates its potential impact on the credibility assessment of asylum-seekers' claims regarding their country of origin under the Pact on Migration

Language Analysis for the Determination of Speaker Origin, in *The International Journal of Speech, Language and the Law*, vol. 17(1), 2010, pp. 67-93; H. FRASER, *The Role of Linguists and Native Speakers in Language Analysis for the Determination of Speaker Origin. A Response to Tina Cambier-Langeveld*, in *The International Journal of Speech, Language and the Law*, vol. 18(1), 2011, pp. 121-130; K. WILSON, P. FOULKES, *Borders, Variation, and Identity: Language Analysis for the Determination of Origin (LADO)*, in D. WATT, C. LLAMAS (eds), *Language, Borders and Identity*, Edinburgh, 2014, pp. 218-229.

⁴ For the purpose of this blog post, I adopt the definition of 'AI system' contained in Article 3(1) of the EU AI Act (Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence). Under certain circumstances, the use of AI for identifying asylum-seekers who are unable to prove their identity is permitted under the AI Act (recital 33).

⁵ EUAA, *Strategy on Digital Innovation in Asylum Procedures and Reception Systems*, 2023, pp. 28-30.

⁶ *Ibidem*.

and Asylum (the Pact). Since there are several reasons to believe that a European AI language detection tool will be largely based on the software used by Germany – which Germany has actively promoted across Europe⁷ and the EUAA described as «providing fast and reliable assessment» of asylum applicants' origin⁸ – this blog post will start by critically examining the German automatic language detection system. Based on the German experience, the blog post will then attempt to foresee how the EUAA's project will be operationalised in the context of the new or amended procedures introduced by the Pact. This contribution questions the assumptions on which automatic language analysis is based as well as its implications on the overall credibility assessment of asylum-seekers' nationality claims and, ultimately, on the applicants' right to seek asylum.

2. *The German automatic language and dialect detection system*

Following the 2015-2016 influx of asylum-seekers and under the pressure of the scandal of Franco A.⁹, a German far-right extremist who was granted subsidiary protection pretending to be Syrian, in 2017 the German Federal Office for Migration and Refugees (*Bundesamt für Migration und Flüchtlinge*, BAMF) introduced three AI-based identification systems. These include an automatic language and dialect recognition system (DIAS, *Dialektidentifizierungsassistent*), a software for the transliteration of Arabic names that also indicates how often a name's spelling is used in the applicant's claimed country of origin and in other countries, and a software that analyses data stored in asylum-seekers' electronic data carriers for the purpose of establishing their identity and/or nationality. Since 2018, the three identification systems have been used as a standard procedure during the registration of asylum applicants in all BAMF branch offices and reception centres if the person cannot provide a valid passport or passport substitute¹⁰

⁷ D. OZKUL, *Automating Immigration and Asylum: The Uses of New Technologies in Migration and Asylum Governance in Europe*, Oxford, 2023, p. 48.

⁸ EUAA, *Strategy on Digital Innovation in Asylum Procedures and Reception Systems*, op. cit., p. 28.

⁹ J. DIEHL, M. GEBAUER, *Refugee and Soldier: The Double Life of a Right-Wing Terror Suspect*, Spiegel International, 28 April 2017 < Right-Wing German Soldier Disguised as a Refugee - DER SPIEGEL >, accessed 18 February 2025.

¹⁰ The BAMF's *Instructions on Identity Verification in Asylum Procedures* (*Dienstanweisung Asylverfahren, Identitätsfeststellung*, 2023) define a 'passport substitute' as «a docu-

or if the document's authenticity cannot be immediately confirmed¹¹.

Concerning DIAS, in particular, following the registration of personal data, the BAMF's officer dials an internal phone number, and the applicant is asked to describe a picture or discuss freely a topic in their native language on the phone for around two minutes. Their speech is recorded and analysed by DIAS, which automatically produces a report indicating the language(s) or dialect(s) spoken by the applicant and with which probability. The report is then used by the BAMF officer to prepare specific questions about the applicant's origin for the asylum interview. If the report's conclusions contradict the applicant's claim regarding their country of origin, the applicant must be informed and given the opportunity to respond¹². As of November 2023, DIAS is used for the five major Arabic dialects (Egyptian, Gulf, Iraqi, Levantine and Maghrebi), Dari and Farsi¹³. A Pashto language model was introduced in 2022, but its use was discontinued in 2023¹⁴, and a language model for Kurdish has been in the pipeline for a couple of years¹⁵.

The BAMF justifies the use of DIAS based on Section 15 of the German Asylum Act¹⁶ that sets out the applicant's general obligations to cooperate, and Section 16(1), which specifically provides that oral statements can be used to determine a person's country or region of origin provided that the person was informed beforehand¹⁷. The Federal Government pointed out

ment that, alone or with a visa or residence permit, authorizes cross-border travel and fulfils some, but not all, of the functions of a passport. In particular, the identity card (ID card) is relevant in this context». (Translation from German into English revised by the Editorial Team).

¹¹ H. HAHN, *Digital Identification Systems and the Right to Privacy in the Asylum Context: An Analysis of Implementations in Germany*, Doctoral dissertation, Leuphana University, Lüneburg, 2020, p. 39.

¹² BAMF, *Dienstanweisung für das AVS – Sprachbiometrie*, 2018.

¹³ Deutscher Bundestag, *Drucksache 20/9419*, 17 November 2023, p. 5 (answer to question n. 6).

¹⁴ BAMF, Response to request under the Freedom of Information Act submitted by Cecilia Manzotti on 28 November 2024, response received on 5 February 2025, reference n. 13B-IFG-1225 < <https://fragdenstaat.de/anfrage/use-of-the-dialektidentifizierungsassistent-dias-in-the-asylum-procedure/#nachricht-956277> > accessed 19 February 2025.

¹⁵ D. OZKUL, *Automating Immigration and Asylum*, *op. cit.*, p. 44.

¹⁶ Asylum Act in the version promulgated on 2 September 2008 (Federal Law Gazette I, p. 1798), last amended by art. 2 of the Act of 11 March 2016 (Federal Law Gazette I, p. 394).

¹⁷ H. HAHN, *Digital Identification Systems and the Right to Privacy in the Asylum Context: An Analysis of Implementations in Germany*, *op. cit.*, pp. 48-50.

that «[t]he results of the dialect recognition can neither confirm nor refute the information on origin» but only «provide an indication of the applicant's origin, which is taken into account in the context of the interview, which also serves to clarify identity and nationality»¹⁸. In very exceptional cases, if doubts concerning the applicant's country of origin persist after the asylum interview, a «Speech and Text Analysis», carried out by external linguists based on a new and longer speech sample, may be recommended¹⁹.

According to the Federal Government, the use of DIAS has several benefits, including the verification of asylum-seekers' origin early on in the procedure, the fact that additional data are made available to decision-makers to support asylum decisions, an overall acceleration of the procedure, a reduction of fraud and increased security. On the other hand, linguists, civil society actors and members of the Parliament have expressed serious concerns regarding DIAS' accuracy and reliability. Indeed, the Federal Government reported a language recognition rate of 80% for Arabic dialects between 2017 and 2020, which increased to 85% in 2021, and around 75% for the other languages in 2022²⁰. In 2023, DIAS reached an average recognition rate of 87%²¹. This means that, since its introduction, the software has provided a wrong result for around 20% of the applicants who have undergone the procedure. Other criticisms concern the BAMF's lack of transparency regarding the software's algorithms and the language samples distribution, the risk of self-perpetrating bias, and the government's failed promise to commission an independent evaluation of the system. Leaving in the background these issues, which have already been explored in some of the literature on the use of AI in asylum procedures²², the use of a language detection software to ascertain asylum-seekers' country of origin poses fundamental questions regarding the evidence and standard of proof for assessing the credibility of asylum applicants' nationality claims.

¹⁸ Deutscher Bundestag, *Drucksache 20/3238*, 31 August 2022, p. 6 (answer to question 2). Translation from German into English revised by the Editorial Team.

¹⁹ *Ibidem*, p. 11 (answer to question 10) and K. OZKUL, *op. cit.*, p.46. On the difference between 'language indication' and 'language analysis', see EUAA, *Study on Language Assessment for Determination of Origin. Executive Summary*, *op. cit.*, p. 13.

²⁰ Deutscher Bundestag, *Drucksache 20/3238*, p. 10 (answer to question 7)

²¹ Deutscher Bundestag, *Drucksache 20/9419*, p. 4 (answer to question 5b).

²² See, for example, D. OZKUL, *Automating Immigration and Asylum*, *op. cit.*; EMN-OECD, *The Use of Digitalisation and Artificial Intelligence in Migration Management*, February 2022; H. HAHN, *Digital Identification Systems and the Right to Privacy in the Asylum Context: An Analysis of Implementations in Germany*, *op. cit.*

First, the BAMF's guidance problematically describes DIAS as a tool to establish an applicant's *nationality* or *country of origin*, which is defined in EU refugee law as a person's country of nationality or, in the case of stateless persons, country of former habitual residence²³. Although the guidance available in other countries using LADO or developed by the EUAA specifies that «[l]anguage analysis does not reveal the country of nationality of the applicant as such, but the place (or one of the places) where the applicant has socialised by residing there for a longer time and interacting with the community»²⁴, in asylum decisions LADO conclusions are generally used – either openly or implicitly – to determine a person's nationality²⁵. Indeed, what is relevant when it comes to the assessment of asylum-seekers' risk of persecution or serious harm under refugee law is the concept of *country of nationality*, and not the notion of *country of socialisation*. But what does constitute evidence of a person's nationality in the absence of any identity or travel document? While asylum authorities generally resort to LADO and questions to test the applicant's knowledge of their alleged country of origin²⁶, neither language nor knowledge of a country's geography and traditions constitute evidence of nationality. Nationality is a legal status, which may or may not correspond to a person's main country of socialization. Accordingly, more pertinent questions would concern, for example, identity and travel documents issued by the applicant's alleged state of nationality, the applicant's attempts to obtain these documents, the applicant's place of birth and their parents' nationality, and the applicant's access to the rights and entitlements reserved to nationals of the state in question.

²³ 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 (recast Qualification Directive), art. 2(n) and Regulation (EU) 2024/1347 of the European Parliament and of the Council of 24 May 2024 (Qualification Regulation), art. 3(13).

²⁴ EUAA, *Practical Guide on Evidence and Risk Assessment*, 2024, p. 36.

²⁵ See, for instance, A. REATH, *Language Analysis in the Context of the Asylum Process: Procedures, Validity, and Consequences*, in *Language Assessment Quarterly*, vol. 1(4), 2004, pp. 209-233; S. CRAIG, *The Use of Language Analysis in Asylum Decision-Making in the UK: A Discussion*, in *Journal of Immigration, Asylum and Nationality Law*, vol. 26(3), 2012, pp. 255-268; K. MARYNS, *Identifying the Asylum Speaker: Reflections on the Pitfalls of Language Analysis in the Determination of National Origin*, in *Speech, Language and the Law*, vol. 11(2), 2004, pp. 240-260.

²⁶ EMN, *Challenges and Practices for Establishing the Identity of Third-Country Nationals in Migration Procedures*, 2017, p. 4.

Second, and related to the previous point, the fact that DIAS is used when a person's asylum application is registered, that is before the asylum interview, means that language indication is given priority over the applicant's testimony as evidence of nationality. Indeed, the results produced by DIAS orient the asylum interview, and not the other way around, and it is hard to believe that they do not create a prejudice in the interviewer. The use of DIAS before giving the applicant the opportunity to explain in detail their personal situation and reasons for seeking asylum, even in the absence of any negative credibility indicators, appears even more questionable considering the software's poor reliability. Additionally, although the BAMF has repeatedly specified that DIAS only provides an indication of the applicant's nationality, it remains unclear what evidentiary weight language indication should be given in the overall credibility assessment of the applicant's nationality claim. In the absence of any clear guidance, the question risks being left to the discretion of individual decision-makers.

Third, a closer look at the conditions that trigger the use of DIAS shows that asylum applicants are expected to substantiate their nationality to a standard of proof higher than the *balance of probabilities* generally required in refugee status determination. Indeed, the BAMF's instructions provide that DIAS must be used if the applicant's identity and nationality cannot be *proved, determined with certainty or established beyond doubts*. On the other hand, the BAMF seems to adopt a much more generous standard of proof when it comes to its own determination of asylum-seekers' nationality through language indication, considering DIAS' low accuracy level. The fact that DIAS is used whenever an applicant does not produce any valid passport or passport substitute or the BAMF doubts the documents' authenticity also constitutes a weakening of the principle – included in German law²⁷ and well-established in EU refugee law²⁸ – that asylum-seekers do not need to produce a passport to substantiate their identity and nationality.

In sum, the German automatic language recognition system relies on problematic assumptions regarding the relationship between language and nationality. Furthermore, its systematic use before the asylum interview

²⁷ Residence Act in the version promulgated on 25 February 2008 (Federal Law Gazette I p. 162), most recently amended by art. 4b of the Act of 17 February 2020 (Federal Law Gazette I p. 166), Section 5(3).

²⁸ Recast Qualification Directive, art. 4(5) and Qualification Regulation, art. 4(5). See also ECtHR, *F.N. and others v. Sweden*, Application n. 28774/09, ECLI:CE:ECHR:2012:1218JUD002877409, para 72.

whenever an applicant fails to provide a valid identity or travel document or the BAMF doubts the authenticity of the applicant's document reflects the adoption of an unduly high standard of proof for the applicant. Moreover, it results in automatic language detection being given priority over the applicant's testimony in the credibility assessment of nationality claims, despite DIAS' inaccuracy and controversial nature.

3. *Where does the EUAA's project fit within the Pact?*

Under the Pact, the determination of asylum-seekers' country of origin is not only critical to the assessment of their fear of persecution or serious harm but may also substantially affect the level of procedural guarantees to which applicants are entitled²⁹. Indeed, following a pre-entry screening, applicants who originate from countries with a low recognition rate and those who do not cooperate in the identification procedures, notably concealing their nationality, will be channelled into the asylum border procedure. The latter implies fewer procedural safeguards compared to the regular examination procedure and practical restrictions that may substantially affect the applicants' ability to assert their claim. Under the new rules, the nationality of applicants for international protection is determined and recorded for the first time during the pre-entry screening, which includes preliminary health and vulnerability checks, identification, registration of biometric data and security checks³⁰. The screening authorities must include an «indication of nationalities or statelessness» in the screening form³¹, specifying if the information recorded has been «declared by the person» or «confirmed by the authorities»³².

Considering that the purpose of the pre-entry screening is to ensure that asylum applicants «are referred to the appropriate procedures at the earliest stage possible and that those procedures are continued without interruption

²⁹ C. MANZOTTI, *Nationality Status Determination in Asylum Procedures under the CEAS and the Potential Impact of the 'New Pact on Migration and Asylum'*, in *International Journal of Refugee Law*, vol 35(2), 2023.

³⁰ Regulation (EU) 2024/1356 of the European Parliament and of the Council of 14 May 2024 introducing the screening of third-country nationals at the external borders (Screening Regulation), art. 8(5).

³¹ *Ibidem*, art. 17(1) (b).

³² *Ibidem*, art. 17(3).

or delay»³³, it is reasonable to foresee that the automatic language detection tool that the EUAA is going to develop will be made available to the screening authorities. Although the Screening Regulation does not mention language indication or analysis anywhere, Article 14 includes «data or information provided by or obtained from the applicant» among the types of evidence that should be used to establish or verify asylum-seekers' nationality, together with identity, travel or other documents and biometric data. The phrasing «data or information provided by or obtained from the applicant» is sufficiently broad to include the recording and analysis of a speech sample through a language recognition software. On the contrary, the EUAA's pool of language analysts is likely to come into play during the asylum procedure, since the pre-entry screening must be finalised within seven days at the border and three days within the territory of member states³⁴. As in the case of Germany, it is foreseeable that asylum authorities will be able to request an in-depth language analysis if doubts regarding the applicant's country of origin persist.

Since the goal of the pre-entry screening is to identify applications that are likely to be inadmissible or unfounded and channel them into the accelerated and border procedures as soon as possible, the results produced by the language detection software can be anticipated to be decisive in establishing applicants' country of origin in the absence of any valid identity or travel document. Importantly, the Screening Regulation does not foresee any possibility for the applicant to challenge the authorities' recording of their personal data during the screening. Although Article 17 provides that the applicant shall have the possibility to indicate that the information included in the screening form is incorrect and the authorities must record this, under the Regulation the applicant's view does not have any impact on the screening process and, given the short time of the procedure, is unlikely to lead to a more in-depth assessment at this stage. This means that the decision to examine an asylum application through a sub-standard procedure, severely limiting the applicant's rights, would largely be based on the results produced by an AI language recognition software that is grounded on wrong assumptions regarding the relationship between language and nationality and has proved to be inaccurate. The results of the automatic language recognition may also potentially affect the assessment of the asylum application, since evidence shows that amending a nationality record during the asylum proce-

³³ *Ibidem*, recital 7.

³⁴ *Ibidem*, art. 8.

dures can prove extremely complex³⁵. This would be even more complicated for asylum-seekers who have been identified as originating from countries with a low recognition rate or safe countries of origin and whose application has been rejected as unfounded or manifestly unfounded, because their appeal against the first instance decision would not have automatic suspensive effect³⁶.

Ultimately, the use of an AI language recognition tool to establish asylum-seekers' country of origin during the pre-entry screening would not be without consequences on the credibility assessment of asylum-seekers' nationality claims, as the case of Germany has shown. Moreover, combined with the systematic channelling of applicants from certain countries of origin into the border procedure, the use of automatic language indication would compromise the applicants' right to seek asylum. With their asylum applications being examined at the border and under limited procedural guarantees, applicants identified as originating from certain countries would face significant obstacles asserting their claim and challenging the first instance authorities' decision.

³⁵ ENS and ISI, *Addressing Statelessness in Europe's Refugee Response. Gaps and Opportunities*, 2019, p. 3.

³⁶ Regulation (EU) 2024/1348 of the European Parliament and of the Council of 14 May 2024 establishing a common procedure for international protection in the Union, art. 68(3).

DIGITALIZZAZIONE DELLE PROCEDURE DI INGRESSO:
IL TRATTAMENTO DEI DATI E IL DIFFICILE EQUILIBRIO
TRA LA SICUREZZA PUBBLICA E IL RISPETTO
DEI DIRITTI FONDAMENTALI DEGLI IMMIGRATI

Cristiana Napolitano*

SOMMARIO: 1. Premesse – 2. La raccolta e trattamento dei dati biometrici degli immigrati alla prova del principio di proporzionalità – 3. Eurodac: da strumento di asilo a meccanismo di sorveglianza – 4. L'impatto delle tecnologie avanzate sui diritti dei migranti.

1. *Premesse*

Nell'ambito del tema delle politiche di integrazione degli stranieri¹, una questione centrale è rappresentata dall'equilibrio tra la sicurezza pubblica e i diritti fondamentali dei migranti nell'era digitale, nella prospettiva di garantire una reale ed effettiva integrazione dell'immigrato sul territorio nazionale². L'incremento dell'impiego delle tecnologie digitali, unitamente alla raccolta di dati personali, ha reso infatti impellente l'esigenza di trovare un bilanciamento tra due necessità che in apparenza possono risultare contrapposte: da un lato, la sicurezza interna dello Stato ospitante; dall'altro, il diritto ad una accoglienza che non solo rispetti la dignità dell'immigrato e, quindi sia espressione del principio di uguaglianza, inteso quale corollario del diritto dell'immigrato ad essere realmente integrato all'interno dello Stato ospitante, ma che in nessun modo vada a comprimere i suoi diritti fondamentali³, quali il diritto alla privacy⁴, alla protezione dei dati e all'accesso alle informazioni che lo riguardano.

* Dottore di ricerca presso l'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

¹ Per un approfondimento in merito alla tematica si rimanda a H. CAROLI CASAVOLA, L. CORAZZA, M. SAVINO (a cura di), *Migranti, territorio e lavoro. Le strategie d'integrazione*, Rubbettino Editore, Soveria Mannelli, 2022.

² Per un approfondimento sulla tematica relativa all'effettività della tutela garantita ai migranti si rimanda a M. INTERLANDI, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Giappichelli, Torino, 2018.

³ Sul tema si v. F. ASTONE, R. CAVALLO PERIN, A. ROMEO, M. SAVINO, *Immigrazione E Diritti Fondamentali*, Torino, Università di Torino, 2019.

⁴ Sul tema si v. F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*.

La questione è rilevante in sé e per sé e nella misura in cui bisogna prendere atto che la digitalizzazione delle procedure di ingresso, oltre a trovare un fondamento nel nuovo Regolamento sull'Intelligenza Artificiale, c.d. AI Act⁵, si iscrive in un contesto normativo nel quale gli strumenti digitali relativi al trattamento dei dati personali incidono prevalentemente sui cittadini di Paesi terzi⁶. Si pensi, ad esempio, al Regolamento UE 2019/86 che ha istituito un sistema centralizzato per coloro che hanno la cittadinanza di uno Stato terzo e che a sua volta ha integrato il Sistema europeo di informazione sui casellari giudiziari; al Regolamento UE 2017/2226 che ha istituito il sistema di ingresso e di uscite o, ancora, al Sistema di informazione Schengen di seconda generazione⁷, dove una segnalazione può essere inserita con riferimento ad un soggetto di uno Stato terzo che sia stato destinatario di una misura di allontanamento o di un rifiuto di ingresso o di espulsione.

Il processo di integrazione inizia, pertanto, già all'ingresso dell'immigrato nel Paese ospitante, rappresentando il primo momento di contatto tra quest'ultimo e lo straniero, che a sua volta deve avere, quantomeno, la percezione di godere degli stessi diritti fondamentali garantiti ai cittadini.

D'altronde, la stessa Corte costituzionale ha più volte sottolineato, in riferimento al disposto di cui all'art. 3 della Costituzione italiana, come l'uguaglianza, almeno nel suo contenuto minimale di uguaglianza in senso formale, sia garantita a tutti, indistintamente cittadini e stranieri⁸. Nella legi-

Dalla direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo, Vol. 1, Torino, Giappichelli, 2016, p. 161.

⁵ Ci si riferisce al Regolamento Europeo sull'Intelligenza Artificiale 2024/1689.

⁶ Sull'utilizzo dell'Intelligenza Artificiale nel contesto europeo e internazionale si veda C. NARDOCCI, *Artificial intelligence at the crossroads between the European Union & the Council of Europe: who safeguards what & how?*, in *Italian Journal of Public Law*, Vol. 16, Issue 1/2024, pp. 165-196.

⁷ Il SIS II è un sistema informatico su larga scala creato per compensare l'eliminazione dei controlli alle frontiere interne tra gli Stati membri dell'Unione Europea aderenti all'Accordo di Schengen. Il suo obiettivo principale è garantire un elevato livello di sicurezza all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'UE, facilitando la cooperazione tra le autorità nazionali di polizia, doganali, giudiziarie e di controllo delle frontiere. Introdotto nel 2013, il SIS II ha ampliato le funzionalità del sistema originale, permettendo l'inclusione di dati biometrici come impronte digitali e fotografie per migliorare l'identificazione e la verifica delle identità. Nel 2023, il sistema è stato ulteriormente aggiornato per includere nuove categorie di segnalazioni e funzionalità avanzate, rafforzando così la sicurezza e l'efficacia della cooperazione tra gli Stati membri.

⁸ *Cfr. ex multis*, Corte Cost., sentenza del 23 novembre 1967, n. 120; Corte Cost. sentenza del 20 gennaio 1977, n. 46; Corte Cost., sentenza del 21 giugno del 1979, n. 54. In dottrina si

slazione nazionale vi è anche il dettato di cui all'art. 43 del D.lgs. n. 286/98 che, per primo, ha inserito il principio di non discriminazione all'interno di una normativa che disciplina il fenomeno migratorio. Lo stesso principio è stato poi sancito a livello europeo, in un primo momento tramite alcune direttive che hanno affrontato il tema in modo più ristretto rispetto alla lettera del citato art. 43 del D.lgs. n. 286/98. Un esempio significativo è rappresentato dalla direttiva 2000/43/CE, che, pur estendendo il principio di non discriminazione a tutti gli individui, lo limita specificamente alle discriminazioni basate sulla razza e sull'origine etnica, nonché dalla direttiva 2003/109/CE, che prevede il principio di non discriminazione solo per i cittadini di Paesi terzi che hanno ottenuto lo *status* di soggiornante di lungo periodo. Successivamente, con l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, il cui articolo 21 vieta espressamente qualsiasi forma di discriminazione, il principio è stato ulteriormente consolidato e ampliato, trovando applicazione nei confronti di qualunque individuo, a prescindere dalla nazionalità, purché soggetto al diritto dell'Unione.

Tuttavia, nonostante la disciplina di carattere generale esistente a livello tanto nazionale, quanto europeo, si registra di fatto una disparità nelle normative e nelle prassi relative al prelievo e trattamento dei dati sensibili con la conseguenza che le politiche di gestione dei flussi migratori finiscono per rendere più ostica l'integrazione degli immigrati nel contesto sociale. Infatti, sebbene si tratti di procedure formulate per rafforzare la sicurezza delle frontiere, esse spesso appaiono sotto certi aspetti, non pienamente conformi ai principi di non discriminazione e uguaglianza.

Come avremo modo di osservare, ragioni di sicurezza prevalgono sulle esigenze di uguaglianza: le procedure adottate ai confini, finalizzate al prelievo dei dati biometrici degli immigrati in ingresso, non garantiscono affatto un'effettiva parità, né tra immigrati e cittadini, né all'interno della stessa categoria degli immigrati, evidenziando differenze sostanziali tra immigrati regolari e irregolari.

2. *La raccolta e trattamento dei dati biometrici degli immigrati alla prova del principio di proporzionalità*

Il prelievo e il trattamento dei dati personali degli immigrati, al momento

veda A. CERRI, *L'uguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*, Giuffrè, Milano, 1976.

del loro ingresso alle frontiere, rappresentano, si è detto, un terreno d'indagine privilegiato sul quale misurare la prevalenza dell'interesse pubblico alla sicurezza sulle ragioni di non discriminazione degli immigrati.

Sul presupposto che tali dati abbiano natura sensibile, si presume che la disciplina regolatoria debba necessariamente aderire ai principi di *data protection*, includendo misure specifiche per salvaguardare i diritti fondamentali delle persone coinvolte. Tale disciplina deve, in altri termini, risultare proporzionata alle finalità di sicurezza pubblica per cui è stata prevista, garantendo al contempo il rispetto della dignità, della privacy, dei diritti individuali degli immigrati e, soprattutto, del principio di uguaglianza.

A questa conclusione si giunge muovendo dalla considerazione che la tutela accordata al diritto alla privacy e alla protezione dei dati personali dal Regolamento UE 2016/679 (GDPR)⁹, così come previsti dalla Carta dei diritti fondamentali, non possa ritenersi limitata ai cittadini dell'Unione europea.

La questione assume ancora più rilevanza ove ad essere coinvolti siano, oltre ai richiedenti protezione internazionale, i minori d'età.

Le disposizioni della Carta vengono, infatti, in rilievo ogni qual volta si applichi a delle persone fisiche il diritto dell'UE, come quello contenuto nel Sistema europeo comune di asilo. Ne deriva che il soggetto che presenti una richiesta di protezione internazionale secondo la disciplina europea vigente, per il solo fatto di aver presentato la domanda, accede al Sistema europeo comune di asilo (c.d. CEAS), venendo quindi assoggettato a norme di diritto dell'UE e, di conseguenza, anche alle garanzie contenute nella Carta.

Appare dunque evidente che il GDPR debba necessariamente applicarsi anche ai richiedenti asilo all'interno dell'Unione. Tuttavia, va rilevato come la protezione dei dati personali loro garantita possa risultare, sotto alcuni

⁹ L. CHIEFFI, *La tutela della riservatezza dei dati sensibili: le nuove frontiere europee*, in *Federalismi.it*, 14 febbraio 2018; F. RESTA, *Sub art. 5 reg. 2016/679*, in G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *Comm. GDPR e Normativa Privacy*, Milano, Ipsoa, 2018; C. COLAPIETRO, *I principi ispiratori del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, in *Federalismi.it*, n. 22/2018; S. SICA, V. D'ANTONIO, G.M. RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Padova 2016; G. BUSIA, L. LIGUORI, O. POLLICINO (a cura di), *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali. Bilanci e prospettive*, Roma 2016; L. BOLOGNINI, E. PELLINO, C. BISTOLFI (a cura di), *Il Regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Milano 2016; G. FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna 2017; L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli 2017; G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e Normativa Privacy. Commentario*, Milano, 2018.

profili, meno rigorosa rispetto a quella accordata ai cittadini dell'Unione Europea.

Questa disparità emerge in modo particolarmente evidente quando si adotta come parametro di riferimento il principio di proporzionalità sancito dall'art. 52, par. 1, della Carta, secondo il quale qualsiasi limitazione ai diritti garantiti deve essere strettamente necessaria e proporzionata al raggiungimento di un obiettivo legittimo. In tal senso basti pensare alla rigorosa interpretazione che di tale principio ha dato la Corte di Giustizia dell'Unione Europea con specifico riferimento al trattamento dei dati dei cittadini eurounitari. Essa ha infatti più volte sottolineato la necessità di evitare un'eccessiva compromissione del diritto alla privacy e all'autonomia informativa dei soggetti interessati, anche quando le misure in questione siano giustificate da esigenze di sicurezza interna dello Stato o da motivi di interesse pubblico. Pur riconoscendo la legittimità di tali finalità, la Corte ha ribadito che esse non devono giustificare interventi che vadano oltre quanto strettamente necessario, imponendo quindi un'attenta valutazione della proporzionalità tra l'obiettivo perseguito e l'impatto sui diritti fondamentali.

Un significativo esempio è rappresentato dalla sentenza Schwarz¹⁰, dove la Corte si è interrogata, in materia di prelievo di dati biometrici, circa l'esistenza di una effettiva proporzionalità tra la misura relativa al prelievo e alla conservazione delle impronte digitali dei cittadini dell'UE nei passaporti e l'esigenza di prevenire la falsificazione di questi ultimi al fine di impedirne l'uso fraudolento e di evitare, quindi, l'ingresso nel territorio europeo di persone non autorizzate.

Nell'esaminare, dunque, la reale necessità delle misure che prevedono il rilevamento delle impronte digitali, la Corte ha sottolineato non solo come la normativa specifica contemplasse la raccolta delle impronte di sole due dita, ma anche come la conservazione centralizzata delle stesse all'interno del passaporto non comportasse, di fatto, alcun rischio, dal momento che quest'ultimo era destinato a rimanere in possesso esclusivo del titolare. Non vi erano, quindi, alternative che comportassero un minore sacrificio dei diritti fondamentali, considerando altresì che le impronte digitali erano utilizzate esclusivamente per verificare l'autenticità del passaporto e l'identità del suo titolare.

Eppure, come si è detto e come si avrà modo di osservare meglio nei paragrafi successivi, questo approccio rigoroso alla proporzionalità, che è stato applicato in modo efficace per tutelare i diritti dei cittadini dell'Unione, non

¹⁰ CGUE, sentenza del 17 ottobre 2013, *Schwarz*, C-291/12, EU:C:2013:670.

sempre trova un'applicazione altrettanto stringente nei confronti dei cittadini extracomunitari.

Infatti, la raccolta di dati sensibili di questi ultimi, come i dati biometrici, e il loro inserimento in database, spesso difficilmente accessibile ai migranti stessi, solleva legittime preoccupazioni riguardo alla proporzionalità di tali misure rispetto agli obiettivi di sicurezza pubblica. Si consideri, ad esempio, l'articolo 9 del GDPR il quale, pur vietando specificamente il trattamento di dati che possano rivelare l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, l'orientamento sessuale, nonché dati genetici, biometrici e sanitari (paragrafo 1), prevede al contempo delle eccezioni che invece lo consentono in circostanze particolari (paragrafo 2). Tra queste rientrano i motivi di interesse pubblico stabiliti dal diritto dell'Unione Europea e degli Stati membri. Tale ambivalenza normativa solleva importanti interrogativi riguardo alla reale tutela dei diritti individuali e alla legittimità delle deroghe adottate, soprattutto in relazione al principio di proporzionalità.

In un contesto delicato come quello dell'immigrazione, dove la necessità di garantire la sicurezza dei confini nazionali è in tensione con l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali delle persone immigrate, il principio di proporzionalità dovrebbe infatti assumere un ruolo cruciale, vista la reale esigenza di garanzia di un effettivo bilanciamento tra situazioni giuridiche ugualmente meritevoli di tutela, ancorché tra loro potenzialmente contrastanti.

3. *Eurodac: da strumento di asilo a meccanismo di sorveglianza*

A questo punto, è necessario comparare il livello di tutela appena descritto, improntato al principio di proporzionalità e garantito ai cittadini dell'Unione o in generale agli immigrati regolari, con il sistema di prelievo e trattamento dei dati riservato a coloro che richiedono asilo nell'UE, nonché agli altri migranti privi, all'arrivo, di regolare visto o permesso di soggiorno¹¹.

A tale scopo, si rivela utile ricostruire le vicende che hanno interessato l'ampliamento significativo dello scopo dell'Eurodac: sistema nel quale, come noto, confluiscono i dati biometrici degli immigrati irregolari.

¹¹ Per un approfondimento sul tema, con particolare riferimento al delicato caso del trattamento dei dati dei minori si v. R. BENDINELLI, *Le norme sul trattamento dei dati personali dei richiedenti asilo nell'Unione Europea: talune criticità rispetto al caso dell'interessato minorenne*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n.1/2024.

Si tratta delle vicende da cui emerge non solo il mancato rispetto dell'art. 52 della Carta, ma anche dell'art. 5 del GDPR, in base al quale il trattamento dei dati personali delle persone fisiche non può avvenire per finalità indefinite, illimitate o che si estendano in base a una contingente utilità sopravvenuta.

Se originariamente lo scopo dell'Eurodac era solo quello di consentire il confronto delle impronte digitali, con la modifica introdotta nel 2013 (Regolamento UE 2013/603) il suo impiego è diventato funzionale al contrasto della criminalità grave. Non solo, con il nuovo Regolamento UE 2024/1358, che in base all'art. 63 trova applicazione a partire dal 12 giugno del 2026, si è data attuazione ad un ulteriore obiettivo perseguito tramite il database, ovvero sia quello di facilitare il controllo dell'immigrazione irregolare verso l'Unione (obiettivo che a sua volta era stato introdotto con la proposta di regolamento da parte della Commissione europea del 4 maggio 2016¹²).

L'Eurodac è stato, in altri termini, progressivamente trasformato in uno strumento per il controllo dei migranti che richiedono protezione internazionale, così come di coloro che soggiornano illegalmente all'interno del territorio dell'Unione senza presentare tale domanda o attraversano irregolarmente una frontiera esterna dell'Unione. Esso, prevedendo la raccolta di un numero significativamente maggiore di dati relativi agli immigrati, se comparato a quello previsto per i cittadini dell'Unione Europea, introduce un trattamento differenziato rispetto a quello riservato a questi ultimi.

Sia sufficiente guardare alla tipologia di dati raccolti nel database il cui numero è stato notevolmente ampliato, a seguito prima della proposta COM 2016/0272 final e poi dell'art. 17 del nuovo Regolamento UE 2024/1358, che pure verrà applicato a decorrere, si è detto, dal 12 giugno 2026. A partire da questa data, i dati che verranno registrati nell'Eurodac per i richiedenti asilo non comprenderanno più le sole impronte digitali, ma anche una serie di informazioni personali dettagliate quali: lo Stato membro d'origine, il luogo e la data di presentazione della domanda di protezione internazionale, il sesso, il volto, i cognomi e nomi, la cittadinanza, il luogo e la data di nascita, le informazioni relative ai documenti di identità o di viaggio, nonché ulteriori dettagli.

Si consideri, inoltre, il funzionamento del database. In questa prospettiva, la raccolta di dati, apparentemente necessaria per la gestione e l'identificazione efficace dei richiedenti asilo, pone serie questioni etiche e giuridiche, soprattutto in relazione al principio di proporzionalità. Sebbene

¹² Si tratta, in particolare, della COM/2016/0272 final.

la raccolta di dati possa apparire necessaria per la gestione e l'identificazione efficace di questi ultimi, tale pratica solleva interrogativi riguardo al bilanciamento tra la sicurezza e il rispetto dei diritti fondamentali in quanto sembrerebbe essere privilegiata la sicurezza nazionale a scapito del principio di uguaglianza. Pertanto, il trattamento dei dati biometrici di tali individui, per definizione, in posizione di vulnerabilità, non rispetta lo standard di protezione e non risulta allineato con le garanzie che sono previste per i cittadini UE. L'art. 9, par. 1, del medesimo Regolamento, ad esempio, stabilisce che i dati relativi alle impronte digitali devono essere conservati per un periodo prolungato di dieci anni. È evidente come quest'ultimo rappresenti un periodo di conservazione manifestamente eccessivo. In ogni caso si tratta di una conservazione significativamente diversa da quella valutata dalla Corte di Giustizia nella citata sentenza Schwarz, in riferimento alle impronte digitali contenute nei passaporti personali dei cittadini comunitari, che sono destinate a rimanere esclusivamente in possesso del titolare.

A ciò va aggiunta tanto la previsione dell'art. 10, par. 1, che riduce l'età minima per la raccolta dei dati biometrici a sei anni, aumentando così la quantità di dati sensibili raccolti; quanto quella del considerando 30, che ha espressamente previsto la possibilità di ricorrere alla coercizione per raccogliere le impronte digitali, anche su minori, quando necessario, sollevando una serie di dubbi di legittimità, soprattutto con riferimento al divieto di trattamenti degradanti sancito all'art. 3 CEDU. Nonostante la coercizione non sia prevista come obbligatoria, la sua eventuale applicazione per la raccolta dei dati biometrici di minori richiedenti asilo potrebbe configurarsi come un trattamento degradante, considerando il forte stress ed il senso di frustrazione che questa pratica può indurre nei minori, aggravando ulteriormente la loro già fragile condizione.

È evidente, dunque, come le disposizioni fin qui analizzate sollevino criticità significative in termini di proporzionalità, con riferimento al disposto di cui al citato art. 52, par. 1, della Carta, il quale, come detto, prevede che ogni ingerenza nei diritti fondamentali sia strettamente necessaria per il conseguimento di obiettivi legittimi: la raccolta e la conservazione per dieci anni di dati biometrici¹³ di bambini a partire dai sei anni e di adulti richiedenti

¹³ Sulla natura di dati personali delle informazioni registrate nell'Eurodac si rimanda a L. ROOTS, *The new Eurodac Regulation: fingerprints as a source of informal discrimination*, in *Baltic Journal of European Studies*, 2015, p. 108 ss; R. BENDINELLI, *How coercive fingerprinting could violate migrants' dignity*, in *Riv. coop. giur. internaz.*, 2021. Cfr. inoltre, E. STEFANINI, *La circolazione dei dati genetici tra vecchi diritti e nuove sfide*, in C. CASONATO-C. PI-

asilo, nonché la possibilità di ricorrere alla coercizione fisica per il loro prelievo, non può non dar adito a legittimi interrogativi circa l'indispensabilità di tali misure e la possibilità di adottare soluzioni meno invasive.

Infine, da tutto questo emerge come anche il principio di limitazione delle finalità del trattamento dei dati, previsto dall'art. 5 del GDPR, non possa dirsi pienamente rispettato. L'Eurodac, infatti, è stato ampliato per includere una serie di dati biometrici e personali che vanno oltre lo scopo originale di gestione delle richieste di asilo, finendo per diventare uno strumento per la sorveglianza generalizzata dei migranti. Questo ampliamento delle finalità, senza adeguate garanzie di protezione, può concretamente portare a un utilizzo eccessivo e non giustificato dei dati raccolti.

4. *L'impatto delle tecnologie avanzate sui diritti dei migranti*

Le vicende dell'Eurodac si intrecciano con le questioni giuridiche che emergono dall'introduzione delle nuove tecnologie nella gestione delle frontiere. In proposito, può infatti sollevarsi un'ultima considerazione con riferimento all'adozione della misura del riconoscimento facciale, la quale, è noto, rappresenta un'innovazione significativa nel controllo e nella gestione dei flussi migratori¹⁴. Si tratta di tecnologie che, pur offrendo vantaggi per la sicurezza pubblica, introducono rischi considerevoli in termini di violazione della privacy, come pure possono perpetuare *bias* e discriminazioni sistemiche¹⁵.

CIOCCHI-P. VERONESI (a cura di), *Forum biodiritto 2009, I dati genetici nel biodiritto*, Cedam, Padova, 2011, 112.

¹⁴ Sulla misura del riconoscimento facciale si rimanda a M. COLACURCI, *Riconoscimento facciale e rischi per i diritti fondamentali alla luce delle dinamiche di relazione tra poteri pubblici, imprese e cittadini*, in *Sistema penale*, 2022; E. CURRAO, *Il riconoscimento facciale e i diritti fondamentali: quale equilibrio?*, in *Diritto penale uomo*, 2022; D. DUSHI, *The Use of Facial Recognition Technology in EU Law Enforcement: Fundamental Rights Implications*, in *Policy Brief*, 2020; G. MOBILIO, *Tecnologie di riconoscimento facciale. Rischi per i diritti fondamentali e sfide regolative*, Napoli, 2021; C. NARDOCCI, *Il riconoscimento facciale sul "banco" degli imputati. Riflessioni a partire, e oltre, Corte EDU Glukhin c. Russia*, in *BioLaw Journal*, n.1/2024.

¹⁵ In tema di *bias* algoritmici v. F.J. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Strengthening legal protection against discrimination by algorithms and artificial intelligence*, in *The International Journal of Human Rights*, 2020, 1573 e ss; G.M. JOHNSON, *Algorithmic bias: on the implicit biases of social technology*, in *www.doi.org*, 2021; M. ROVATSOS, B. MITTELSTADT, A. KOENE, *Landscape Summary: Bias In Algorithmic Decision-Making: what is bias in algorithmic decision-making, how can we identify it, and how can we mitigate it?*, in *Centre for Data Ethics and Innovation*, 2019.

In questo contesto, il nuovo Regolamento Europeo sull'Intelligenza Artificiale, nel disciplinare l'uso da parte degli Stati membri di sistemi di IA classificati come "ad alto rischio", introduce deroghe significative ai principi fondamentali sanciti dal GDPR, secondo i quali il trattamento dei dati personali deve avvenire in modo proporzionato, necessario e trasparente. L'articolo 46 del Regolamento, infatti, permette l'utilizzo di tali sistemi senza una valutazione di conformità adeguata, giustificandola con generiche e non ben definite situazioni di necessità. A questo va aggiunto che la precisione e l'affidabilità di tali sistemi sono spesso compromesse da *bias* algoritmici, che tendono a discriminare in modo sproporzionato donne, anziani e membri di minoranze etniche. In un contesto così delicato, dove le decisioni hanno un impatto profondo sulla vita delle persone, un errore di identificazione ascrivibile a *bias* algoritmici può portare a conseguenze ingiuste come detenzioni prolungate, negazione dell'ingresso legittimo o, in casi estremi, espulsioni ingiustificate.

Sorge, dunque, spontaneo chiedersi se la possibile disparità di trattamento nei confronti dei migranti senza documenti regolari e dei richiedenti asilo, alla luce dei principi di uguaglianza e trattamento dei dati, possa essere ritenuta proporzionata o comunque eventuale finalità di interesse generale.

La suddetta normativa apre in altri termini la strada a potenziali abusi, in quanto, in contesti di emergenza, come quelli spesso legati alla gestione dei flussi migratori irregolari, la deroga ai principi di proporzionalità, necessità e trasparenza potrebbe essere invocata per motivare misure sproporzionate, prive delle necessarie garanzie di controllo e pubblicità e potenzialmente discriminatorie a causa di "distorsioni" insite nel sistema algoritmico.

In definitiva, il riconoscimento facciale, rientrando nella categoria di sistemi di IA "ad alto rischio", richiederebbe una rigorosa valutazione di conformità che non dovrebbe essere soggetta a deroghe, in modo da garantire che il suo uso non violi i diritti fondamentali e avvenga nel rispetto del più volte menzionato principio di proporzionalità.

L'obiettivo primario dovrebbe essere quello di assicurare un equilibrio tra sicurezza e diritti fondamentali: un equilibrio che rappresenta non solo un obbligo legale, ma anche un imperativo morale, assolutamente essenziale per l'integrità delle società moderne.

FROM EURODAC TO INTEROPERABILITY AND BACK: TRANSFERRING PERSONAL DATA FOR RESETTLEMENT AND ADMISSION PURPOSES

Francesca Tassinari*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Key notes on Union resettlement and humanitarian admission. – 3. The new Eurodac and its long-awaited interoperability. – 3.1. Eurodac supporting the Resettlement Framework regulation. – 3.2. Eurodac “migrating” to the interoperability infrastructure. – 4. Data transfers for resettlement and admission purposes: The EU-Turkey case. – 5. Conclusions.

1. *Introduction*

Negotiations steered under the 2020 Pact on Migration and Asylum¹ have led to the adoption of a new European Dactyloscopy Database (Eurodac) regulation² completing the interoperability puzzle with a final, sixth large-scale IT system. The extended scope covered by the new Eurodac regulation suggests that this system will support an enhanced Union external asylum policy through interoperability, that is, the regime on the communication of personal data established by Article 50 of regulation (EU)

* Post-doctoral researcher fellow at the Department of Public Law of the University of Basque Country (UPV/EHU), francesca.tassinari@ehu.eus. This paper is part of the aid JDC2022-048217-I, funded by MCIN/AEI/10.13039/501100011033 and the European Union “NextGenerationEU”/PRTR, and of the Research Group in Social and Legal Sciences applies to New Technologies (GI CISJANT, ref. IT1541-22) funded by the Basque Government Department of Education.

¹ See https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/migration-and-asylum/pact-migration-and-asylum_it, last accessed on 16 February 2025.

² Regulation (EU) 2024/1358 of the European Parliament and of the Council of 14 May 2024 on the establishment of ‘Eurodac’ for the comparison of biometric data in order to effectively apply Regulations (EU) 2024/1351 and (EU) 2024/1350 of the European Parliament and of the Council and Council Directive 2001/55/EC and to identify illegally staying third-country nationals and stateless persons and on requests for the comparison with Eurodac data by Member States’ law enforcement authorities and Europol for law enforcement purposes, amending Regulations (EU) 2018/1240 and (EU) 2019/818 of the European Parliament and of the Council and repealing Regulation (EU) No 603/2013 of the European Parliament and of the Council PE/15/2024/REV/1, OJ L, 2024/1358, 22.5.2024.

2019/818.³ This paper sheds light on two critical fronts: 1. the contribution of the new Eurodac and interoperability to resettled and admitted third-country nationals (TCNs), and 2. the interaction between the European Union's (EU) personal data transfer regime and resettlement and admission programs.

2. *Key notes on Union resettlement and humanitarian admission*

The Union Resettlement and Humanitarian Admission Framework regulation⁴ (Resettlement Framework regulation) incorporates two main schemes for resettling and admitting asylum seekers from a third country to the territory of the EU Member States. First, resettlement is driven by the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) referral (as customary) of displaced TCNs to whom international protection⁵ (including refugee status) is granted as a form of “durable solution” when repatriation or integration is not feasible. Second, humanitarian admission leads to the recognition of international protection or humanitarian status, equivalent to subsidiary protection, in the case of forcibly displaced TCNs, while counting on the support of a greater number of actors, i.e. Member States, the European Union Asylum Agency (EUAA), and other international bodies besides the UNHCR. The differences between the two schemes become blurred when persons have legal, physical, and medical needs that may allow them to be granted emergency protection.

The Resettlement Framework regulation relies on the UNHCR's project-

³ Regulation (EU) 2019/818 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on establishing a framework for interoperability between EU information systems in the field of police and judicial cooperation, asylum and migration and amending Regulations (EU) 2018/1726, (EU) 2018/1862 and (EU) 2019/816 PE/31/2019/REV/1, *OJ L* 135, 22.5.2019, pp. 85/135.

⁴ Regulation (EU) 2024/1350 of the European Parliament and of the Council of 14 May 2024 establishing a Union Resettlement and Humanitarian Admission Framework, and amending Regulation (EU) 2021/1147 PE/18/2024/REV/1, *OJ L* 2024/1350, 22.5.2024.

⁵ Regulation (EU) 2024/1347 of the European Parliament and of the Council of 14 May 2024 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, amending Council Directive 2003/109/EC and repealing Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council PE/70/2023/REV/1 *OJ L* 2024/1347, 22.5.2024.

ed global resettlement needs⁶ to identify regions or countries for resettlement and admission. Later, TCNs are selected based on predefined vulnerability indicators (e.g. gender, minor age, violence, or torture); family ties; or social links. Other criteria follow a case-by-case risk analysis for security, public order, and health concerns, including penalties for those TCNs who have already entered or stayed in a Member State irregularly or who have refused to be resettled in a particular Member State. Thus, the Resettlement Framework regulation plays a pivotal role in systematising the grounds on which TCNs could be resettled or admitted, and in routinely laying down the scope of Member States' obligations through a Union Plan, provided that individuals are not recognised as having a right to resettlement under international and supranational laws.

Nevertheless, the Resettlement Framework regulation has been criticised since its proposal⁷ as reflecting Member States' reluctance to accept stringent rules on mandatory distribution (or "quota") and recognition of rights (e.g. residence permits and naturalisation) of displaced asylum seekers. Overall, the provision of two alternative schemes, which correspond to (albeit roughly) different benefits, risks lowering the level of protection guaranteed by international human rights law, the 1951 Refugee Convention⁸ and its 1967 Protocol⁹ as interpreted¹⁰ by the UNHCR to protect refugees. Indeed, under the Resettlement Framework regulation, Member States retain great discretion on whether and how to guarantee refugee status, international or humanitarian protection. If opting for admission instead of resettlement arbitrarily, Member States could easily frustrate the durable solution safeguard.

⁶ UNHCR, *Project Global Resettlement Needs*, Geneva, 2025, available at <https://www.unhcr.org/media/projected-global-resettlement-needs-2025>, last accessed on 16 February 2025.

⁷ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a Union Resettlement Framework and amending Regulation (EU) No 516/2014 of the European Parliament and the Council COM/2016/0468 final - 2016/0225 (COD), Brussels, 13.7.2016,

⁸ Convention relating to the status of refugees, signed in Geneva on 28 July 1951, vol. 189, p. 137, entry into force on 22 April 1954.

⁹ Protocol relating to the Status of Refugees, signed in New York on 31 January 1967, U.N.T.S., vol. 606, p. 267, entry into force on 4 October 1967.

¹⁰ See the UNHCR official webpage at <https://www.unhcr.org/resettlement-handbook/>, last accessed on 16 February 2025.

3. *The new Eurodac and its long-awaited interoperability*

3.1. *Eurodac supporting the Resettlement Framework regulation*

Under the Eurodac regulation, TCNs registered for an admission procedure or admitted under a national resettlement scheme of at least six years of age must have their personal data processed and stored in the homonymous IT system. Specifically, Member States are required to gather information – i.e. name, date of birth, gender, and nationality; type and number of any identity or travel document; the date and place of the registration and the authority making the registration – on TCNs referred to by the UNHCR, the EUAA, or other international bodies for admission purposes. The collection of this first dataset is followed by the transmission of biometric data (ten fingerprints and facial image) to the Eurodac Central-System (C-S) as soon as possible, unless a biometric comparison is not needed since the applicant has his/her admission refused based on one of the grounds foreseen in Article 6 of the Resettlement Framework regulation. If a hit from the Eurodac C-S is reported, the person is deemed to have already been granted international protection or humanitarian status; to have been refused admission for reasons of security or public order, e.g. if an alert for refusal of entry has been issued in the Schengen Information System¹¹ (SIS II); or had his/her procedure discontinued for refusing to move to a particular Member State.

Based on such a biometric comparison, the Member State transmitting the data must assess whether to grant, refuse, or discontinue the admission procedure no later than seven months (or one month in the case of an emergency admission) from the date of the first registration. The data referred to in Article 19(1)(c) to (q) of the Eurodac regulation shall be inserted no later than 72 hours after this decision. Indeed, under Article 9(11) of the Resettlement Framework regulation, the admission procedure may be discontinued for predefined reasons. Instead, Member States decide whether to grant or refuse admission before documentary evidence and/or a personal interview. The UNHCR, for its part, is competent to assess whether the person qualifies as a refugee in case of resettlement and (possibly) humanitarian admission as well. Also, the UNHCR is notified of the reason for the discontinuation or of the negative decision taken by the Member State «(...) unless there are overriding reasons of public interest for not doing so». Personal da-

¹¹ F. TASSINARI, *A revolutionary Schengen Information System? From the first to the second-second generation of the SIS*, ADiM Blog, Analyses & Opinions, June 2022.

ta of resettled or admitted TCNs are stored in the Eurodac for five years if international protection or humanitarian status is granted, or for three years if the admission is refused or the procedure is discontinued.

3.2. Eurodac “migrating” to the interoperability infrastructure

The new Eurodac was eagerly awaited to feed the interoperability framework agreed under regulations 817¹² and 818¹³ back in 2019 (IO regulations). The interoperability framework established within the area of freedom, security, and justice relies on four new components that will be merged in the new Eurodac infrastructure, as it happens with other four large-scale IT systems namely: the Visa Information System (VIS); the Entry/Exit System (EES); the European Travel Information and Authorisation System (ETIAS); and the European Criminal Records Information System for TCNs (ECRIS-TCN). These four components are a European Search Portal (ESP); a shared Biometric Matching Service (sBMS); a Common Identity Repository (CIR); and a Multiple-Identity Detector (MID). The exclusion of the Eurodac from the interoperability infrastructure (see Article 75 *in fine* of regulation (EU) 2019/818) was justified by the absence of alphanumeric data which are indispensable for performing the processing activities foreseen in Articles 20, 21, and 22 of the IO Regulations. These Articles regulate access to the CIR through 1:1 biometric comparison for three different purposes: the identification of TCNs by police authorities during identity checks; the detection of multiple identities¹⁴ based on the establishment of different colored links between the identity data inserted (or rectified) in an individual file of a large-scale IT system and those already stored in the CIR; and the

¹² Regulation (EU) 2019/817 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on establishing a framework for interoperability between EU information systems in the field of borders and visa and amending Regulations (EC) No 767/2008, (EU) 2016/399, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240, (EU) 2018/1726 and (EU) 2018/1861 of the European Parliament and of the Council and Council Decisions 2004/512/EC and 2008/633/JHA PE/30/2019/REV/1, *OJ L* 135, 22.5.2019, pp. 27/84.

¹³ Regulation (EU) 2019/818 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on establishing a framework for interoperability between EU information systems in the field of police and judicial cooperation, asylum and migration and amending Regulations (EU) 2018/1726, (EU) 2018/1862 and (EU) 2019/816 PE/31/2019/REV/1, *OJ L* 135, 22.5.2019, pp. 85/135.

¹⁴ F. TASSINARI, *The Management of Migrants’ Identities at the EU External Borders: Quo vadis Interoperability?*, ADiM Blog, Analisi & Opinioni, November 2021.

prevention, detection, or investigation of terrorist offences or other serious criminal offences by designated authorities and Europol via a two-step approach query.

In addition, the shifting some personal data from the Eurodac to the CIR (cfr. Article 17(3) of the Eurodac regulation) implies making this large-scale IT system fall under the interoperability external dimension, that is, the regime on the communication of personal data to third countries, international organisations, and private parties foreseen in Article 50 of the IO regulations. As a general rule, Article 49(1) of the Eurodac regulation prohibits the transfer of personal data from the Eurodac C-S or the corresponding national database, to third parties established inside or outside the Union. However, derogations allow such a processing activity when:

1. Personal data are exchanged between Member States, or with Europol, following a hit for law enforcement purposes if there is no «real risk that, as a result of such a transfer, the data subject might be subjected to torture, inhuman and degrading treatment or punishment or any other violation of his or her fundamental rights»;

2. Personal data are transferred by the Member States to third countries to which the EU regulation on Asylum and Migration Management¹⁵ (AMM regulation) applies in accordance with Chapters V of the General Data Protection Regulation¹⁶ (GDPR) and the Law Enforcement Directive¹⁷ (LED) respectively; and

3. Personal data of TCNs whose data are stored in the Eurodac—e.g., persons registered for conducting an admission procedure or persons admitted through a national resettlement scheme—are transferred for return purposes following a hit and in accordance with the Member State of origin by

¹⁵ Regulation (EU) 2024/1351 of the European Parliament and of the Council of 14 May 2024 on asylum and migration management, amending Regulations (EU) 2021/1147 and (EU) 2021/1060 and repealing Regulation (EU) No 604/2013 PE/21/2024/REV/1, *OJ L*, 2024/1351, 22.5.2024.

¹⁶ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (Text with EEA relevance), *OJ L* 119, 4.5.2016, pp. 1/88.

¹⁷ Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA, *OJ L* 119, 4.5.2016, pp. 89/131.

virtue of Chapter V of the GDPR, the applicable readmission agreement,¹⁸ and national law.

Point 2. builds a bridging clause with the external dimension of the AMM regulation as long as the EU agrees with a third country on the criteria and mechanisms for establishing the State responsible for examining an application for international protection following the EU-Turkey Statement¹⁹ model. As far as point 3. is concerned, the transfer of data is limited to third countries only and the Eurodac regulation states that these third countries should have no «(...) direct access to Eurodac to compare or transmit biometric data or any other personal data of a third-country national or stateless person and shall not be granted access to Eurodac via a Member State's National Access Point».

4. *Data transfers for resettlement and admission purposes: The EU-Turkey case*

The EU-Turkey Statement of 2016 was an experimental laboratory for implementing the Union's first resettlement scheme anchored (among others) to the Union return policy underpinned by a questionable interpretation of the safe third-country²⁰ concept. As a matter of fact, Articles 33(2)(c) and 38 of directive 2013/32/EU²¹ allow a Member State to reject an asylum application when the person is deemed to come from a safe third-country which means, above all, respecting the 1951 Refugee Convention and its 1967 Protocol. Yet, the Republic of Turkey has limited its commitment to TCNs coming from Europe only (the so-called geographical limitation of the 1951 Refugee Convention, extendable by virtue of Article 40). In short, for every undocumented Syrian national readmitted from Greece, another Syrian national is resettled from Turkey to the EU in a 1:1 game. According to this Statement, a Voluntary Humanitarian Admission Scheme (VHAS) is activated once irregular crossings have been "substantially and sustainably reduced".

¹⁸ F. TASSINARI, *Privacy enhancing readmission: the clause on data protection in the EUR-As*, ADiM Blog, Analyses & Opinions, 30 June 2021.

¹⁹ EUROPEAN COUNCIL, *EU-Turkey statement*, Press Release, 18 March 2016.

²⁰ CGUE, judgment of 4 October 2024, *Somateio 'Elliniko Symvoulío gia tous Prosfyges*, C-134/23, EU:C:2024:838.

²¹ Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast), OJ L 180, 29/06/2013, pp. 60/95.

The VHAS with Turkey was recommended by the European Commission in 2015 as part of the first set of soft measures promoting legal pathways to protection in the EU. The Standard Operating Procedure (SOP) agreed within the Council of the EU suggests that Member States, the EUAA, the UNHCR, and the Turkish authorities have been sharing information (including personal data) to execute the VHAS. For example, the EUAA is tasked with communicating to Turkey and the UNHCR the number of candidates to be admitted as well as the priorities within the target group set down by the Member States participating in the Scheme. The Turkish directorate general of migration management, in turn, is requested to share a list of candidates with the UNHCR, including data such as their identity, place or residence, and contact details. Moreover, the UNHCR is responsible for contacting the candidates for a face-to-face interview, where it gathers information, documents, and a picture, which are transmitted to the participating Member States via their National Contact Points (NCPs) and Liaison Officers (LOs). At this stage, the participating Member States conduct identity, medical, and security checks, if needed with the support of other actors (e.g. the International Organisation for Migration or IOM), and decide whether to grant international or humanitarian protection.

As long as personal data are communicated to the Turkish authorities, the UNHCR, or other international bodies, the regime on the transfer of personal data set down in Chapter V of the GDPR and that of the LED, as well as Chapters V and IX of the EU Data Protection Regulation²² (EUDPR), must be respected. In other words, the transfer must be underpinned by an adequacy decision, appropriate safeguards, or derogation clause in line with the “essentially equivalent” parameter established by the case law²³ of the EU Court of Justice (CJEU). Even if there is no legal definition of “transfer”, the European Data Protection Board (EDPB) has clarified²⁴ that three cumulative criteria apply to qualify a processing operation as a transfer: first, there must be a controller or processor as data exporter sub-

²² Regulation (EU) 2018/1725 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2018 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by the Union institutions, bodies, offices and agencies and on the free movement of such data, and repealing Regulation (EC) No 45/2001 and Decision No 1247/2002/EC (Text with EEA relevance) PE/31/2018/REV/1 OJ L 295, 21.11.2018, pp. 39/98.

²³ Opinion of the CGEU of 26 July 2017, *Opinion 1/15*, EU:C:2017:592.

²⁴ EDPB, *Guidelines 05/2021 on the Interplay between the application of Article 3 and the provisions on international transfers as per Chapter V of the GDPR*, Brussels, 24 February 2023.

ject to EU data protection law, also in case of extraterritorial application (cfr. Article 3 of the GDPR); second, the information must be disclosed to another controller or processor known as the importer; and third, the importer must be established “in a third country” irrespective of whether or not it is subject to the EU data protection law or an international organisation. It is therefore crucial to distinguish between two separate parties (the exporter and the importer) to consider a processing activity as a transfer of personal data, provided that remote access from a third country performed by an employee does not qualify as such. This would be the case, for example, of the Member States’ NCPs and LOs based in Turkey that could remotely access to the Eurodac C-S or the CIR. Conversely, the disclosure of personal data to an international organisation (or one of its bodies) is always considered to be a transfer. Notably, Article 30(5) of regulation (EU) 2021/2303²⁵ allows the EUAA to transfer personal data «for the sole purpose of conducting a resettlement procedure», e.g., to the UNHCR, with which it has concluded a working arrangement²⁶ (WA) in 2021. Article 16 of the 2021 WA allows the Parties to exchange information and best practices in the field of resettlement, humanitarian admission and complementary pathways, and community sponsorship schemes. However, the 2021 WA does not envisage the exchange of personal data which is processed «(...) in accordance with rules and provisions applicable to each of the Parties» (cfr. Article 23 of the 2021 WA). Therefore, the transfer of personal data from the EUAA to the UNHCR is due to occur in specific situations in light of Article 50 of the EUDPR.

5. *Conclusions*

Under the new Eurodac regulation, TCNs registered for undergoing an admission procedure or admitted under a national resettlement scheme will have their personal data (including biometric data) processed and stored in the Eurodac. This large-scale IT system will support the Member States’ au-

²⁵ Regulation (EU) 2021/2303 of the European Parliament and of the Council of 15 December 2021 on the European Union Agency for Asylum and repealing Regulation (EU) No 439/2010

PE/61/2021/REV/1, OJ L 468, 30.12.2021, pp. 1/54.

²⁶ Available at https://euaa.europa.eu/sites/default/files/2023-05/Updated_EASO-UNHCR_Working_Arrangement.pdf, last accessed on 26 February 2025.

thorities in assessing the admissibility of TCNs and in rejecting other grounds for refusal, such as a refusal of entry alerts in the SIS II or the asylum seeker's refusal of being moved to a specific Member State. Moreover, the integration of the Eurodac into the interoperability infrastructure will extend its scope until reaching the regime on the transfer of personal data for resettlement and admission purposes. Taking the SOP into empirical analysis, this post finds that national authorities and Union bodies have been sharing personal data with Turkey and the UNHCR officials for resettlement and humanitarian admission purposes, a process that falls into the provisions of the GDPR and the EUDPR, Chapter V. In the absence of a legal definition of transfer, it is unclear how these data leaks occur and, specifically, what forms of interoperability between the new (interoperable) Eurodac and third parties' databases could be implemented to support the resettlement and admission procedures.

LA DIGITALIZZAZIONE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE COME POSSIBILE CONDIZIONE DI DISCRIMINAZIONE DEGLI STRANIERI NELL'ACCESSO AI SERVIZI WELFARE

Lorenza Tomassi*

SOMMARIO: 1. Il digital divide come ulteriore barriera al processo di integrazione sociale – 2. La digitalizzazione dei servizi socioassistenziali – 3. Il coinvolgimento del Terzo settore per accompagnare lo straniero nell'accesso ai servizi digitali. Alcuni esempi regionali – 4. Brevi riflessioni conclusive.

1. *Il digital divide come ulteriore barriera al processo di integrazione sociale*

Il Piano nazionale di ripresa e resilienza rappresenta la digitalizzazione delle procedure amministrative non soltanto come una missione a sé stante, ma anche come uno strumento necessario al raggiungimento degli altri obiettivi ivi sanciti, tra cui la riduzione dei divari sociali¹. La digitalizzazione, infatti, agevola l'accesso ai servizi erogati dalla p.a., riducendo la distanza tra enti e individui e incidendo positivamente anche sui tempi della burocrazia².

Il processo di transizione digitale, tuttavia, è avvenuto all'interno di un contesto sociale in cui è ancora fortemente presente il cd. “digital divide”, inteso come disparità nell'accesso alle tecnologie e, altresì, come assenza di competenze necessarie a utilizzare tali strumenti in modo consapevole e indipendente³. Ne consegue che, a dispetto degli obiettivi enunciati dal Pnrr, la digitalizzazione può provocare effetti paradossali, dal momento che, come sottolineato nel report “La digitalizzazione escludente”, curato dall'associazione Hermes Center, «più l'uso di Internet e di tecnologie digitali diventa fondamentale per lo svolgimento della vita quotidiana, più potrebbero aumentare le problematiche per coloro

* Dottore di ricerca in Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

¹ Cfr. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, 92.

² Sul rapporto tra digitalizzazione e diritti v. per tutti S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 2006.

³ Su questi argomenti v. per tutti L. SARTORI, *Il digital divide*, Bologna, 2006 e J. VAN DIJK, *The digital divide*, Cambridge, UK, 2020.

che non hanno accesso a questi strumenti o non hanno le abilità per usarli in modo appropriato»⁴.

L'effetto paradossale della digitalizzazione assume particolare rilievo con riguardo ai cittadini stranieri. Il Report Istat del 2022 mostra che, durante la pandemia, gli studenti stranieri hanno avuto più difficoltà, rispetto agli studenti italiani, a seguire con continuità la didattica a distanza. Da una indagine condotta all'interno dei Centri per l'Istruzione degli Adulti (CPIA) del Friuli-Venezia Giulia⁵, poi, è emerso che gli stranieri utilizzano la tecnologia prevalentemente come strumento di comunicazione (utilizzando whatsapp, facebook ecc.), mentre spesso non sono in grado di utilizzare semplici programmi di posta elettronica o motori di ricerca.

L'estensione del divario sociale come conseguenza della digitalizzazione dei servizi socioassistenziali si è avuta, poi, anche rispetto all'accesso alle cure. Il rapporto dell'Oms del 2022⁶ ha, infatti, evidenziato come, a seguito della pandemia, molti sistemi sanitari e di vaccinazione si sono spostati verso alternative di telemedicina o sanità elettronica. È il caso del Regno Unito, in cui la maggiore digitalizzazione delle consultazioni virtuali nelle cure primarie ha causato l'amplificazione delle disuguaglianze esistenti nell'accesso alla salute, soprattutto nei confronti di molti migranti che, oltre alla barriera linguistica, devono superare le difficoltà correlate all'accesso alla tecnologia.

Così costruita, allora, la digitalizzazione rischia di riprodurre e stratificare esistenti linee di esclusione e discriminazione sociale.

D'altra parte, le persone straniere incontrano ostacoli nell'accesso ai servizi digitali non solo per la mancanza di dispositivi o dell'accesso a internet, ma anche per l'assenza delle competenze digitali necessarie.

Tali ostacoli, sebbene noti, non sembrano essere tenuti in considerazione nella costruzione dei servizi da parte della pubblica amministrazione. Se analizziamo, infatti, il Piano triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione, Edizione 2024-2026, redatto dall'Agid, o, più in particolare, la Strategia per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione del Paese, 2025, emerge come gli interventi ivi previsti sono principalmente orientati a investire e potenziare i servizi, tanto nel settore pubblico quanto nel privato, o le

⁴ Cfr. Digitalizzazione escludente. Le barriere digitali per le persone straniere nell'accesso al welfare, Hermes Center for Transparency and Digital Human Rights, 22.

⁵ Sul punto si rimanda all'ampia indagine condotta da P. FLOREANCIG, F. FUSCO, F. VIRGILIO, F. ZANON, D. ZOLETTO, (a cura di) *Tecnologie, lingua, cittadinanza. Percorsi di inclusione dei migranti nei CPIA*, Milano, 2018.

⁶ Ensuring the integration of refugees and migrants in immunization policies, planning and service delivery globally, World Health Organization 2022, 46.

competenze digitali della p.a., senza però investire, in parallelo, nelle competenze degli utenti, da cui, di fatto, dipende l'effettiva capacità dei servizi digitali di soddisfare i loro bisogni.

2. *La digitalizzazione dei servizi socioassistenziali*

Se il digital divide rappresenta una criticità di carattere generale ascrivibile a tutte le categorie di soggetti vulnerabili, vi è, per contro, una criticità legata alla digitalizzazione dei servizi socioassistenziali, che riguarda, nello specifico, le sole persone straniere. Il decreto semplificazioni, n. 76/2020, stabilisce, infatti, che a partire dal 1° marzo 2021 l'accesso ai servizi delle pubbliche amministrazioni deve avvenire attraverso identità digitali. In suo adeguamento, con circolare n. 127/2021, l'INPS ha stabilito che per accedere ai suoi portali e servizi è necessario l'uso di SPID, Cie e tessera sanitaria CNS, eliminando l'uso del PIN. L'INPS rappresenta l'ente presso il quale è possibile richiedere numerose prestazioni e sussidi sociali quali, ad esempio, l'assegno per nucleo familiare, l'assegno mensile di invalidità civile, l'assegno di maternità per lavoratrici atipiche, l'assegno sociale, il bonus asilo nido, l'invalidità di accompagnamento agli invalidi civili, la pensione di inabilità.

L'accesso a tali prestazioni da parte delle persone straniere può rivelarsi particolarmente complesso, a causa della difficoltà che incontrano le stesse ad acquisire l'identità digitale. Lo Spid, ad esempio, può essere ottenuto presentando un indirizzo di posta elettronica, un numero di telefono, un documento di identità valido e la tessera sanitaria con codice fiscale.

Rispetto al documento di identità occorre osservare che, nei confronti della persona straniera, è il permesso di soggiorno il documento che consente l'iscrizione anagrafica, prerequisite necessario al rilascio della carta d'identità.

Sul piano pratico, emergono diverse criticità. Ne è un chiaro esempio l'ipotesi della mancata conclusione dei procedimenti amministrativi di emersione dal lavoro irregolare⁷. Inoltre, alcuni Comuni negano arbitrariamente l'iscrizione anagrafica alla persona straniera, impedendo loro di ottenere il documento necessario per la richiesta dell'identità digitale. Le ipotesi più frequenti, sottoposte all'attenzione dei giudici, riguardano la convivenza di fatto⁸ e l'assenza di documentazione che attesti l'effettiva residenza o

⁷ Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 9 maggio 2022 n. 3578.

⁸ Ex multis, cfr. Trib. Milano, sez. I civ., ord., 25 aprile 2021; Trib. Venezia, sez. II civ., ord. 27 agosto 2021.

l'assenza di domicilio abituale⁹. Infine, sebbene l'iscrizione anagrafica sia consentita, ex articolo 5 bis del D.lgs. n. 142/2015, anche nei confronti dei richiedenti protezione internazionale che, pur non essendo ancora in possesso di permesso di soggiorno, dispongano della ricevuta attestante la presentazione della stessa richiesta di protezione internazionale, non sono pochi i casi in cui tale iscrizione viene di fatto negata.

A quanto sinora rilevato, occorre inoltre aggiungere come, nel report *La digitalizzazione escludente*¹⁰, emerge che due stranieri su tre non sono in possesso di una tessera sanitaria e, quindi, l'assenza di detto requisito non consente la creazione di una identità digitale, tanto tramite SPID quanto con tessera sanitaria CNS.

Queste difficoltà, in parte legislative e in parte pratiche, sembrano trovare ulteriore conferma all'interno dell'indagine condotta da ASGI nel Report *L.A.W.*¹¹, in cui viene messo in evidenza come molti stranieri dichiarano di incontrare difficoltà nell'accesso ai servizi perché non sono in possesso di Spid o perché non riescono ad utilizzarlo correttamente, al punto che, parte degli intervistati ha dichiarato di aver rinunciato al servizio stesso.

A ciò si aggiunga che, sebbene le piattaforme vengano realizzate in chiave quanto più possibile semplice e intuitiva, molto spesso sono accessibili solo in lingua italiana, complicando ulteriormente l'accesso al servizio da parte dello straniero.

Alla luce di queste considerazioni, allora, è possibile osservare che la barriera digitale, oltre a combinarsi con quella linguistica, si accosta anche a quella culturale, con ciò riferendoci alla difficoltà, da parte di una persona proveniente da un Paese terzo, di conoscere quali sono e in che modo vengono erogati i servizi, verso chi si rivolgono e quale sia l'amministrazione preposta. L'organizzazione reticolare che caratterizza l'amministrazione nel nostro ordinamento, infatti, può non corrispondere a quella del Paese di provenienza dello straniero e che, per tali ragioni, quest'ultimo può incorrere nella ulteriore difficoltà di individuare quale sia l'ente, e la corrispondente piattaforma digitale, presso il quale presentare istanza per accedere ad un determinato servizio.

⁹ Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 5 agosto 2022 n. 6962 e del 16 dicembre 2022 n. 11044.

¹⁰ Cfr. *Digitalizzazione escludente. Le barriere digitali per le persone straniere nell'accesso al welfare*, Hermes Center for Transparency and Digital Human Rights, 30.

¹¹ Cfr. *Quando discriminano le istituzioni: uguaglianza, diritti sociali, immigrazione. Rapporto finale del Progetto L.A.W. - Leverage the Access to Welfare*, 2022.

In quest'ordine di idee emerge, con tutta evidenza, che la digitalizzazione dei servizi socioassistenziali può rappresentare un fattore di ulteriore discriminazione tra cittadini e stranieri, dal momento che, come correttamente osservato dal Centro Hermes, tale processo presuppone una conoscenza, autonoma e indipendente, da parte dell'utente del funzionamento del sistema italiano e, quindi, dei sistemi burocratici e dei servizi a cui si è intitolati.

3. *Il coinvolgimento del Terzo settore per accompagnare lo straniero nell'accesso ai servizi digitali. Alcuni esempi regionali.*

Rispetto alle criticità segnalate, assumono rilievo alcune realtà progettuali particolarmente virtuose, scaturite dalla collaborazione tra le amministrazioni titolari della funzione e del servizio e i rappresentanti del terzo settore¹², volte al superamento delle barriere digitali e linguistiche.

Un primo esempio è rappresentato dal Progetto PAeSI¹³, ideato dalla collaborazione tra la regione Toscana e le associazioni di categoria e le rappresentanze del mondo delle professioni, il cui l'obiettivo è stato quello di creare una circolarità e una condivisione di informazioni, finalizzate allo snellimento e alla trasparenza dei procedimenti amministrativi e alla costruzione di un corretto sistema di rapporti fra pubblico e privato, a vantaggio dei cittadini e delle imprese.

Il progetto rappresenta una best practice di amministrazione condivisa perché ambisce a fornire gli strumenti idonei affinché, all'interno del processo di transizione digitale, la persona straniera sia resa autonoma e indipendente. In questo senso si declina l'impegno del progetto a fornire, in ben 16 lingue differenti, un glossario semplificato di termini amministrativi, infor-

¹² L. GORI, *Immigrazione, terzo settore e pubbliche amministrazioni*, in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE (a. cura di) *Diritti oltre frontiera. Migrazioni, politiche di accoglienza e integrazione*, Pisa, 2020; F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNÀ, *Il ruolo del Terzo settore nelle politiche per gli immigrati*, in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNÀ, (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, 2013, 289 ss.

¹³ Il Progetto PAeSI vede coinvolti la regione Toscana, Prefettura di Firenze e Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica (ITTIG) del CNR, è nato nel 2004 nell'ambito del Piano di azione regionale e Toscana, programma di sviluppo dell'e-government della Regione Toscana. Successivamente inserito tra i progetti dell'azione "Cittadinanza digitale e competitività" dell'Agenda digitale Toscana e nel Piano di Indirizzo Integrato per le Politiche sull'immigrazione 2012-2015 della Regione Toscana. Il Portale PAeSI è sviluppato nell'ambito del Fondo Asilo, Migrazione e Integrazione 2014-2020.

mazioni sulle modalità con cui accedere a tutta una serie di servizi quali, ad esempio, la creazione del codice fiscale, le modalità di accesso ad aiuti economici o i requisiti per l'ottenimento del visto di ingresso. L'elenco delle prestazioni e dei servizi cui la persona straniera può essere destinataria è accessibile all'interno di una sola pagina (rimandando poi a link di interesse), rendendo così più agevole e fruibile la navigazione e favorendo la trasparenza dei servizi. Lo stesso progetto, poi, fornisce indicazioni chiare riguardo cosa sia e come sia possibile ottenere lo Spid, fornendo l'assistenza gratuita attraverso la Camera di Commercio di Firenze.

Allo stesso modo, la Regione Emilia-Romagna, in collaborazione con società cooperative del terzo settore italiane, svedesi, spagnole e macedoni, ha realizzato il progetto europeo DigitALL4Migrants - Bridging the Gap in Digital skills for migrants and refugees¹⁴. L'obiettivo è facilitare la comunicazione con i migranti e il loro accesso a servizi educativi, di welfare e sanitari nelle comunità ospitanti, oltre a migliorare la gestione dell'integrazione dei migranti per affrontare il divario digitale.

Il progetto ha preso avvio proprio dalla mappatura dei bisogni più comuni delle persone migranti quando si relazionano con le organizzazioni della società civile.

Questo processo è stato essenziale per individuare le esigenze dei migranti e per comprendere le difficoltà che affrontano nell'uso degli strumenti digitali. Ciò ha, poi, permesso alla Regione e alle organizzazioni coinvolte di fornire gli strumenti adeguati rispetto ai bisogni emersi, rendendo la persona straniera più autonoma e consapevole nell'affrontare la quotidianità, accompagnandoli nel corretto utilizzo di strumenti e risorse digitali.

Da ultimo, si segnala il progetto Horizon 2020 "MICADO", Migrant Integration Cockpits and Dashboards (che vede coinvolte le città di Anversa, Bologna, Amburgo e Madrid)¹⁵, che ambisce a sviluppare soluzioni innovati-

¹⁴ Il progetto è finanziato dal programma Erasmus+ e vede coinvolti il "Consorzio l'Arcolaio" (Bologna, Italia) in partnership con "Kista folkhögskola", capofila (Svezia), "Asociación Progestión" (Spagna) e "Center for Knowledge Management" (Macedonia del Nord).

¹⁵ Il progetto prevede lo sviluppo di 3 "cabine di regia" (cockpits) per la raccolta dei dati: la prima, c.d. Public Administration Cockpit, con cui mettere a disposizione un ampio bacino di dati relativi ai migranti, utili a comprendere quali sono i loro profili e i loro bisogni per poter elaborare le tattiche e le strategie migliori per l'integrazione; la seconda, c.d. Arrival Cockpit accessibile dagli stessi migranti per conoscere una serie di informazioni sui servizi utili alla loro integrazione (es. servizi sociali, servizi sanitari); la terza, c.d. Helper's Cockpit sarà disponibile per i cittadini, i volontari o gli attivisti e consentirà di fornire informazioni e supporto per i bisogni e le richieste dei migranti e delle comunità.

ve, adottabili a livello europeo, per l'integrazione di migranti e rifugiati, riunendo le competenze di esperti della pubblica amministrazione, della ricerca sociale sulle migrazioni e dello sviluppo IT. In questo progetto, le parti sociali, tra cui anche gli utenti stessi, e quindi gli stranieri, sono stati coinvolti proprio affinché le soluzioni digitali fossero costruite tenendo conto delle reali difficoltà e degli effettivi bisogni degli utenti. Ciò è avvenuto attraverso un approccio multidimensionale e multidisciplinare, facendo intersecare professionalità diverse, al fine di comprendere al meglio le sfide da affrontare e facilitare il loro superamento.

4. *Brevi riflessioni conclusive*

I progetti richiamati consentono di evidenziare come, nel settore dell'immigrazione, l'amministrazione condivisa e la collaborazione tra p.a. ed enti del terzo settore possano aiutare a ridurre il divario di competenze digitali, che rappresenta una ulteriore barriera nel processo di integrazione sociale, soprattutto se, nei relativi procedimenti amministrativi, vengono adeguatamente coinvolti anche i cittadini stranieri. Tale coinvolgimento, infatti, consente una lettura più penetrante dei bisogni e dei disagi di questi ultimi e permette di venire incontro alle nuove marginalità, fornendo servizi più innovativi¹⁶.

In questi termini, in particolare, vanno lette la procedura di co-programmazione e di co-progettazione di cui ai co. 2 e 3 dell'art. 55 del D.lgs. 117/2017¹⁷. La co-programmazione coinvolge gli enti del terzo settore con l'obiettivo di identificare, insieme alla pubblica amministrazione, i bisogni da soddisfare e le risorse necessarie. La co-progettazione, invece, si concentra sulla realizzazione di progetti specifici per rispondere ai bisogni defi-

¹⁶ In generale, sul rapporto tra pa e terzo settore in materia di immigrazione v. 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; F. BIONDI DAL MONTE e M. VRENNA, *Il ruolo del terzo settore nelle politiche per gli immigrati*, op. cit.; B. BRANCATI, *Terzo settore e politiche per gli immigrati nella legislazione statale*, in Areté, 2011; I. VELLECCO, *Le organizzazioni non profit come volano per l'integrazione nella società multiculturale*, in G.C. BRUNO, I. CARUSO, M. SANNA e I. VELLECCO (a cura di), *Percorsi migranti*, Milano, 2011.

¹⁷ Su questi temi sia consentito il rinvio a M. INTERLANDI, L. TOMASSI, *L'amministrazione condivisa per l'attuazione dei principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale*, in Aa. Vv, *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023.

niti nella fase di co-programmazione. Queste procedure rafforzano l'azione amministrativa grazie al coinvolgimento del settore privato sociale, che è in grado di intercettare meglio i bisogni dei soggetti cui il servizio va garantito¹⁸. Questo approccio “bottom-up” consente di ridurre gli effetti collaterali della trasformazione digitale, prevenendo nuove disuguaglianze, esclusioni e povertà.

Il coinvolgimento del terzo settore da parte delle amministrazioni, deve, perciò, considerare due aspetti: da un lato, è importante predisporre soluzioni che forniscano competenze, digitali e linguistiche, adeguate agli stranieri; dall'altro, l'amministrazione deve garantire sistemi digitali accessibili anche per una persona proveniente da contesti culturali differenti.

Il passaggio a tali modelli decisionali richiede, però, un'ampia riconsiderazione del rapporto tra attori pubblici e privati e, in particolare, un rinnovato ruolo dei beneficiari, cui dev'essere garantita un'adeguata rappresentanza nei momenti cruciali della programmazione dei servizi.

In questo scenario, si rende necessario un processo decisionale il più possibile partecipativo, in modo che gli attori possano contribuire a “costruire” il risultato e monitorarne gli effetti, adeguandoli alle diverse esigenze che possano, medio tempore, emergere.

Da ultimo, occorre osservare che il consolidamento di tale modello presuppone parimenti il definitivo abbandono delle logiche emergenziali che hanno caratterizzato l'approccio alla materia¹⁹. Finora, tali logiche hanno portato a soluzioni volte ad allontanare o emarginare la persona straniera²⁰, senza considerare, invero, la crescente sistematicità che hanno assunto, ormai da tempo, i processi migratori. Questo cambio di paradigma, infatti, si rende

¹⁸ L. GALLI, *La coprogrammazione e la coprogettazione dei servizi di integrazione dei migranti*, op. cit., 138, che mette in rilievo come l'inclusione del privato sociale nel sistema dei servizi rivolti alla popolazione migrante acquisirebbe una nuova e ulteriore luce, con un'azione amministrativa “condivisa” degli interventi che ben potrebbe assurgere al ruolo di strumento privilegiato a disposizione dell'ordinamento giuridico per perseguire l'interesse all'integrazione, combinando il momento assistenziale con quello partecipativo della comunità di accoglienza.

¹⁹ Sulla necessità di uscire dalla dimensione “eccezionale” degli interventi di assistenza umanitaria v. M. INTERLANDI, *La dimensione organizzativa dell'accoglienza degli immigrati nella prospettiva del diritto ad una “buona amministrazione”: il ruolo degli enti locali nel bilanciamento degli interessi della persona immigrata e delle comunità “ospitanti”*, in *Pa Persona e amministrazione*, n. 1/2020, 306.

²⁰ Ampiamente su questi temi v. M. INTERLANDI, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, 2018; M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012.

essenziale per favorire e consolidare il pieno coinvolgimento della società civile nei percorsi di integrazione dei migranti.

ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN BORDER AND MIGRATION CONTROL IN THE EU

Zorančo Vasilkov*

SUMMARY: 1. Introduction – 2. Use of the AI system in the function of identity verification and borders control – 3. (Non)Relevance of classification of high-risk AI systems for border control and migration – 4. AI in the function of interagency cooperation on the control of the external borders – 5. Conclusion.

1. *Introduction*

The use of artificial intelligence (AI) in the European Union (EU) will soon be governed by the legal framework established by the AI Act (AIA). While the AIA includes provisions prohibiting certain AI systems and categorizing others as high-risk, this classification—based on the level of risk and potential threats to human rights—falls short of fully safeguarding all vulnerable groups, including migrants and asylum seekers. In this paper, we begin by examining specific interoperable databases and the emphasis on enhancing control and identity verification at external borders through AI systems, often at the expense of guaranteed human rights. We then highlight deliberate and biased omissions in the definitions of AI systems already in use. Finally, we conclude the analysis by exploring the role of AI systems in border control, particularly in the context of coast guard operations within the framework of interagency cooperation among EU supranational agencies.

2. *Use of the AI system in the function of identity verification and borders control*

Since its inception, the EU has established a specialized legal framework for border control through both primary and secondary legislation, much of which is designed to support the functioning of the Schengen area—an area without internal border controls but with shared external borders (EUR-Lex 2024). One part of this legal framework, or *acquis*, pertains to "smart" exter-

* Assistant professor, Faculty of Business and Law, University MB, Belgrade.

nal borders, which leverage technological innovations for managing border crossings and verifying individuals' identities through various interconnected, interactive databases. These include the Entry/Exit System (EES), Eurodac, the European Criminal Record Information System for Third Country Nationals (ECRIS-TCN), the European Travel Information and Authorization System (ETIAS), the Schengen Information System (SIS), and the Visa Information System (VIS). Over the past decade, AI systems have been developed to support and enhance the efficiency of identity verification, control, and border security by ensuring interconnectivity or interoperability between the aforementioned databases. Interoperability means that these databases are increasingly less isolated and independent; instead, significant portions of their data are integrated and made available for cross-referencing, either automatically at border crossings or as directed by law enforcement agencies. The ultimate objective is to establish new interoperability components such as the European search portal (ESP), Shared biometric matching service (sBMS), Common Identity Repository (CIR) and Multiple identity detector (MID) (Dumbrava 2021, 6). To further enhance the efficiency of checks and the identification of individuals entering the EU, a proposal appeared has emerged to utilize computer vision—specifically eye detection—to identify warnings entered into the SIS through cameras installed at border crossings. This proposal involves linking CCTV cameras to police databases across the EU and employing AI systems to track wanted or suspected individuals in real time via facial recognition or vehicle number plate identification at external borders (Jones et al. 2023, 31). This is in essence, a prime example of biometric mass surveillance, an illegal practice that treats everyone as a suspect.

A similar system already operates within the context of smart borders, specifically for migration control and entry/exit management in the Schengen area, known as Automated Border Control (ABC). ABC systems consist of integrated hardware for e-gates, biometric scanning for document authentication, facial recognition, and other biometric checks, designed to streamline passenger processing at border crossings while enhancing security through the use of various AI tools. ABC gates are designed to replace manual passport checks by requiring travelers to insert their passport into a scanner, which captures an image of the passport's photo page (Kilpatrick & Jones 2022, 12). The system then takes a live photo of the passenger's face, compares it with the passport image, and if the algorithm detects a match, the gate opens automatically.

In the EU, these systems for example ABC4EU, are funded under Hori-

zon research and were introduced as pilot projects, in order to test the improvements they bring to the identification of passengers at border crossings in terms of speed, security and automation of certain actions within border checks (ABC4EU 2022). Such project is the Biometrics on the Move, in which e-gates or biometric corridors were used at airports in Portugal for facial recognition and contactless fingerprint scanning for passengers leaving the EU, allowing more time for security checks and speeding up the processing of passengers by border police (Januzi 2019).

The European Travel Information and Authorization System (ETIAS) is a component of the identity verification and passenger control system for those entering the Schengen Area. Initially introduced in 2018, its implementation has faced numerous delays. ETIAS is designed to perform preliminary electronic checks on travelers to the EU who are exempt from visa requirements, using a central unit managed by Frontex. As mentioned, ETIAS is part of the interoperability framework, utilizing databases and automated identity verification to flag individuals who may pose a threat to the security, public order, or public health of EU member states. ETIAS Regulation 2018/1240 significantly encroaches on the rights of third-country nationals, as their admissibility to the Schengen area will be determined by extensive cross-checks of various databases. This includes checking for arrest or extradition warrants, use of lost or stolen passports and review of previous Schengen visits.

3. *(Non)Relevance of classification of high-risk AI systems for border control and migration*

There are also provisions in the AIA about identity verification, the use of different databases and border controls. As previously noted, it prohibits certain practices and classifies AI systems as high-risk in areas such as biometrics, criminal prosecution, and migration, asylum, and border management, aiming to safeguard fundamental human rights, especially for vulnerable and marginalized individuals and groups (Annex III AIA, 2024). However, EU migration law related to entry, residence, movement, access to international protection and other individual rights for these categories of people is further complicated by the use of AI systems. In practice, the AIA offers only limited protection i.e. adopted text does not provide equal protection to migrants, refugees and asylum seekers because it lacks appropriate provisions on accountability and transparency, which during its implementation

will probably significantly contribute to the deterioration of human rights protection ([Amnesty International 2024](#)). The substantive legal shortcomings of the AIA are evident in its failure to classify as high-risk certain AI systems that are inherently discriminatory, as they are used to assess the threat migrants and asylum seekers may pose to public order and security. These systems also use predictive analytics to speed up the rejection of their entry into the Schengen zone.

The adopted text of the AIA creates an exception for national security, designating this area of national sovereignty as a largely digital rights-free zone, an exception that allows the testing and use of dangerous technologies and in EU border control (EDRI 2024). These technologies include AI systems such as non-remote biometric identification (already in place at airports or border crossings), fingerprint scanners, and predictive tools aimed at preemptively managing and curbing migration (Accessnov 2024). Kilpatrick & Jones argue that some AI systems in these fields, including migration control, are not only excluded from prohibited practices but are also not classified as high-risk. The AIA outlines broad and ambiguous exemptions for these areas, meaning that special obligations, safeguards, and controls for AI systems do not apply, leaving the data of potentially hundreds of millions of foreign nationals exposed to practices that would otherwise be restricted. These AI systems, currently used for automated border control, predictive analytics, and migration and asylum control, are mostly unclassified or categorized as low-risk, with only emotion-recognition biometric systems labeled as high-risk. Given this, together with the increased disproportionate risk of fundamental rights violations and wider structural injustices, it is imperative that artificial intelligence systems for border and migration control are in future classified as high risk and subject to comprehensive fundamental rights impact assessment and transparency requirements. (Kilpatrick & Jones 2022, 23).

Finally, for the large IT systems mentioned in the second paragraph, the use of AI is projected to comply with all provisions of the AIA by December 31, 2030 (Article 111 AIA, 2024). This implies that the AI currently operating within these systems does not need to meet AIA standards until that date, allowing for continued experimental use with little regard for migrants' rights. However, Brower emphasizes that beyond the specific obligations under the AIA, general obligations also apply to all migration databases. Specifically, national and EU authorities must uphold rights such as data protection, non-discrimination, and effective legal protection, as enshrined in the European Convention on Human Rights, the EU Charter of Funda-

mental Rights, and the General Data Protection Regulation or the Law Enforcement Directive (Brouwer 2024, 2).

4. *AI in the function of interagency cooperation on the control of the external borders*

The use of AI systems in controlling external borders is linked to enhanced inter-agency cooperation between various supranational agencies, as well as their collaboration with national border services. In this context, the establishment of a coast guard function is significant, within which the European Maritime Safety Agency (EMSA), the European Border and Coast Guard Agency (Frontex), and the European Fisheries Control Agency (EFCA) support national authorities in patrolling and monitoring the EU's maritime space. The legal basis for the jurisdiction of these three agencies was established through amendments to their founding acts in 2016, which included a joint article on European cooperation in coast guard functions (Article 69 of the EBCG Regulation 2019/1896).

The Coast Guard focuses on two key functions where AI systems are most actively researched and tested: delivering surveillance and communication services through state-of-the-art technology, including space and ground infrastructure and sensors across various platforms, and enhancing information exchange and cooperation. Particularly important in this context is the operational collaboration between EMSA and Frontex in executing operations to combat irregular migration and cross-border crime along Europe's maritime borders. This partnership is vital for the interactive and mutual support provided in the implementation and use of the European Border Surveillance System (EUROSUR). EUROSUR is an EU external border surveillance system designed in 2013, intended for the exchange of information between national border services and Frontex with the aim of preventing cross-border crime and irregular migration and protecting the lives of migrants in joint search and rescue operations. Following amendments to the regulation in 2019, EUROSUR became an integral component of the European Border and Coast Guard. The system includes an integrated network of cameras and satellite imagery, enabling real-time monitoring of migratory movements and the flow of migrants across all sections of the external borders under the control of member states' border services.

The system or service called EUROSUR Fusion Services (EFS) has been introduced, which contributes to the creation of the European situational

picture (ESP), as well as special and national situation pictures (NSP) (CIR 2021). It collects data from various sources and platforms, aggregates it, and combines it into tailored information services related to European border surveillance, control, and management (Articles 27 and 28 of the EBCG Regulation). EUROSUR consolidates data from border surveillance and control using aircraft, boats, and drones, which, when combined with other sources, are used to produce analyses and risk assessments in the process of making strategic decisions and planning operational activities (Kilpatrick & Jones 2022, 22). This integration of various surveillance technologies as part of the AI system is, among other things, intended to provide information for predictive analytics and can also be used for participation in immediate operations and interventions.

The joint missions of Frontex, EMSA, and EFCA also involve research into the integration of drones for maritime surveillance, as well as the control of international waters and sea borders of EU member states. Together, these three agencies coordinate efforts with approximately 300 civil and military authorities in EU member states (Statewatch 2020). As part of this coordination, Frontex has, for instance, conducted extensive research into the surveillance capabilities of drones under various conditions, assessing parameters such as flight altitude, autonomy, endurance, and their effectiveness in monitoring maritime patrols. This research also examines drones' role in supporting search and rescue missions, identifying suspicious vessels, and enabling real-time information sharing among multiple users. Between 2018 and 2020, the agency tested drones equipped with thermal cameras and radars in collaboration with the Greek, Italian and Portuguese competent services for maritime safety (Statewatch 2021).

The use of drones in border control as part of the AI system, given their potential for mass surveillance with unpredictable consequences for migrants' rights, should be prohibited under Article 5 of the AIA, with no exceptions allowed. However, deviations from this rule are permitted for drones and other mass surveillance systems, as well as the use of biometric data in real-time or retrospectively, when justified by national security concerns, the detection of serious crimes, or the prosecution of criminals. In effect, the AIA enables what it was intended to prevent: the application of AI systems against migrants, asylum seekers, and other vulnerable groups, including those categorized as part of the "danger" of "secondary movement." This should not be the rule but rather a rare, narrowly defined, and strictly regulated exception.

5. *Conclusion*

Artificial intelligence is increasingly being used to support border services in everyday tasks and identity verification, speeding up the flow of people. Understood and presented as a tool to support and simplify procedures in border control and migration, its use already significantly affects the reduction of the scope of guaranteed fundamental rights of certain vulnerable categories of persons. Cases in which some AI systems remain outside the scope of the AI law regulations and directly affect the rights of individuals only for member states to avoid the intended control, responsibility and transparency for their application in the field of internal affairs, criminal prosecution and national security, show devaluation and disrespect for basic values of which the Union was built. In essence, the analysis results in the conclusion that the implementation of artificial intelligence systems in the control of land and sea borders, by national and supranational law enforcement services, will further increase the existing gap between fundamental rights and security, which will ultimately reduce the protection of migrants and those seeking international protection.

ALTRI PARADIGMI E TENDENZE

COSTANTI STORICO-GIURIDICHE DEL “GOVERNO” DELLE MIGRAZIONI

Filippo Rossi*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Scaturigini storiche e percorsi di inclusione/esclusione dell’estraneo alle soglie della comunità – 3. La “grammatica” contemporanea della marginalità nel suo rapporto con le migrazioni.

1. *Introduzione*

Il panel *L’inclusione dei minori stranieri non accompagnati attraverso l’accertamento dell’età: una prospettiva interdisciplinare*, che ho avuto il piacere di coordinare in occasione della ADiM – IntoME Conference 2024, ha costituito occasione proficua per illustrare, da differenti angoli prospettici, un tema articolato e complesso, il cui disvelamento passa necessariamente attraverso un’analisi a tutto tondo delle dinamiche ad esso sottese, comprese quelle storico-giuridiche¹.

Sono del resto le migrazioni in generale a sollecitare gli interessi scientifici della disciplina che studio, nella costante tensione alla ricerca di nessi, matrici e principi operativi “indifferenti” allo scorrere del tempo e ai mutamenti delle piccole e grandi “rivoluzioni” caratterizzanti il passaggio da un’epoca all’altra.

Da storico del diritto, mi preme pertanto segnalare – nel variare dei contesti – alcune costanti tra le politiche adottate per affrontare i problemi di natura sociale, culturale, giuridica ed economica posti dallo spostamento (individuale ma assai più spesso collettivo) di individui da un luogo all’altro, dal loro passaggio entro territori soggetti a diversi enti e forme di governo e controllo (giurisdizione e sovranità, si dice dall’età medievale e moderna)², e

* Professore associato di Storia del diritto medievale e moderno, Università degli Studi di Milano.

¹ L’importanza di tale approccio è testimoniata dagli impegni di dialogo e progettazione dell’Università degli Studi di Milano all’interno di *Human Hall, la ricerca Unimi al servizio dell’inclusione*, un Hub nato all’interno del progetto PNRR Musa (Multilayered Urban Sustainability Action) che, tra le varie iniziative, si occupa di migrazioni e diritti umani.

² In tema rinvio a P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, 2002 e a D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Roma-Bari, 2004.

così pure dal loro transito, insediamento o permanenza in comunità diverse da quella di origine o, in ogni caso, da dove l'itinerario prende le mosse.

L'abbandono della collettività di appartenenza, il viaggio tra luoghi afferenti a una pluralità di ordinamenti giuridici differenti, così come la titolarità del potere su individui estranei alla comunità di transito o di approdo, hanno storicamente innescato un "cortocircuito" tra le variabili spaziali di governo³ e le regole del loro esercizio giuridico, mettendo in crisi paradigmi all'apparenza solidi quali la sovranità, la cittadinanza e le frontiere da un lato, le categorie di straniero e di ospitalità⁴ dall'altro.

Nondimeno, l'esperienza del passato – o meglio: le strategie di volta in volta adottate per stimolare, fronteggiare, limitare o impedire questo viaggio – rivela che la "partita" sui migranti, comprese le modalità e le forme del loro trattamento giuridico, si è sempre giocata sul grado di inclusione/esclusione dell'*altro*, cioè di chi non appartiene alla comunità, in base a valutazioni politiche (cioè relative al governo della comunità "polis") intorno all'estraneo, e che tali percorsi di inclusione/esclusione manifestano ricorrenze non casuali, ma rientranti nella categoria operativo-concettuale del paradigma⁵.

Pur nella consapevolezza che la storia giuridica sia altresì il racconto della pluralità di variabili che il medesimo fenomeno giuridico conosce in tempi e luoghi differenti, in queste brevi osservazioni mi concentrerò su alcune costanti del trattamento giuridico accordato ai migranti entro un arco temporale molto esteso (§ 2), così da guidarne la comprensione dei moduli operativi sperimentati durante l'età contemporanea per occultare, comprimere e negare cittadinanza allo straniero (§ 3).

³ Sugli intrecci tra *spatial turn* (cioè gli studi condotti a partire dagli anni Settanta-Ottanta del XX secolo intorno alle coordinate spaziali e di governo delle comunità) e storia giuridica, rinvio a P. COSTA, *Uno spatial turn per la storia del diritto? Una rassegna tematica*, in *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series*, 7/2013, e a L. BLANCO (a cura di), *Organizzazione del potere e territorio. Contributi per una lettura storica della spazialità*, Milano, 2008.

⁴ Sull'ospitalità come paradigma di governo delle migrazioni si veda E. AUGUSTI, *Migrare come abitare. Una storia del diritto internazionale in Europa tra XVI e XIX secolo*, Torino, 2022.

⁵ A. CERNIGLIARO, *L'«altro» come specchio, il «diverso» come minaccia*, in A.A. CASSI (a cura di), *Ai margini della civitas. Figure giuridiche dell'altro tra medioevo e futuro*, Soveria Mannelli, 2013, pp. 13-44.

2. *Scaturigini storiche e percorsi di inclusione/esclusione dell'estraneo alle soglie della comunità*

Il dato da cui muovere è che per le società occidentali, in particolare quelle europee, l'appartenenza a una data comunità ha rappresentato un formidabile criterio d'attribuzione di statuti giuridici differenziati, tali da giustificare la tutela ovvero la negazione, da parte dell'ordinamento, delle prerogative soggettive⁶.

Traendo linfa dai richiami alla benevolenza trasmessi da regole sacrali di remota origine (si pensi agli *àgrapta nomina*, le leggi non scritte della Grecia antica)⁷, la distinzione tra cittadino e straniero ha marcato di sé l'architrave speculativo del diritto romano, la cui sistematizzazione post-classica, ereditata dai giuristi medievali, ha “confinato” l'uguaglianza e la libertà di tutti nelle maglie del diritto naturale: un diritto di per sé non azionabile se non attraverso il diritto positivo (in particolare quello deputato a regolare i rapporti tra popoli, lo *ius gentium*), che dai principi di natura poteva discostarsi, per esempio contemplando la guerra (da muovere innanzitutto contro gli stranieri) e la schiavitù (che dalla guerra deriva quale conseguenza dello *ius predae* sugli sconfitti)⁸.

Anche quando, con il contributo della dottrina cristiana⁹ e del giusnaturalismo moderno¹⁰, la configurabilità in capo alla persona di uno *status* ammantato di universalità ha cominciato a farsi strada nel ragionamento giuridico moderno, la condizione degli stranieri in movimento – lungi dall'assurgere a centro di imputazione di posizioni soggettive tutelabili nei confronti del migrante – è dipesa da scelte politiche delle comunità intercettate dal loro viaggio.

⁶ Rinvio, per un'analisi più dettagliata, a C. STORTI, F. ROSSI, *Invenzione di confini, invenzione di spazi giuridici. Cittadini, sudditi e migranti nella storia del diritto*, in M. AMBROSINI, M. D'AMICO, E. PERASSI (a cura di), *Confini, Migrazioni, Diritti umani*, Milano, 2022, pp. 71-95, nonché a F. ROSSI, *Popoli in cammino e diritti. Eterni ritorni sul conflitto tra confini e ius migrandi. A proposito de I diritti costituzionali dei migranti in viaggio. Sulle rotte del Mediterraneo di Cecilia Siccardi (2021)*, in *Italian Review of Legal History*, 8/2022, pp. 657-676.

⁷ Sulle leggi divine di benevolenza elaborate dalla civiltà della Grecia antica rinvio a F. ROSSI, *Justice, Freedom, Rights. An Introduction to the History of Human Rights*, Torino, 2024, pp. 2-4.

⁸ Cfr. D. 1, 1, *de iustitia et iure*, 1, 3, *ius naturale*, e 4, *ius gentium*. In tema F. ROSSI, *Justice, Freedom, Rights*, cit., pp. 4-7, e A. SCHIAVONE, *Eguaglianza. Una nuova visione sul filo della storia*, Torino, 2019, pp. 34-68.

⁹ F. ROSSI, *Justice, Freedom, Rights*, cit., pp. 8-11.

¹⁰ F. ROSSI, *Justice, Freedom, Rights*, cit., pp. 37-41.

Al di là del ragionamento teorico sulle valutazioni in capo alla comunità di partenza (per i giusnaturalisti l'abbandono del luogo di origine impone un permesso da parte della collettività, dal momento che la fuoriuscita costituisce una rottura del patto costitutivo)¹¹, la selezione degli individui con cui eventualmente implementare la società è sempre spettata alla comunità di transito e/o di arrivo, sulla base del grado di interesse dello straniero.

L'accesso dell'*extraneus* interessante – cioè colui che *interest*, che sta in mezzo tra una collettività e l'altra – a territori sottoposti a sovranità differenti, ha richiesto infatti il superamento di un giudizio di utilità da parte dei rispettivi ordinamenti. Si pensi ai comuni medievali, che chiamavano a sé stranieri "attraenti" (mercanti, professori, legati, artigiani e artisti) consentendo loro di mantenere inalterato lo *status* personale e, insieme, di godere della tutela dell'ordinamento cittadino: è il classico esempio, volendo fare della tassonomia, di migrazioni cd. artificiali, cioè incentivate dalla comunità di destinazione¹². Ma si pensi anche, per citare le cd. migrazioni morbide (quelle non incentivate, né contrastate dalla comunità ospitante), alla tolleranza e ai privilegi giuridici riservati sul finire del medio evo alle popolazioni germaniche, come i Walser, capaci di coltivare le terre nelle valli alpine ad altitudini elevate e in condizioni più difficili rispetto ai coloni indigeni¹³.

Durante l'età moderna, in parallelo all'avvento dello Stato quale forma di governo¹⁴, le "mura" della comunità hanno implementato il proprio strumento giuridico attraverso l'istituzione e il disciplinamento di varchi (visti, permessi, lasciapassare) per estranei afferenti al mondo della cultura, del

¹¹ Così C. WOLFF, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, Halae Magdeburgicae, 1744, p. 122. Meglio partire da soli (H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, Parisiis, 1625, pp. 194-195), per cercare la fortuna altrove (S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, Londini Scaenorum, 1672, pp. 1210-1212), ma col permesso dello Stato, a cui spetta regolare, limitare o escludere il viaggio migratorio (C. THOMASII, *Dissertationes iuridicae*, Halae et Lypsiæ, 1720, pp. 20-21)11: cfr. le mie riflessioni in C. STORTI, F. ROSSI, *Invenzione di confini*, cit., p. 84.

¹² C. STORTI, F. ROSSI, *Invenzione di confini*, cit., pp. 75-76.

¹³ Questi privilegi, noti come "diritti Walser", includevano la libertà personale, il diritto di formare proprie comunità e stabilire una propria giurisdizione, nonché il diritto alla proprietà terriera ereditaria. Inoltre, al popolo Walser fu permesso di evitare il servizio militare, essere esenti dal pagamento delle tasse e mantenere il diritto di parlare e insegnare la propria lingua (cfr. A.-L. HEAD KÖNIG, *Migration in the Swiss Alps and Swiss Jura from the Middle Ages to the mid-20th century: a brief review*, in *Journal of Alpine Research*, 99.1/2011, pp. 1-10).

¹⁴ Su cui M. FIORAVANTI, *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, 2002.

commercio e della finanza. Rimasto nel “limbo” di un transito ostacolato dal dis/interesse, un nutrito insieme di stranieri considerati non appetibili ha per converso subito gli effetti giuridicamente escludenti della “rimozione” sociale: vagabondi, poveri, malati – e naturalmente bambini soli – sono stati sovente destinatari di misure di respingimento o di espulsione, a seconda che si trovassero alla soglia oppure dentro il territorio della comunità di transito/arrivo¹⁵.

Così impostato, il paradigma dell’interesse/disinteresse verso lo straniero si è accostato – non senza ingenerare campi di conflitto nei confronti dei quali la civiltà occidentale non ha prospettato soluzioni convincenti – al ragionamento sull’accoglienza, avviato dal discorso giuridico moderno elaborando il diritto di migrare in termini di *ius peregrinandi* (a dire il vero più a favore degli Europei che degli stranieri *tout court*): cioè il diritto naturale-universale a lasciare la propria terra, ad attraversare i mari, a esercitare il commercio, e addirittura a *restare* in una terra diversa da quella di origine¹⁶. Pur vagheggiando l’ideale di una comunanza scevra dai parametri della cittadinanza, il diritto di stabilirsi nei luoghi di passaggio, in vista del transito per altre mete o di un insediamento caratterizzato da “restanza” (lo *ius migrandi* vero e proprio), è rimasto lungamente pervaso da un tratto distintivo: il giudizio di opportunità se garantire o meno allo straniero il diritto di visita e/o di stabilimento sulle terre di un’altra nazione¹⁷.

3. La “grammatica” contemporanea della marginalità nel suo rapporto con le migrazioni

Con l’ingresso nell’età contemporanea, il paradigma della selezione qualitativo-quantitativa ha acuito il campo di tensione tra cosmopolitismo e sovranità nazionale, nel succedersi di fasi di apertura delle “porte”, fisiche e giuridiche, a fasi di chiusura delle frontiere (nel frattempo divenute nazionali) nei confronti degli stranieri in viaggio.

¹⁵ F. ROSSI, *Popoli in cammino e diritti*, cit., pp. 664-665.

¹⁶ Il ragionamento giuridico sullo *ius peregrinandi* è stato avviato da Francisco de Vitoria (1483-1546) come diritto di viaggiare per il mondo, di stanziarsi nelle terre inesplorate per trarne vantaggi economici e per predicare il Vangelo (F. VITORIA, *De indis*, 1539 (in A. PAGDEN, J. LAWRENCE (edited by) *Francisco de Vitoria. Political Writings*, Cambridge, 1991, pp. 231-292). Cfr. F. ROSSI, *Justice, Freedom, Rights*, cit., pp. 30-31.

¹⁷ Si veda M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Macerata, 2012.

Il tornante storico che conduce dal Congresso di Vienna ad oggi è infatti marcato dalla coesistenza di due diritti internazionali, quello degli Stati e quello dei diritti umani¹⁸. L'allentamento del vincolo tra Stato e cittadinanza, che contraddistingue l'ordine giuridico costruito a metà Novecento sulla centralità della persona, confligge con il diritto di espulsione, attribuito "naturale" della sovranità westfaliana¹⁹, a cui gli Stati ricorrono, specie durante la recrudescenza dei flussi, in nome dell'ordine e della sicurezza interni messo in pericolo – o, più spesso, rappresentati come in pericolo – a causa delle cd. migrazioni forzate ed economiche.

Come avvenuto tra Otto e Novecento²⁰, così pure nei tempi attuali l'irrigidimento delle frontiere e l'intensificarsi del controllo su individui e gruppi entro una specifica dimensione territoriale potenzia la forza del vincolo tra appartenenza originaria alla comunità e cittadinanza giuridica, le cui radici, lo si è visto, risalgono all'antichità.

Al di là del fisiologico mutamento che informa di sé tempi e luoghi (e dell'auspicabile ritorno a una fase di apertura), la gestione concreta del fenomeno migratorio riposa sulla diffidenza, da parte di un gruppo precostituito, verso i soggetti esterni, in quanto percepiti come "estranei" alla comunità, alla sua identità e alle sue regole di convivenza. La diffidenza per i soggetti estranei al gruppo – quella stessa diffidenza antropologicamente assimilabile alla reazione che spinge molte specie animali ad allontanare l'esemplare di specie diversa, specie se indebolito o malato²¹ – induce le comunità umane a rifiutare gli stranieri, a maggior ragione se poco appetibili, ad esempio perché poveri, privi di un'occupazione, o giovani e soli.

Nel corso dei secoli, e in modo sempre più organizzato lungo il corso della contemporaneità, la diffidenza ha portato all'adozione di un ampio ventaglio di provvedimenti legislativi – di norma emanati dall'esecutivo nelle

¹⁸ F. ROSSI, *Justice, Freedom, Rights*, cit., pp. 69-85.

¹⁹ M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law*, Cambridge, 2001, e F. ROSSI, *Justice, Freedom, Rights*, cit., p. 26.

²⁰ Si rinvia a M. PIFFERI, *Controllo dei confini e politiche di esclusione tra Otto e Novecento*, in E. AUGUSTI-A.M. MORONE-M. PIFFERI (a cura di), *Il controllo dello straniero. I "campi" dall'Ottocento a oggi*, Roma, 2017, pp. 81-104 e ID., *Paure dello straniero e controllo dei confini. Una prospettiva storico-giuridica*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 1/2019, pp. 179-197.

²¹ D.W. THIELTGES, R. POULIN, K. WILSON, *Avoidance of parasites*, in J.C. CHOE (edited by), *Encyclopedia of Animal Behavior*, vol. 2, Amsterdam, Academic Press, 2019, II ed., pp. 688-695.

forme dell’atto avente forza di legge²² – diretti a selezionare, espellere o allontanare dal territorio statale soggetti esterni, qualificati come sgraditi sulla scorta di valutazioni preventive delle loro condotte, in vista della tutela dell’ordine pubblico, “fino a trasformare lo *ius migrandi* in *crimen migrandi*”²³.

Contro gli esterni sgraditi (significativamente chiamati “indesiderabili”, o “aliens”), le strategie giuridiche sperimentate dalla seconda metà del XIX hanno di preferenza assunto le forme dell’atto e/o della prassi amministrativa. Atti e prassi, cioè, permeati *ab imis* dalla discrezionalità, il cui *enforcement* viene assegnato alla polizia perché rientrante nella sicurezza pubblica, a testimonianza di come il doppio canale respingimento/espulsione degli indesiderati²⁴ rappresenti la manifestazione di una sovranità statale che, in nome della tutela dell’ordine, può e deve limitare le prerogative soggettive degli stranieri non appetibili; compresi i diritti a salvaguardia dell’inviolabilità (*habeas corpus*), in termini di forme di custodia e di procedure limitanti la libertà personale, soprattutto se organizzate in “luoghi” assimilabili al *genus* operativo del campo²⁵. Ai sensi dell’*Immigration Act* statunitense del 1891, per esempio, le procedure per selezionare i migranti in approdo, da svolgersi sulla terraferma, non dovevano considerarsi “uno sbarco durante il periodo di tale esame”: ciò significava che gli individui trattenuti “must be treated as if they were not there”²⁶.

Il migrante indesiderato, insomma, ha generato ed insieme subito un sistema repressivo contraddistinto da un trattamento peggiore, per garanzie e tutele, rispetto a quello ordinario. Quanto alle garanzie, perché l’eccezionalità del pericolo da scongiurare consente di sorvolare sulle ecce-

²² Sui provvedimenti adottati tra Otto e Novecento per “governare” le migrazioni economiche cfr. E. AUGUSTI, *Protezione, sicurezza, assistenza, solidarietà. Politiche internazionali di controllo dello straniero in Europa*, in *Il controllo dello straniero*, cit., pp. 53-80, e F. ROSSI, *Depurare’ e ‘selezionare’ le correnti migratorie. Il Proyecto de Ley Nacional del trabajo argentino (1904) e i lavoratori stranieri*, in *Historia et Ius*, 15/2019, paper 16.

²³ M. PIFFERI, *Controllo dei confini e politiche di esclusione*, cit., p. 81.

²⁴ Durante l’età crispina (1887-1896), per esempio, l’ordinamento italiano aveva introdotto le misure di allontanamento dello straniero all’interno della legge di pubblica sicurezza del 1889 (legge 30 giugno, n. 6144, in *Gazzetta Ufficiale del Regno d’Italia*, 30 giugno 1889, suppl. n. 153, pp. 269-276), disposizioni abrogate dal d.lgs 13 dicembre 2010, n. 212.

²⁵ Cfr. P. COSTA, *Il “campo”: un paradigma? Introduzione*, in *Il controllo dello straniero*, cit., pp. 11-30.

²⁶ *US Immigration Act of March 3, 1891* (in *U.S. Statutes at Large*, vol. 26, Washington, 1891, pp. 1084-1085), Section 8. Si tratta del principio della “entry fiction” (cfr. *Nishimura Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651, 1892).

zioni di tipo umanitario a favore dei più deboli, come donne incinte, anziani e bambini. Quanto alle tutele, perché l'adozione di sistema ancorato di legalità "soffusa", avulso cioè dalle garanzie di imparzialità offerte da un procedimento giudiziario, non richiede di allegare le motivazioni di provvedimenti di respingimento/espulsione contestabili solo rivolgendosi in via gerarchica al ministro e non alla magistratura²⁷. Si pensi ancora al poco sopra citato *Immigration Act* del 1891. Trattando gli immigrati fisicamente presenti negli Stati Uniti come non legalmente ivi presenti, il provvedimento faceva sì che la detenzione nei centri di immigrazione non fosse equivalente all'incarcerazione, potendo essere imposta senza il normale rispetto del *due process*, senza la giuria, basandosi su decisioni prese da organi amministrativi e senza la possibilità di ricorso a un tribunale ordinario²⁸.

²⁷ M. PIFFERI, *Antinomie e caratteri costanti dello ius migrandi tra Otto e Novecento*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2/2019, pp. 395-407.

²⁸ Maggiori dettagli in M. PIFFERI, *Controllo dei confini e politiche di esclusione*, cit., pp. 91-92.

DALLA CITTADINANZA SOCIALE ALLA PERSONA UMANA? QUALCHE CONSIDERAZIONE STORICA*

Lorenzo Pacinotti^{**}

SOMMARIO: 1. La cittadinanza marshalliana – 2. Una proposta storico-interpretativa
– 3. Dal cittadino alla persona?

1. *La cittadinanza marshalliana*

Comprendere le origini, le articolazioni dottrinali, il retroterra concettuale del rapporto tra la sfera (nazionale) della cittadinanza e la dimensione (universale) della persona, è certo esercizio di notevole complessità, atteso che il ‘discorso intorno alla cittadinanza’ rappresenta una chiave di lettura decisiva per cogliere il lungo divenire storico dell’obbligazione politica, del rapporto costituzionale tra diritti e doveri, della tensione amministrativa tra autorità e libertà¹. Sulla base di tale consapevolezza, ma con obiettivi ben più limitati, si tenta qui di fissare qualche interrogativo problematico in grado di definire alcune ipotesi interpretative, traendo spunto dalla celebre analisi, cardine per comprendere l’evolversi novecentesco del concetto di cittadinanza, del sociologo Thomas Humphrey Marshall.

Esito di un ciclo di lezioni tenute nel 1949 e pubblicate l’anno successivo nel noto volume *Citizenship and Social Class*, la «cittadinanza sociale» offre lo strumentario teorico per un completo cambio di paradigma. Il ricongiungimento dei diritti civili, politici e sociali in un’unica entità simbiotica rappresenta l’argomento centrale del suo ragionamento: l’espressione *social citizenship*, in estrema sintesi, indica il riconoscimento, in nome della appartenenza a una data comunità, di un nucleo essenziale di diritti sociali indispensabile come presupposto per l’effettivo, materiale, godimento degli altri diritti. Dal ricollocamento dei *social rights* all’interno dei diritti di cittadinanza, dalla loro equiparazione alle storiche libertà *civil* e *political*, discende un’inedita fusione concettuale tra diritti fondamentali che, «ritrovati uno ac-

^{**} Assegnista di ricerca, Centro di Studi Paolo Grossi per la storia del pensiero giuridico moderno, Dipartimento di Scienze giuridiche, Università degli Studi di Firenze.

¹ P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Roma-Bari, 1999.

canto all'altro»², divengono categorie non più conflittuali, bensì dialoganti nel contenitore unico della cittadinanza. Nel formulare la nozione di *social citizenship* il sociologo inglese pensava a un itinerario storico che ricomprendeva, in un orizzonte secolare e in una cornice sostanzialmente unitaria, la lunga evoluzione dei diritti civili, politici e sociali: sia pur caratterizzato da periodizzazioni distinte e da sentieri relativamente differenziati, il loro riconoscimento congiunto – e la loro indivisibilità – offriva il fondamento concettuale per la legittimazione dell'ordine emancipante progettato nel secondo dopoguerra.

Il termine, va chiarito, ha nelle originarie concezioni un significato relativamente diverso da quello, talora attribuitogli nel linguaggio corrente, che tende a valorizzarne la capacità di promuovere, attraverso le prestazioni sociali, un'integrazione inclusiva dello straniero all'interno dei meccanismi di partecipazione collettiva. Ciò vale, perlopiù, perché Marshall guardava alla cittadinanza forte del significato inglese del termine *citizenship*, da sempre un concetto giuspolitico volto a indentificare le regole di convivenza tra i membri di una comunità e i loro vincoli di appartenenza, teso a descrivere i canali più profondi che legano l'individuo alla società, il singolo a un determinato gruppo sociale³; non si tratta dunque di un lemma coincidente con la mera nazionalità, confinabile entro la circonferenza tracciata esclusivamente dal tema cittadino-straniero e dal solo problema dei diritti politici. Anche perché la questione va posta su un diverso piano epistemologico, non è peraltro ravvisabile nelle pagine marshalliane un chiaro riferimento al superamento delle barriere statuali; operazione ardua in una realtà – quella britannica – assai fiera della propria insularità e del suo continuo distinguersi dal continente.

Proprio per questo, come è stato correttamente notato, tale visione sarebbe caratterizzata da un vizio anglocentrico, offrirebbe cioè un'interpretazione non generalizzabile alle altre realtà europee, quanto piuttosto una prospettiva da cogliere all'interno di confini eminentemente insulari, una verità fondata solo sulla esperienza inglese e a questa esclusivamente applicabile⁴. In effetti, non serve ricordare come i risalenti itinerari di sviluppo dei diritti civili e politici, indissolubilmente legati alle Corti di *Common*

² T.H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class and Other Essays* [1950], trad. it., *Cittadinanza e classe sociale*, Roma-Bari, 2002, p. 15.

³ R. BELLAMY, *Citizenship. A Very Short Introduction*, Oxford, 2008.

⁴ R. KARATANI, *Defining British Citizenship. Empire, Commonwealth and Modern Britain*, London, 2003 e A.M. REES, *T.H. Marshall and the Progress of Citizenship*, in M. Bulmer, A.M. Rees (eds.), *Citizenship Today. The Contemporary Relevance of T.H. Marshall*, London, 1996.

Law, siano fortemente distinti dal legicentrismo del percorso continentale. Ma anche concentrandosi unicamente sullo sviluppo novecentesco dei diritti sociali, le peculiarità dell'ordine giuridico britannico, sia pur in misura attenuata, permangono. Non che non vi siano analogie con il percorso continentale: anche in Gran Bretagna, nonostante la resistente influenza della dottrina individualistica della *Law of the Constitution*⁵, la questione sociale travolge il modello giuridico tradizionale assieme alle trasformazioni del lavoro, oltre che alle novità amministrative imposte dal modello assicurativo e dalla predisposizione capillare dei servizi pubblici. Osservato nella sua interezza, nondimeno, il percorso dei diritti sociali in Gran Bretagna nella prima metà del Novecento tende a distinguersi da quello continentale: la trama dei *social rights* è tessuta in parallelo ai diritti civili e politici, nell'ottica di una montante democratizzazione dell'ordinamento segnata dalla libertà-eguale, dalla eguaglianza di opportunità, da una accezione collettivistica della cittadinanza. Sul continente all'opposto – in una linea che idealmente collega il progetto assicurativo bismarckiano con la ricetta totalitaria – la politica sociale è stata utilizzata in contrapposizione alle libertà civili e politiche, come uno strumento paternalistico in tutto contrario alla liberazione individuale e allo sviluppo democratico, nonché funzionale alla restrizione o al completo abbattimento dei diritti civili e politici.

2. Una proposta storico-interpretativa.

Eppure, se osservata retrospettivamente nel contesto del secondo dopoguerra, la lettura marshalliana sembra invece possedere una valenza generalizzabile anche ad altre esperienze europee. È la categoria *Welfare State* a fornire la chiave del paradigma. Non è casuale che Marshall formuli la sua teoria nel 1949: il 5 luglio del 1948 erano divenute completamente operative le riforme laburiste basate sul celebre piano Beveridge (1942), con il varo di una assicurazione sociale universalistica, la previsione di una assistenza inclusiva e solidale completamente opposta alla concezione colpevolistica e stigmatizzante nei confronti della povertà di cui al modello della *Poor Law*, l'istituzione di un *National Health Service* completamente gratuito, quanto-

⁵ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* [1885], trad. it., *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, Bologna, 2003.

meno nei primi anni del suo funzionamento⁶. I diritti sociali, ora supportati da una teoria amministrativa basata sul modello economico keynesiano e la sua tensione verso il progressivo ampliamento della spesa pubblica, divengono strumento di emancipazione: il parametro della «libertà dal bisogno» asurge a metanorma costituzionale di un progetto, confermato dalla Costituzione della IV Repubblica francese (1946), dalla Costituzione italiana (1948) e dal *Grundgesetz* tedesco (1949), che assume un respiro compiutamente europeo⁷. E il paradigma tende certo ad accentuarsi in quei *Trente Glorieuses* definiti dalla prodigiosa combinazione tra la crescita economica e lo sviluppo giuridico dei diritti nei tre decenni successivi alla Seconda guerra mondiale⁸.

Valicando i confini britannici e proiettando la cittadinanza sociale oltre la dimensione insulare, dunque, non sembra errato evidenziare come la redistribuzione delle *chances*⁹ rappresenti un segno distintivo di una cultura giuridica europea nella quale l'eguaglianza sostanziale diviene, all'interno di un impianto ordito sul tessuto connettivo della solidarietà e della dignità, il naturale completamento della libertà. La cittadinanza sociale può allora acquisire una qualche portata paradigmatica per descrivere i caratteri del modello sociale europeo del secondo dopoguerra: nel ricollocare i diritti sociali nella trama delle libertà civili e democratiche, la *social citizenship* diviene la pura manifestazione della loro reciproca indivisibilità, della compiuta trasformazione dell'eguaglianza (formale) di fronte alla legge nella nuova eguaglianza (sostanziale) di opportunità. Da un punto di vista puramente descrittivo, e al prezzo di incorrere in qualche approssimazione, si ritiene che, se il passaggio dallo «status al contratto»¹⁰ resta una delle categorie descrittive più efficaci per riassumere i paradigmi evolutivi della modernità giuridica fino al secolo XIX assieme ai trionfi dell'eguaglianza formale, la cittadinanza sociale si candida a divenire il migliore strumento concettuale per descrivere il parziale ritorno allo *status* proprio dell'eguaglianza sostanziale dell'ordine novecentesco.

⁶ W.H. BEVERIDGE, *Social Insurance and Allied Services* [1942], trad. it., *Il Piano Beveridge: compendio ufficiale della relazione di Sir William Beveridge al governo britannico*, Londra, 1944.

⁷ W. STREECK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e mercato*, n. 1, 2000, pp. 3-23.

⁸ J. FOURASTIE, *Les Trente Glorieuses: ou la révolution invisible de 1946 à 1975*, Paris, 1979.

⁹ R. DAHRENDORF, *Lebenschancen. Anläufe zur sozialen und politischen Theorie*, trad. it., *La libertà che cambia*, Roma-Bari, 1994.

¹⁰ H.S. MAINE, *Ancient Law* [1861], trad. it., *Diritto Antico*, Milano, 1998.

Se interpretata alla luce di questo quadro ed elevata a categoria paradigmatica dell'indivisibilità dei diritti civili-politici-sociali, allora, la cittadinanza sociale implica, proprio per l'afflato emancipante che la contraddistingue, una proiezione universale aperta allo scenario cosmopolita, ai temi dell'inclusione sociale e delle minoranze, in una prospettiva che tende, quantomeno potenzialmente, a mitigare il divario tra cittadino e straniero. Pur considerando che l'evoluzione storica dei diritti sociali corre spesso in contraddizione allo sviluppo delle politiche migratorie¹¹, è comunque possibile, nell'analizzare la lettura marshalliana nel contesto del secondo Novecento, valorizzare non tanto la cittadinanza, intesa all'insegna di uno spazio fisico nazionale, quanto piuttosto il criterio dell'appartenenza alla comunità, ossia un meccanismo inclusivo di identificazione e mutuo riconoscimento che trascende la provenienza nazionale.

È lo stesso Marshall, del resto, a immaginare che il riconoscimento dei *rights of citizenship* e l'attivazione dello scambio sinallagmatico tra i diritti del cittadino e i doveri verso lo Stato passi da una *full membership of a community*, assimilata alla *citizenship* in forza del già richiamato ampio significato attribuito al termine dalla filosofia giuspolitica inglese. È l'inclusione di tutte le classi sociali in un disegno comunitario e solidale, interamente opposto agli stigmi classisti della *Poor Law*, uno degli aspetti centrali della sua analisi. Sarebbe paradossale se questa visione emancipante fosse compatibile con uno Stato, sostanzialmente paternalista, che tendesse a escludere il diverso¹²: lungi dal proporre dinamiche inclusive, la cittadinanza sociale finirebbe per veicolare logiche di fatto esclusive e marginalizzanti, giacché concentrerebbe e la sua azione solidale solo all'interno dei confini nazionali nel rispetto del vincolo di cittadinanza, creando verso l'esterno una barriera identitaria che esclude e respinge il diverso¹³.

Se è vero che Marshall non prende in considerazione l'ipotesi che i diritti sociali possano varcare i confini nazionali, è sostenibile ritenere, nel muovere da un livello di stretta aderenza alle fonti a un discorso maggiormente interpretativo, che il significato della lettura marshalliana possieda in sé il *germe concettuale* per scandire il passaggio dalla dignità sociale alla dignità umana, dal cittadino alla

¹¹ M. BOSWORTH, *La "galera amministrativa" degli stranieri in Gran Bretagna. Un'indagine sul campo*, Napoli, 2016.

¹² L. FERRAJOLI, *Cittadinanza e diritti fondamentali*, in *Teoria Politica*, n. 3, 1993, pp. 63-76.

¹³ M. SAVINO, *Cittadinanza (diritto di)*, in T. Gregory e C. Ossola (a cura di), *X Appendice dell'Enciclopedia Italiana di Lettere, Scienze e Arti. Le Parole del XXI Secolo*, Roma, 2020, pp. 261-267.

persona. Si noti che il principio personalista, inteso all'insegna dell'antioriorità della persona rispetto allo Stato, è uno degli argomenti che accomuna il lessico giuridico del secondo dopoguerra¹⁴, fondendo in una vicenda sostanzialmente unitaria lo spirito solidaristico delle nuove costituzioni e la loro avversione nei confronti dell'accecaio nazionalismo totalitario: la condizione di umanità, dell'essere persona, assume un valore portante nel ricomprendere i diritti fondamentali nel disegno di un nuovo modello sociale che abbraccia la dimensione europea. È soprattutto in questo senso che la proclamazione dei diritti umani ha «tagliato in due il corso storico dell'umanità dal punto di vista del rapporto politico», producendo un'inversione della contrapposizione storica fra l'esclusione dello straniero e l'inclusione della protezione sociale¹⁵.

Non è pertanto incoerente, per certi versi, pensare alla prospettiva marshalliana in conformità al processo che, attraverso un'inedita concezione dei diritti attinente alla condizione dell'umanità, suggerisce, tra la *Dichiarazione universale dei diritti umani* (1948) e la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo* (1950), un primo varco tra le barriere esistenti fra le singole appartenenze territoriali. Lo dimostra anche il lavoro di Marshall negli organismi internazionali – e segnatamente come *Head of the Social Sciences Department* dell'UNESCO dal 1956 al 1960 – proprio in un periodo segnato dal faticoso dibattito sul *Covenant on Civil and Political Rights* e sul *Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, poi adottati nel 1966.

3. Dal cittadino alla persona?

Chiarita la portata teorica dell'operazione marshalliana alla luce dell'ordine giuridico del secondo dopoguerra, resta però l'impressione che, specie nell'ambito del diritto sociale, il passaggio dal cittadino alla persona non sia pienamente realizzato e non trovi ancora una compiuta e univoca definizione: proprio mentre – nel nuovo clima del Sessantotto – si scorge una convergenza internazionale verso i diritti umani e le loro prodigiose conquiste, per contro, è ormai svelata l'intima difficoltà da parte della cittadinanza marshalliana a valicare i confini del concetto di nazionalità, a uscire da uno spazio delimitato – quello statuale – entro il quale operano tradizionalmente le forze redistributive e lo spirito solidaristico.

¹⁴ E. CATERINA, *Personalismo vivente. Origini ed evoluzione dell'idea personalista dei diritti fondamentali*, Napoli, 2023.

¹⁵ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 2008.

La dimensione sociale e quella umanitaria restano categorie distanti, profondamente diverse nella loro struttura giuridica, e non del tutto fuse nell'unica, indivisibile, sfera dei diritti fondamentali. Lo stesso dicasi per il divario tra diritti sociali e diritti di libertà: i primi soffrono di una minorità giuridica che accomuna, per ragioni e vicende diversissime, sia la realtà anglosassone, nella quale da sempre risultano un'entità in tutto contrapposta alla matrice giurisprudenziale su cui tradizionalmente si fondano le libertà, sia i percorsi continentali, dove i diritti sociali, per effetto del carattere prestazionale e finanziariamente condizionato che li distinguerebbe, non hanno conseguito – nonostante i proclami del costituzionalismo del secondo dopoguerra – una valenza giuridica effettivamente pari a quella dei diritti di libertà. Non a caso, il motivo della scelta di redigere i citati patti del 1966 in due testi separati risiede proprio nel divario, considerato incolmabile, tra i diritti civili e politici, visti come negativi perché garantiti da una non interferenza da parte dello Stato, e quei diritti sociali tutelabili solo con un previo intervento dei poteri pubblici¹⁶. E il problema dei *Two Concepts of Liberty* resta (sull'onda del celebre saggio di Isaiah Berlin del 1958) un dilemma ancora interamente irrisolto nelle sue implicazioni tecnico-giuridiche¹⁷.

Nella loro impostazione dogmatica, i diritti sociali, in sintesi, non hanno conseguito una chiara accezione emancipante, effettivamente liberatoria, capace di spostare la loro legittimazione dal piano nazionale della cittadinanza a quello universale della persona umana.

Lo dimostrano gli itinerari contemporanei dei diritti sociali e dei diritti umani, ancora distanti dal fondersi in una unitaria visione globalizzante, tesa a una loro reciproca indivisibilità ora umanizzata, ora socializzata. L'*umanizzazione* dei diritti sociali, ossia il loro orientarsi verso le esigenze della persona umana e della sua libera autodeterminazione priva di condizionamenti paternalistici o identitari, non riesce ancora a promuoverne una compiuta internazionalizzazione: vi è in effetti il fondato timore che ciò indebolisca la forza, già da tempo svigorita, dei servizi pubblici nella loro veste nazionale, acuendo così la crisi del *Welfare State*, nonché favorendo un ancor più netto irrompere di modelli giuridici più sensibili al mercato e alla dirompente globalizzazione economica¹⁸. In modo speculare, la *socializzazione* dei diritti umani appare ancora debole: la loro vocazione internazionale resta

¹⁶ M. FLORES, *Storia dei diritti umani*, Bologna, 2023³, pp. 259-264.

¹⁷ I. BERLIN, *Two Concepts of Liberty* [1958], in Id., *Liberty*, H. Hardy (ed.), trad. it., *Libertà*, Milano, 2005, pp. 169-222.

¹⁸ R. MISHRA, *Globalization and the Welfare State*, Cheltenham, 1999.

perlopiù indipendente dalla sfera sociale, perché appartenente alla persona in quanto tale, all'individuo per sé stesso, colto perlopiù nella sua proiezione civile o politica, se non nella sua singolarità individualistica. Interrogativi, giuridicamente profondi, ai quali storici e cultori di diritto positivo sono chiamati a rispondere con uno sforzo necessariamente comune.

THE PARADOXES OF THE EUROPEAN MIGRATION “EMERGENCY”

Natalia Panou*

SUMMARY: 1. Introduction – 2. European Migration as “emergency”: a “normal” and permanent “emergency” – 3. European Migration as “emergency”: Questions about the EU democratic deficit – 4. Concluding Remarks.

1. *Introduction*

The concept of migration is closely related to that of emergency. Indeed, the whole architecture of international migration law contributes to the formulation/perpetuation of the interdependence between these notions. While international law has played a significant role in coordinating many aspects of today’s life, it lacks a coherent and comprehensive approach, when it comes to the movement of people¹. The failure to consider migration flows as part of contemporary reality is reflected in the European Union (hereinafter EU) migration policy, which perceives migration as an “emergency” for the EU.

The increased influx of refugees experienced by the EU in 2015², as well as the subsequent population movements that have continued to the present day³, have been characterized as “crisis”⁴, framed as an “emergency”. In this analysis, “crisis” and “emergency” as conditions only partially overlap and they are not used interchangeably. Specifically, a crisis is intended here to be a condition closely associated with deregulation/instability⁵, not necessarily

* PhD candidate in Constitutional Law (Faculty of Law, Aristotle University of Thessaloniki).

¹ J. RAMJI-NOGALES, *Migration Emergencies*, in *Hastings L.J.*, no. 68, 2017, pp. 609-656.

² <https://www.oecd.org/en/topics/policy-issues/migration.html>

³ <https://dtm.iom.int/europe/arrivals>

⁴ N. PERRE, M. DE VRIES, H. RICHARDS, M. GKLIATI, *Refugee Crisis: Three Perspectives On The Makings Of A Crisis* in *RLI blog on Refugee Law and Forced Migration*, 16 April 2018

⁵ M.-J. GERHARDT, *Crisis and Constitutionalism*, in *Montana Law Review*, no. 63, 2002, pp. 277-299.

an emergency (see para 2). Only certain categories of crises are characterized as emergencies, accompanied by the activation of the corresponding emergency measures, as happened in the case of the migration flows. Conversely, there are conditions other than crises that can qualify as emergencies (e.g. natural disasters). In this analysis, it is not aimed at criticizing the erroneous characterization of the migration flows of 2015 as a crisis⁶, but rather at assessing whether it was further appropriately addressed as an “emergency” and subsequently dealt with emergency measures.

The current European migration “emergency” has two interconnected dimensions: the politico-institutional dimension and the sociolinguistic dimension.

The first (politico-institutional) dimension is elucidated by the following examples:

Given the unprecedented influxes of migrants since 2015, EU institutions pinpoint this year as the onset of the “crisis situation” and in May 2015 the European Agenda on Migration (hereinafter European Agenda) launched as a response. The European Agenda reflects a primarily emergency-driven approach that breathes throughout the entire document⁷. It is notable that the first implementation package on the European Agenda pertained to the implementation of Article 78 (3) of the Treaty on the Functioning of the European Union, which provides that “In the event of one or more Member States being confronted by an emergency situation characterized by a sudden inflow of nationals of third countries, the Council, on a proposal from the Commission, may adopt provisional measures for the benefit of the Member State(s) concerned” for an emergency relocation of 40,000 asylum seekers from Italy and Greece. Furthermore, the second implementation package was also mainly oriented towards addressing the “crisis”.

On the other hand, almost ten years later, on 10 April 2024, the European Parliament has approved the Pact on Migration and Asylum, a package of major reforms to the EU’s asylum and migration rules, “a system that manages and normalizes migration in the long term”⁸. The *Regulation 2024/1359*

⁶ N. PERRE, M. DE VRIES, H. RICHARDS, M. GKLIATI, *Refugee Crisis: Three Perspectives On The Makings Of A Crisis* in *RLI blog on Refugee Law and Forced Migration*, 16 April 2018

⁷ ECRC, *AIDA Common asylum system at a turning point: Refugees caught in Europe’s solidarity crisis*, published in 10 September 2015, pp. 32.

⁸ Doc. COM (2020) 609 final, *New Pact on Migration and Asylum*, of 23 September 2020

addressing situations of crisis and force majeure in the field of migration and asylum is a part of these new rules and establishes three special legal regimes for managing the asylum system in three exceptional situations: (a) mass influx (crisis), (b) instrumentalization (crisis), (c) force majeure, which allow a Member State to derogate temporarily from the standard asylum procedures. It is important to note that the lack of precise delineation regarding the definitions for the exceptional situations, coupled with the extensive margin of appreciation afforded to Member States, creates a context susceptible to the abuse of the provided options and the perpetuation of a permanent state of emergency.

Simultaneously, the second (sociolinguistic) dimension of the migration “emergency” operates in conjunction with the politico-institutional dimension to foster an environment of exceptionalism. In political and media debates, the migrants are construed as a threat to the European “normalcy”, which is depicted as economic security⁹ and the “European way of life”¹⁰ in general, revealing that the EU migration policy aims ultimately at maintaining the white domination of the continent and the accumulated wealth which sustains it¹¹.

This analysis posits that the European migration does not conform to the classical-conventional definition of “emergency” of the constitutional theory. Through a comprehensive examination of the concept of emergency, it asserts that the persistent portrayal of the so-called migration “crisis” in this manner exposes two main paradoxes and, ultimately, elevates emergency to a permanent and paradigmatic form of government for individuals governed by this framework (see para 2). This argument not only criticizes the prevailing management of the population movements towards Europe but also contends that the current approach further erodes EU democracy (see para 3).

2. *European Migration as “emergency”: a “normal” and permanent “emergency”*

“Emergency” is an elastic and ambiguous concept and for this reason it

⁹ D. DAVITTI, *Biopolitical Borders and the State of Exception in the European Migration ‘Crisis’*, in *European Journal of International Law*, no. 29(4), 2018, pp. 1173–1196.

¹⁰ https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life_en

¹¹ J. REYNOLDS, *Emergency and Migration, Race and the Nation*, in *UCLA Law Review*, no. 67, 2021, pp. 1768–1798.

is quite difficult to give an exact definition¹². An indicative element of the difficulty of defining this notion is the fact that many legislations do not have a precise legal definition of what constitutes an emergency, while others have no legal definition at all¹³. Despite the ambiguity, two fundamental characteristics of emergency could be delineated: Emergency may be considered a situation that is *exceptional* and *temporally limited*¹⁴. Therefore, this migration “emergency” reflects two main paradoxes regarding its characterization as emergency.

The first paradox arises from the inherently “*exceptional*” nature of the notion of “emergency”. More specifically, the exception consists of a sudden event, outside the ordinary course of events, which could not have been foreseen. Therefore, the notion of “emergency” is contrasted with that of an assumed “normalcy” (i.e. the general rule, the ordinary state of affairs), as two separate phenomena¹⁵. This dichotomy is reflected also in a dichotomy between regular government and exceptional government¹⁶. In essence, the exceptional nature of emergency negates any possibility of constructing, in advance, a set of general, objective norms that will cover all future situations¹⁷. As a result, the state is compelled to change its structure in order to effectively resolve the emergency¹⁸ and eventually, restore the normal legal order¹⁹.

¹² M. NEOCLEOUS, *The Problem with Normality: Taking Exception to “Permanent Emergency”*, in *Alternatives*, no. 31 (2), 2006, pp. 191–213.

¹³ A. ZWITTER, *The Rule of Law in Times of Crisis A Legal Theory on the State of Emergency in the Liberal Democracy*, in *University of Groningen Faculty of Law Research Paper*, no. 10, 2013, pp. 1–36.

¹⁴ The elements highlighted by the Author as fundamental characteristics of the emergency resonate with the approaches of A. ZWITTER, *The Rule of Law in Times of Crisis A Legal Theory on the State of Emergency in the Liberal Democracy*, in *University of Groningen Faculty of Law Research Paper*, no. 10, 2013, pp. 1–36; and O. GROSS, *The Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt’s Theory of Emergency Powers and the Norm-Exception Dichotomy*, in *Cardozo L. Rev.*, no. 21, 1999, pp. 1825 - 1867.

¹⁵ O. GROSS, *The Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt’s Theory of Emergency Powers and the Norm-Exception Dichotomy*, in *Cardozo L. Rev.*, no. 21, 1999, pp. 1825 - 1867.

¹⁶ J. FERREJOHN, P. PASQUINO, *The Law of Exception: A Typology of Emergency Powers*, in *Int’l J Const L.*, no. 2, 2004, pp. 210–239.

¹⁷ O. GROSS, *The Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt’s Theory of Emergency Powers and the Norm-Exception Dichotomy*, in *Cardozo L. Rev.*, no. 21, 1999, pp. 1825 - 1867.

¹⁸ A. ZWITTER, *The Rule of Law in Times of Crisis A Legal Theory on the State of Emergency in the Liberal Democracy*, in *University of Groningen Faculty of Law Research Paper*, no. 10, 2013, pp. 1–36.

¹⁹ J. FERREJOHN, P. PASQUINO, *The Law of Exception: A Typology of Emergency Powers*, in *Int’l J Const L.*, no. 2, 2004, pp. 210–239.

An analysis of European migration “emergency” as a stem of coloniality challenges prevailing narratives about the exceptional nature of migration flows. An emergency-driven approach serves as an important link between the contemporary EU migration policies and colonialism revealing that the implementation of emergency measures to racialized populations is not a new phenomenon. In the global colonial context, the state of emergency was linked with race, since it led to the construction of racialized communities to reinforce dominant state apparatuses or create new racial states²⁰. Meanwhile, the emergency provisions have facilitated the subordination and control of colonized (and racialized) communities through the appropriation of land and resources, as well as the suppression of labor movements²¹. The legal technique based on emergency and racialized objectification, first developed in the colonies and then transplanted into international law, now appears in the EU migration policy²². Connecting the dots with the colonial legacy, the migration “emergency” of the European postcolony prioritizes the maintenance of (the imaginary of) a coherent white European nation and the relative wealth produced through exploitation and inequality²³.

At the same time, approaching migration as an exceptional phenomenon ignores the systemic nature of the situation. The increase in migration flows across the Mediterranean had been foreseen by migration experts as a result of conflicts and political instability in the countries of origin²⁴, while globalization, technological developments, climate change²⁵, economic inequalities and demographic change are also key drivers of the current situation²⁶. In

²⁰ J. REYNOLDS, *Emergency and Migration, Race and the Nation*, in *UCLA Law Review*, no. 67, 2021, pp. 1768-1798.

²¹ J. REYNOLDS, *Emergency and Migration, Race and the Nation*, in *UCLA Law Review*, no. 67, 2021, pp. 1768-1798.

²² T. SPIJKERBOER, L. ESPINOZA GARRIDO, S. MIESZKOWSKI, B. SPENGLER & J. WEWIOR, *Migration Emergencies in the European Postcolony: an Interview with Thomas Spijkerboer*, in *Parallax*, no. 27(2), 2021, pp. 223-239; E. GUTIÉRREZ-RODRÍGUEZ, *The Coloniality of Migration and the “Refugee Crisis”: On the Asylum-Migration Nexus, the Transatlantic White European Settler Colonialism-Migration and Racial Capitalism*, in *Refuge: Canada’s Journal on Refugees*, no. 34(1), 2018, pp. 16-28.

²³ J. REYNOLDS, *Emergency and Migration, Race and the Nation*, in *UCLA Law Review*, no. 67, 2021, pp. 1768-1798.

²⁴ P. C. GATTINARA, *The ‘refugee crisis’ in Italy as a crisis of legitimacy*, in *Contemporary Italian Politics*, no. 9, 2017, pp. 318-331.

²⁵ B. SPENGLER, L. ESPINOZA GARRIDO, S. MIESZKOWSKI & J. WEWIOR, *Introduction: Migrant Lives in a State of Exception*, in *Parallax*, no. 27(2), 2021, pp. 115-158.

²⁶ P. C. GATTINARA, *The ‘refugee crisis’ in Italy as a crisis of legitimacy*, in *Contemporary Italian Politics*, no. 9, 2017, pp. 318-331.

fact, the European migration “crisis” is mostly an effect of – other – push factors, such as political and economic crises or natural disasters²⁷ and the supposed “unpredictability” is nothing more than insufficient preparation on the part of the EU. Even the Court of Justice of the European Union has recognized that there are serious structural shortcomings in the European asylum systems, despite the fact that it upheld the emergency²⁸.

The second paradox is related to the *temporally limited* nature of “emergency”.

(a) An emergency is supposed to be *concrete*, which means that it has a precisely defined beginning and end²⁹. A common starting point for the migration “emergency” across EU cannot be identified, as some Member States had declared a (national) state of emergency many years earlier, placing the onset of the “crisis” at an earlier time (e.g. Italy, Lampedusa Crisis, 2011). Even if the beginning was identified in 2015, when the start of the “migration crisis” is determined, its end could not be predefined.

(b) An emergency is supposed to be *urgent*, which implies a need for prompt action. Undoubtedly, the arrival of people on European shores is a tangible issue that requires immediate management. Nevertheless, a new procedural approach to migration law is necessary: an appropriately designed legal system that treats migration flows as a phenomenon that must be anticipated and regulated in a way that reflects a range of reasons for cross-border movement and offers safe and lawful means of movement³⁰.

(c) An emergency is supposed to be *temporary*, depicting brief period. Passing the tenth year of the European migration “emergency”, it could definitely not be considered a brief period of time.

In view of the above-mentioned paradoxes, it is revealed that the population movements towards Europe in recent years do not fall into the classical-conventional definition of “emergency” of the constitutional theory and its continuous portrayal as such, both in politico-institutional and sociolinguis-

²⁷ O. GROSS, *The Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt's Theory of Emergency Powers and the Norm-Exception Dichotomy*, in *Cardozo L. Rev.*, no. 21, 1999, pp. 1825 - 1867.

²⁸ CJEU (Grand Chamber), judgment of 06 September 2017, *Slovak Republic and Hungary v Council of the European Union*, C-643/15 and C-647/15, EU:C:2017:631

²⁹ A. ZWITTER, *The Rule of Law in Times of Crisis A Legal Theory on the State of Emergency in the Liberal Democracy*, in *University of Groningen Faculty of Law Research Paper*, no. 10, 2013, pp. 1–36.

³⁰ J. RAMJI-NOGALES, *Migration Emergencies*, in *Hastings L.J.*, no. 68, 2017, pp. 609-656.

tic terms, ultimately elevates emergency to a permanent and paradigmatic form of government for individuals subject to this regime.

3. *European Migration as “emergency”: Questions about the EU democratic deficit*

In light of this, using a legal arsenal of emergency measures to manage the migratory flows has been anything but obvious. By choosing the route of “emergency”, the widely recognized criticism on the impact of its invocation on democracy supply further questions to the discussion about the EU democratic deficit.

On the one hand, emergency politics at the European level is largely unregulated, since there is no comprehensive legislation, in the logic of the domestic “emergency constitutions”³¹, providing an institutionally and temporally limited “state of emergency” for the sole purpose of preserving the status quo ante. As a result, even in cases of “emergency”, such as the European migration “emergency”, when further safeguards are required, the political authority is –as per usual– diffused across multiple levels of governance, among technocratic, non-majoritarian bodies. A salient example is the adoption of provisional measures in case of sudden inflow of nationals of third countries, under Article 78 (3) of the Treaty on the Functioning of the European Union, as mentioned above, which falls within the competence of the Council, on a proposal from the Commission, while the Parliament assumes a clearly consulting role. Consequently, a fragmentary approach of situations characterized as “emergencies”, assigned to democratically deficient institutions leaves permanent marks on the EU’s authority structures that –further– undermine its democratic legitimacy³².

On the other hand, the dispersal of the invocation of the “emergency” between the EU institutions and the Member States raises risks of accountability. For instance, the new Crisis and force majeure Regulation, despite being part of a set of measures that purportedly aims to ensure a common EU framework of migration³³, affords an excessively broad margin of apprecia-

³¹ C. KREUDER-SONNEN, *Does Europe Need an Emergency Constitution?*, in *Political Studies*, no. 71(1), 2023, pp. 125–144.

³² C. KREUDER-SONNEN, *Does Europe Need an Emergency Constitution?*, in *Political Studies*, no. 71(1), 2023, pp. 125–144.

³³ Doc. COM (2020) 609 final, *New Pact on Migration and Asylum*, of 23 September 2020

tion to the Member States. Therefore, the process is marked by the fact that the Member States exert uneven power in shaping the EU migration policy³⁴. The migration “emergency” seems to be unfolded through complex, multi-level institutional dynamics, both national and supranational. These intricate institutional and political relationships between the EU and the Member States also frustrate a migration policy, which could be scrutinized.

4. *Concluding Remarks*

This analysis has examined the classical-conventional definition of “emergency” of the constitutional theory in the context of European migration, highlighting the legal-political complications emerged regarding the EU democratic deficit. The European migration “emergency” is based on the fictitious dichotomy between emergency and normalcy, even though it creates permanent emergency conditions for those to whom it applies. Although the misuse of emergency law poses a potential threat to many populations in Europe, “emergency” has become a paradigmatic form of government targeting migrants, where different sets of rules address different populations through racialized mechanisms. Similar to colonial regimes, this “normal”, permanent state of emergency for the non-citizens serves to maintain the white dominance and the exclusionary preservation of wealth. Thereby, it reveals the instability of the EU legal order. Looking at this paradoxical migration “emergency” as an echo of colonial governance and its unregulated invocation provides an insight for analyzing the European migration policy and, subsequently, the new package of reforms to the EU’s migration rules and its future implementation.

³⁴ G. CAMPESI, *The Arab Spring and the Crisis of the European Border Regime: Manufacturing Emergency in the Lampedusa Crisis*, in *EUI RSCAS - Mediterranean Programme Series*, no. 59, 2011, pp. 1-21.

LA PROTEZIONE DELLO STRANIERO NELLA TRADIZIONE ARABO-ISLAMICA

Maria Ludovica Gualtieri*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La protezione dello straniero nella società preislamica – 3. L'asilo come fondamento dell'Islam e della nuova società musulmana – 4. Il tema della migrazione nell'Islam – 5. La concezione dell'asilo nell'Islam: prescrizioni coraniche ed evoluzione giuridica – 6. Differenze e contatti con il diritto di asilo contemporaneo.

1. *Introduzione*

Anche se lo sviluppo del diritto di asilo è avvenuto principalmente sotto l'influenza giuridica, religiosa e culturale dell'Occidente, il costume di offrire protezione dello straniero non è esclusivo di tale tradizione. L'asilo trova infatti radici in molte delle più antiche civiltà, seppur concepito ed attuato in modi diversi in base alle culture ed alle caratteristiche di ciascuna società.

Nelle tre principali religioni monoteistiche, islam, ebraismo e cristianesimo i temi dell'asilo e della migrazione forzata rappresentano infatti elementi che hanno spesso caratterizzato le vite dei profeti: nel caso dell'islam ciò è particolarmente evidente.

Di seguito verrà analizzato il tema dell'asilo nella società araba preislamica e la sua evoluzione alla luce della diffusione della nuova religione dell'Islam, nella cui origine i temi della migrazione e dell'asilo avranno un ruolo centrale. Infine, si evidenzieranno le principali differenze e punti di contatto tra il concetto di asilo nella visione arabo-islamica e nella tradizione giuridica occidentale contemporanea.

2. *La protezione dello straniero nella società preislamica*

Il concetto di protezione dello straniero era presente ed ampiamente consacrato tra le popolazioni arabe sin dall'epoca della *Jāhiliyya* – l'era araba

* Dottoranda di ricerca, Università di Tor Vergata.

pre-islamica – poiché strettamente connesso all'organizzazione della vita nomade, dunque scandita dalle migrazioni.

Lo stile di vita di queste popolazioni nomadi che si spostavano principalmente nell'ambiente ostile del deserto rendeva infatti l'ospitalità uno dei doveri morali fondamentali, riflesso di un sistema di valori che Montgomery Watt ha definito *tribal humanism*: un codice morale tribale profondamente legato all'idea di onore (*murwab*). In tale concezione, l'*istijara* (la ricerca di protezione) e l'*ijara* (il concedere protezione) nei confronti dello straniero erano gesti tenuti in particolare considerazione e vincolavano chi accoglieva un ospite al dovere di fornirgli una protezione pressoché totale¹.

La forte interconnessione tra i concetti di ospitalità e protezione è ben rappresentata dalla tradizione della *jiwar*². Essa rappresentava una sorta di contratto tra due parti, nel quale una parte, il *mustajir*, chiede protezione e l'altro, il *mujir*, la garantisce. L'accordo, una volta suggellato, sanciva lo status del protetto all'interno della famiglia e della comunità che, a sua volta, era vincolata alla protezione dello straniero. Tale protezione nei confronti del *mustajir*, non implicava solo la garanzia dell'incolumità personale, ma anche della salute e dei beni dell'ospite di cui il *mujir* veniva considerato responsabile³.

La capacità di garantire sicurezza e protezione al proprio *mustajir* era motivo di prestigio per il *mujir*, al punto che chi dimostrava particolare generosità verso l'ospite veniva fregiato del titolo di *ma'wā al-gharīb* (rifugio dello straniero)⁴.

3. L'asilo come fondamento dell'Islam e della nuova società musulmana

Se dunque i valori dell'ospitalità e della protezione erano già profondamente radicati nella cultura preislamica, con l'avvento della nuova religione tali concetti superano la loro accezione di valori 'sociali' per mutare in precetti religiosi e giuridici.

Complice la diffusione universale ed il suo carattere di codice regolatorio

¹ W. M. WATT, *Muhammad at Mecca*, Oxford University Press, 1953, pp. 23-29.

² Il termine corrisponde alla IV forma *adjara* ed al sostantivo *djar* (persona che è protetta in senso clientelare)

³ A. SHOUKRI, *Refugee status in Islam: concepts of protection in Islamic tradition and international law*, London; New York: Bloomsbury, 2010.

⁴ F. ROSENTHAL, "The stranger in medieval Islam." *Arabica* 44(1): 35-75, 1997, p.68.

dei rapporti dell'intera società, la diffusione dell'Islam determinerà anche la costruzione di un nuovo sistema giuridico.

Con l'avvento dell'Islam, la solidarietà tribale e le antiche tradizioni ed usanze relative alla protezione degli stranieri come la *jiwar* vengono in parte ereditate, ma rivestite di un profondo significato religioso. Il gesto di offrire protezione a uno straniero si eleva infatti da mero valore sociale sancito dal codice tribale a parte di un percorso divino, rappresentando un mezzo per il musulmano per portare il non credente verso l'Islam.

Il grande rilievo che l'asilo e la migrazione occupano nella nuova dimensione religiosa rappresentata dall'Islam è direttamente collegato al contesto in cui avviene la sua nascita, segnato da ostilità e pericoli. Nella città natale di Maometto, la Mecca, i membri della tribù dei Quraysh (detti anche *qurayshti* o *coreisciti*) si erano scagliati contro il nascente culto monoteista, percepito come una minaccia per la loro supremazia. La Mecca era infatti un importante centro di pellegrinaggio grazie alla presenza del tempio (allora politeista) della *Kaaba*, di cui i Quraysh erano custodi e grazie al quale traevano grandi profitti dovuti al grande flusso di pellegrini. L'ostilità e l'accanimento verso coloro che seguivano Maometto e l'Islam costrinse infine il Profeta ed i suoi seguaci ad allontanarsi dalla sua città.

La ricerca di una comunità disposta ad accoglierli, dove poter liberamente diffondere l'Islam fu lunga e difficoltosa, finché Maometto ebbe modo di incontrare alcuni pellegrini di Medina ai quali parlò della nuova fede. Costoro, poi divenuti noti come *ansar* (gli aiutanti), si convertirono, riconoscendolo quale profeta di Allah e promettendo protezione ed accoglienza nella propria città.

Grazie all'asilo trovato a Medina, Maometto riuscirà a diffondere la parola di Allah rivelando una religione che troverà milioni di seguaci e cambierà il volto delle società arabe.

Dopo l'arrivo di Maometto, la nuova religione si diffuse rapidamente e presto altri seguaci furono incoraggiati a raggiungere il Profeta per stabilirsi nella nuova città. Dopo cinque mesi dal suo arrivo, Maometto convocò un'assemblea per affrontare temi quali la mancanza di alloggio e la disoccupazione dei profughi della Mecca, esortando i medinesi a collaborare per facilitare l'insediamento dei rifugiati. La competenza nel commercio degli esuli della Mecca, centro cruciale delle rotte di scambio del deserto, contribuì allo sviluppo economico di Medina, che fino a quel momento era rimasta un insediamento principalmente basato su un'economia agricola.

Con il tempo, il titolo di *muhadjirun* ('i migranti') prima attribuito a coloro che avevano compiuto l'*hijrah* con Maometto, divenne uno status sem-

pre più ambito. Maometto definì i diritti ed i doveri dei membri della comunità, nonché le relazioni tra musulmani e non musulmani in un documento divenuto noto come la Carta o costituzione di Medina. La Carta, che – sei secoli prima della Magna Charta – è considerato uno dei primi documenti costituzionali, era volta ad assicurare relazioni armoniose tra i rifugiati e gli abitanti di Medina, tutti ugualmente membri della *ummah*, la nuova comunità unita sotto l'Islam⁵ nata dall'integrazione degli *ansar* e dei *muhāğirūn*.

La formazione della *ummah* fu un momento decisivo per lo sviluppo della società araba. Essa gettò le basi per una confederazione tra le tribù e contribuì a costruire la percezione di un'identità collettiva, sostituendo al vincolo tribale, basato sul sangue, il legame di una fratellanza tra fedeli.

È dunque la fede il principale fattore di appartenenza che unirà per molti secoli la società islamica al punto da costruire una visione dell'umanità scissa in credenti e non credenti⁶. Tale concezione è efficacemente rappresentata dalla dicotomia usata dai giuristi musulmani, che dividono il mondo in terra dell'Islam (*dār al-islām*) e terra della guerra (*dār al-ḥarb*)⁷. Mentre con la prima si intende un territorio dominato da un potere Islamico e regolato dai precetti del Corano (benché non necessariamente tutti i suoi sudditi debbano essere musulmani), la seconda descrive un luogo dove non governa la legge islamica e non viene seguita la parola di Allah e nel quale vige dunque inevitabilmente uno stato di guerra e di ingiustizia⁸.

Sulla base di tale divisione, dunque, lo straniero non è colui che abita fuori dalla città o dalla comunità, ma colui che non professa la fede islamica.

⁵ Tra i componenti della *ummah* fondata da Maometto, invece, erano inclusi anche gli ebrei, seppur con uno status 'clientlare' differente. Cfr R. SERJEANT, *The "Sunnah Jāmi'ah," Pacts with the Yathrib Jews, and the "Tahrīm" of Yathrib: Analysis and Translation of the Documents Comprised in the So-Called 'Constitution of Medina*, Bulletin of the School of Oriental and African Studies, University of London, (Cambridge University Press) 41, n. 1 (1978): 1-42.

⁶ Il concetto di cittadinanza, basata sull'idea di Stati nazionali laici e di un criterio di nazionalità 'politico' e non religioso, inizierà infatti ad affermarsi nel mondo arabo solo molti secoli dopo, in seguito alla caduta dell'Impero Ottomano.

⁷ La classificazione è stata elaborata successivamente da studiosi musulmani durante la prima dinastia abbaside (750-1258 d.C.). Si veda H. M. HANIFF, *Revisiting Dar Al-Islam (Land Of Islam) And Dar Al-Harb (Land Of War)*, RSIS Commentaries, No. 001, Nanyang Technological University, 2007.

⁸ In base a ciò, l'appartenenza all'Islam è il requisito richiesto per l'attribuzione della capacità giuridica e, dunque, solo i fedeli sono elementi soggettivi considerati nell'ordinamento musulmano.

4. *Il tema della migrazione nell'Islam*

L'importanza che l'episodio della migrazione di Maometto dalla Mecca a Medina – nota come l'Egira (trascrizione latinizzata di *hijrah*)⁹ – assume nel quadro dell'Islam è tale il conto degli anni del calendario musulmano parte proprio da quella data, il 622 d.C. e non, come nel cristianesimo, dalla nascita del Profeta.

Il significato attribuito all'Egira nell'Islam trascende il semplice concetto di migrazione, inteso come l'abbandono delle proprie origini per spostarsi verso altri territori. Per i musulmani, in un certo senso, compiere l'Egira rappresenta il contrario, ovvero abbandonare la terra dei miscredenti per recarsi nel luogo a loro destinato, poiché è la terra dell'Islam l'unico posto dove il musulmano può abitare (Shoukri, p.52). In tal senso, la migrazione del Profeta, che fugge dalla Mecca per diffondere il nuovo messaggio divino e professare l'Islam, non rappresenta un mero episodio biografico di Maometto ma preciso comando di Dio contenuto nel Corano e diretto ad ogni musulmano che vive in un luogo in cui sia oppresso per via della propria fede:

Quanto a coloro che gli angeli richiameranno mentre facevano torto a sé stessi, chiederanno loro: "Qual fu la condizione vostra?" ed essi risponderanno: "Siamo stati oppressi sulla terra". Ma verrà loro risposto: "La terra di Dio non era abbastanza vasta da permettervi di emigrare? [...] Chi emigra per la causa di Allah troverà sulla terra molti rifugi ampi e spaziosi. (IV, 97-100)¹⁰

Dunque, per i musulmani fisicamente e moralmente in grado di partire, cercare asilo e sicurezza altrove nel vasto regno di Dio diviene una responsabilità personale, oltre che un dovere religioso. Allo stesso tempo, la sacralità e doverosità del compiere l'Egira implica anche il dovere di concedere asilo e protezione ai migranti.

⁹ Etimologicamente, *hijrah* deriva dal verbo *hadjara*, ovvero 'rompere (o evitare) un'associazione con qualcuno' e denota essenzialmente una rottura di precedenti legami sociali. Cfr. W. M. WATT, sv. «HIDJRA» in *Encyclopédie de l'Islam*, [EI2], Tomo III, 1971 pg. 378.

¹⁰ Il medesimo concetto è ribadito in altri versetti del Corano. (cfr. Cor. IV 100; IX,)

5. *La concezione dell'asilo nell'Islam: prescrizioni coraniche ed evoluzione giuridica*

Uno dei passaggi centrali del Corano rispetto all'asilo è contenuto nella Sura del Pentimento (*Al Tawba*), che recita:

E se qualche associatore ti chiede asilo, concediglielo affinché possa ascoltare la Parola di Allah, e poi rimandalo in un posto sicuro (ma'man)! (IX, 6)

La Sura in questione, nei primi versi, ordina ai musulmani di troncare ogni relazione e dichiarare guerra ai politeisti i quali, trascorsi i quattro mesi concessi da Allah per convertirsi, si siano rifiutati di abbracciare la nuova fede e sono pertanto considerati nemici del *dar al Islam*. Rispetto a tale prescrizione, il passo in esame rappresenta una sorta di deroga: a chi di loro decida di farne richiesta, deve essere concesso asilo per informarsi sulla parola di Allah e di andarsene indisturbato.

L'espressione, *ma'man*, deriva dal vocabolo *aman*. Il termine, che letteralmente potrebbe tradursi come 'salvacondotto', nel corso del tempo venne comunemente utilizzato dai giuristi musulmani per indicare un tipo di protezione concessa ad uno straniero, ovvero il *musta'min*. Di fatto, l'*aman* ripropone la tradizione della *jiwar*, rappresentandone però la prosecuzione in un contesto sociale mutato: quello dello Stato islamico.

Il Corano sembrerebbe comunque prevedere dunque una forma di diritto di "asilo condizionato" e temporaneo finalizzato all'ascolto della parola di Dio, in cui l'obbligo di protezione nei confronti dello straniero che chiede asilo non è in alcun modo legato al dovere di proteggere quest'ultimo dai pericoli o dalle persecuzioni, ma semplicemente derivante dal dovere di ogni musulmano di divulgare la fede islamica, consentendo allo straniero, l'*harbi* (un non musulmano del *dar al harb*) di 'ascoltare la parola di Dio.

Nella nuova società islamica, dunque, l'asilo viene concepito solo nei confronti di un non fedele. Un musulmano in quanto tale non avrebbe infatti bisogno di chiedere asilo, poiché egli è già *de jure* un membro della comunità islamica. Nel *dar al islam*, l'unico straniero è dunque il miscredente che ha pertanto bisogno di chiedere esplicitamente una forma di protezione, poiché in terra musulmana non avrebbe altrimenti alcun diritto.

L'*aman* può essere attribuito da ciascun musulmano, sia egli uomo o donna – e secondo parte della dottrina financo da uno schiavo – ad uno o a più individui, pur sempre in numero limitato. Solo l'imam è titolato ad ac-

cordare l'*aman* ad un numero indeterminato di individui, come alla popolazione di una città o di un intero territorio.

L'*aman* diviene in seguito un istituto "laico" volto a favorire le relazioni commerciali e diplomatiche. Dalla fine del XII secolo, con l'espansione delle reti commerciali, le lettere di *aman* vennero sostituite da trattati commerciali internazionali tra le potenze musulmane e quelle cristiane che stabilivano diritti e tutele per gli stranieri nei rispettivi confini.

6. *Differenze e contatti con il diritto di asilo contemporaneo*

La particolarità dell'asilo islamico poggia su alcuni fattori fondamentali derivanti dalla tradizione e dalle caratteristiche della società araba ed islamica. In primo luogo, la forte associazione, presente sin dall'epoca preislamica, tra il concetto di ospitalità dello straniero e di protezione, fortemente incardinata nella società tribale. In secondo luogo, la forte connotazione confessionale della società araba ed infine l'assenza di entità inequivocabilmente associabili ai concetti di potere sovrano, confini, nazione e cittadinanza, laddove l'elemento identitario ed aggregante della società è il legame prima tribale e successivamente religioso, in base al quale è straniero è chiunque ne sia privo.

Con l'ascesa dell'islam, il concetto di nazione va sempre più delineandosi attorno all'idea della *umma* e dell'applicazione della *Shari'a*. In base a tale concezione, la sovranità non appartiene ad una persona, né ad una identità astratta definibile come Stato, bensì soltanto a Dio, ed il compito principale dei governi che amministrano i territori è quello di applicarne i precetti. Allo stesso tempo, lo straniero non è più colui che non appartiene alla tribù, ma colui che non crede nell'Islam.

Da questi aspetti deriva un'altra caratteristica che connota l'asilo islamico e lo differenzia fortemente da quello convenzionale-legale "occidentale", ovvero la natura essenzialmente privatistica della protezione, evidente nel caso della *jiwar* e dell'*aman*. Mentre nel diritto moderno l'asilo è per antonomasia una prerogativa statale, in quanto nessun privato cittadino potrebbe arbitrariamente concedere asilo a qualcuno, nella tradizione arabo-islamica la protezione è dipendente dalla concessione, più o meno arbitraria, di un singolo individuo che decide di offrire la propria protezione ad uno straniero. Da ciò discende logicamente che l'*aman* e la *jiwar* sono status *concessi*, da un privato che ha pieno discernimento sull'accoglimento della richiesta. Proprio questa natura, privata e, per così dire, *octroyée*, dell'asilo arabo-islamico, è dunque

una delle principali differenze rispetto al diritto di asilo moderno, che è invece qualificabile come pretesa piena, azionabile nei confronti delle autorità dello Stato di rifugio, chiamate a *riconoscere* lo *status* di rifugiato e non a concederlo.

DAL MAROCCO AL GLOBAL SOUTH: COME CAMBIA LA GEOGRAFIA DELLA POPOLAZIONE

Giuseppe Terranova*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'evoluzione del paesaggio demografico e migratorio del Marocco – 3. Dal Marocco al Global South: i nuovi trend demografici internazionali – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Ex Africa surgit semper aliquid novi. A confermare il noto adagio di Plinio il Vecchio è, stavolta, l'evoluzione del paesaggio demografico e migratorio del Marocco. Il Regno guidato da Mohammed VI è tra i primi Paesi africani a sperimentare uno schema noto agli Stati avanzati: lo sviluppo economico, l'urbanizzazione, l'aumento dei tassi di scolarizzazione, soprattutto femminile, sono oggi accompagnati da un calo del tasso di natalità e da una crescente indisponibilità della popolazione attiva a svolgere le cosiddette mansioni delle tre “D” (dirty, dangerous e degrading). Il risultato è una carenza di forza lavoro che ha costretto le autorità marocchine a promuovere politiche per attirare manodopera dall'estero.

Nulla di nuovo per il mondo occidentale, ma non per uno Stato localizzato in un continente storicamente associato a problematiche opposte a quelle fin qui menzionate. Dall'anno della sua indipendenza, nel 1956, il Marocco ha rappresentato l'idealtipo dei Paesi in via di sviluppo, ad alto tasso di natalità ed emigrazione, oltre a essere anche uno spazio chiave di transito per i candidati all'immigrazione che dall'Africa subsahariana ambiscono a raggiungere la Spagna e il resto d'Europa. A titolo esemplificativo si noti, ad esempio, che ancora oggi in Italia¹, Francia e Spagna la comunità marocchina è la più numerosa fra quelle provenienti da Stati extra-UE. Non è un caso che il governo di Rabat sia stato convinto a siglare negli ultimi anni accordi bilaterali con i partner della sponda Nord del Mediterraneo e con l'Unione europea per arginare, in cambio di ingenti finanziamenti, la pressione migra-

* Ricercatore (RTT) di Geografia economico-politica, Università degli Studi di Messina.

¹ Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *Comunità a confronto. Rapporto annuale sulla presenza dei migranti*, ANPAL, Roma, 2021.

toria dal suo Sud e per agevolare il rimpatrio dei suoi cittadini che tentano l'ingresso irregolare nell'UE. L'inversione del trend demografico e migratorio in Marocco è ancora più rilevante se si tiene conto, come si evidenzierà nella seconda parte di questo lavoro, che essa potrebbe rappresentare, più che un'eccezione, un'anticipazione di scenari replicabili in altri Stati africani².

2. *L'evoluzione del paesaggio demografico e migratorio del Marocco*

Storicamente, in assenza di eventi eccezionali come guerre, carestie e pandemie, la transizione demografica³, e in particolare il passaggio da un'alta a una bassa fertilità, riflette un lungo processo di adattamento delle abitudini agli effetti della crescita economica e sociale. È quanto avvenuto in Europa, dove il calo della natalità è stato il risultato di processi di sviluppo e modernizzazione. La storia dimostra che il benessere e la prosperità diffusa sono i contraccettivi più efficaci per qualsiasi popolazione in via di sviluppo.

Il caso del Marocco sembra in linea con questa teoria. Tra il 1960 e il 2022 il suo numero di abitanti è passato da 12,33 milioni a 37,46 milioni, mentre il tasso di natalità si è ridotto da 7,4 agli attuali 2,3. Un dato, quest'ultimo, che è ormai a ridosso di quel 2,1 che secondo i demografi è il numero minimo di figli che in media ogni donna dovrebbe avere per garantire la sostituzione generazionale. È quindi plausibile che l'aumento della popolazione marocchina, oggi rallentato, domani sarà azzerato, per poi cominciare un percorso di decrescita. All'invecchiamento "dal basso" (calo del tasso di natalità) si assocerà un invecchiamento "dall'alto" causato dall'allungamento dell'aspettativa di vita, che oggi si attesta intorno a 74 anni. Con un conseguente incremento dell'età media che, tra il 2013 e il 2022, è passato da 26,70 a 30,20 anni. Il risultato è che oggi l'economia marocchina domanda manodopera, perché quella interna scarseggia oppure rifiuta di accettare lavori non qualificati e poco retribuiti. Questo spiega la ragione per la quale, dopo quasi 60 anni di indipendenza segnati da un'emigrazione che ha prodotto una diaspora⁴ di 6 milioni di marocchini nel mondo, le autorità del

² A. Parant, *Le déclin de la natalité dans le monde et en Europe. Quel mécanisme explicatifs? Quelle géographie?*, in *Les analyses de Population et Avenir*, 2023/4, n.46, pp.1-25.

³ G.F. Dumont, *Géographie des populations. Concepts, dynamiques, perspectives*, Armand Colin, Paris, 2023.

⁴ E. Zeino-Mahmalat, *Le Maroc comme carrefour migratoire et pays d'accueil : quels défis*

Regno sono state chiamate a ridisegnare la politica migratoria per attirare forza lavoro dall'estero.

La disciplina normativa in materia rimane quella del 2003⁵, con una forte impronta securitaria influenzata dal tragico attentato islamista di Casablanca dello stesso anno e dagli accordi bilaterali che il Marocco ha firmato con i Paesi europei, garantendo loro, in cambio di ingenti finanziamenti, massima cooperazione nel contrasto all'immigrazione irregolare dall'Africa verso la Spagna e il resto dell'UE. Tuttavia dal 2014 il governo ha cominciato ad approvare una serie di decreti e programmi specifici per favorire l'ingresso di manodopera straniera. Pivot di questo nuovo corso è la Strategia Nazionale per l'Integrazione e l'Asilo⁶, che, ad esempio, garantisce agli immigrati la copertura sanitaria e l'accesso all'istruzione, anche nel caso in cui essi siano privi di regolare permesso di soggiorno.

Nel 2014 e nel 2017 sono stati, inoltre, approvati due provvedimenti che hanno sanato lo status di oltre 50 mila immigrati irregolari, per lo più da Mali, Niger e Burkina Faso. A ciò vanno aggiunti gli accordi bilaterali che garantiscono procedure agevolate di ingresso e soggiorno in Marocco ai cittadini di determinati Paesi dell'Africa occidentale, come ad esempio il Senegal, che ha un forte legame storico e religioso (sufismo) con Rabat. Mentre queste iniziative hanno provato a dare risposta alla domanda di lavoratori stranieri, all'apertura del comparto produttivo nei confronti dei nuovi arrivati è corrisposta la chiusura ostile di ampi settori della pubblica opinione. Questo *mismatch* tra economia e società, che è un classico della storia dell'immigrazione, nel caso in questione ha due spiegazioni.

La prima: la maggioranza dei marocchini ha almeno un parente emigrato e fa fatica a non percepire gli immigrati come una minaccia in un Paese che, per quanto in crescita, è ancora ricco di diseguaglianze.

La seconda: il razzismo nei confronti degli abitanti dell'Africa subsahariana ha origine antiche⁷, tutt'oggi vive⁸, anche negli Stati del Maghreb come il Marocco.

È stata, dunque, l'economia a dettare il nuovo corso della politica migra-

pour le futur ?, in N. Khrouz e N. Lanza (a cura di), *Migrants au Maroc*, 2015, pp.231-256.

⁵ K. Natter, *The Formation of Morocco's Policy Towards Irregular Migration (2000–2007): Political Rationale and Policy Processes*, in *International Migration*, vol.52, 2014, pp. 15-28.

⁶ D. Lemmi, O. Sall, M. Simonelli, M. Valenza, *Rather than looking for scapegoats, Morocco is cashing in on South-South migration*, *The New Humanitarian*, 16 January 2024.

⁷ C. Coquery-Vidrovitch, *Petite histoire de l'Afrique*, La Découverte, Paris, 2011.

⁸ J.P. Bodjoko, *Sub-Saharan Africa and the Maghreb: Identity crisis, racism, conflict*, in *La Civiltà Cattolica*, July 28, 2023.

toria del Regno. Gli imprenditori in cerca di manodopera a basso costo sono la principale lobby pro-immigrazione del Paese. I nuovi arrivati trovano principalmente impiego nel settore agricolo, in particolare nella regione meridionale di Agadir, che produce il 9% del PIL, dove anche da irregolari è facile trovare lavoro; e nel settore dei call center, di cui il Marocco è diventato uno degli *hub* internazionali grazie a un pacchetto di agevolazioni fiscali a favore delle multinazionali che decidono di investire nel Paese. In questa transizione, sia pur ancora agli albori, da terra di emigrazione e transito a meta di immigrazione, il Marocco conta circa 700 mila immigrati dall'Africa subsahariana⁹ e un numero crescente di marocchini della diaspora che hanno scelto di rientrare in patria. Sono dati destinati ad aumentare nel prossimo futuro per le ragioni sostenute all'inizio di questo lavoro e confermate da diversi studiosi internazionali¹⁰.

Si tratterebbe di una dinamica simile, scontate le dovute differenze, a quella osservata lungo il Rio Grande, che, come il Mediterraneo, segna una delle più importanti frontiere dell'immigrazione internazionale. In questo caso a svolgere il ruolo del Marocco è stato il Messico. Dal 1960 al 2008, 12 milioni di messicani sono emigrati negli Stati Uniti. Tuttavia dal 2010, per la prima volta negli ultimi sessant'anni, si è registrato un saldo netto negativo dei flussi migratori Messico-Usa¹¹. Le cause di questa inversione di tendenza sono simili a quelle relative al Marocco: crescita economica, urbanizzazione, scolarizzazione, soprattutto femminile, crollo del tasso di natalità dai 7 figli per donna del 1970 agli attuali 2. Oggi il Messico, come il Marocco, è ancora un Paese di emigrazione, ma sempre più di transito e anche di destinazione.

3. *Dal Marocco al Global South: i nuovi trend demografici internazionali*

Le cause e le conseguenze dell'inversione del trend demografico, oltre che migratorio, in Marocco possono assumere un'ulteriore rilevanza se lette su scala continentale e globale. Dall'analisi dei dati resi noti dalle Nazioni Unite e da diversi analisti, centri di statistica e ricerca internazionali, emerge

⁹ D. El Ghazouani, *A growing destination for sub-saharian Africans, Morocco wrestles with immigrant integration*, in *Migration Policy Institute*, July 2, 2019.

¹⁰ S. Benjelloun, *Les migrants subsahariens au Maroc: enjeux d'une migration de residence*, in *Afrique (s) en mouvement*, n.1, 2019, pp-95-97.

¹¹ G.Bolaffi, G.Terranova, *Immigrazione. Cause, problemi, soluzioni*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019.

che il rallentamento della crescita della popolazione marocchina, così come quello di altri Paesi del Maghreb, si pensi alla Tunisia, non è un'eccezione ma l'anticipazione di scenari replicabili nel resto dell'Africa. Non solo. È possibile sostenere che l'Africa, al netto delle profonde disuguaglianze al suo interno, stia cominciando a sperimentare tendenze demografiche e migratorie non lontane da quelle già osservate in parte dell'Asia e in molte regioni del Global South, che comprende i Paesi in via di sviluppo e le potenze emergenti alternative a quelle occidentali.

L'Asia, in effetti, ha anticipato i cambiamenti in atto nello scenario africano. La Cina ha recentemente ceduto all'India il suo storico primato di Paese più popoloso al mondo, sebbene anche la crescita demografica indiana stia rallentando. Secondo le proiezioni delle Nazioni Unite, nel 2023 l'India ha raggiunto 1,428 miliardi di abitanti contro 1,425 miliardi della Cina, che ha registrato il primo arretramento della sua popolazione dopo oltre sessant'anni¹². Nel 1971, Cina e India avevano una media di sei figli per donna, mentre oggi si attestano rispettivamente a 1,2 e 2 figli, entrambi al di sotto del livello di sostituzione generazionale di 2,1. La popolazione indiana dovrebbe raggiungere il picco intorno al 2064 e poi diminuire gradualmente.

Il continente africano non rappresenta un'eccezione nel trend globale di rallentamento dell'aumento della popolazione. L'Africa sembra essersi avviata da tempo su una traiettoria di contenimento della crescita demografica. Le previsioni allarmistiche di un incremento esponenziale dei suoi abitanti dagli attuali 1,4 miliardi a 4 miliardi entro il 2100 non sono supportate dai nuovi dati a disposizione della comunità scientifica internazionale. Si stima che la popolazione dell'Africa subsahariana potrebbe raggiungere il picco già nel 2060, 40 anni prima di quanto previsto dalle stime delle Nazioni Unite all'inizio del Terzo Millennio¹³.

Sebbene la popolazione africana continui a crescere, il suo tasso di fertilità sta diminuendo più rapidamente del previsto, rispecchiando una tendenza osservata nei Paesi dell'Asia orientale grazie allo sviluppo sociale ed economico degli ultimi anni. Incrociando i dati delle Nazioni Unite con quelli emersi da uno studio dall'Agenzia per la cooperazione allo sviluppo del governo statunitense (USAID), si scopre ad esempio che tra il 2017 e il 2021 il tasso di natalità della Nigeria è sceso da 5,8 a 4,6. Se questa tendenza dovesse

¹² X. Peng, *China's population is about to shrink for the first time since the great famine struck 60 years ago. Here's what it means for the world*, in *The Conversation*, 2024.

¹³ The Economist, *The world's peak population may be smaller than expected*, May 4, 2023.

continuare, la popolazione nigeriana potrebbe raggiungere il picco di 342 milioni nel 2060, 200 milioni in meno rispetto a quanto stimato dall'Onu un decennio fa. Lo stesso vale per una parte dei Paesi del Sahel e dell'Africa Occidentale. Tra il 2015 e il 2021, ad esempio, in Mali il tasso di natalità è sceso da 6,3 a 5,7; in Senegal da 4,9 a 3,9; in Gambia 5,6 a 4; in Ghana da 4,2 a 3,8. Questi cali porteranno l'Africa occidentale ad avvicinarsi ai tassi di natalità, già in diminuzione, dell'Africa meridionale e orientale. Per non parlare del Maghreb, protagonista del più rapido declino della natalità in Africa negli ultimi 70 anni¹⁴: complessivamente, in Libia, Tunisia, Algeria e Marocco si è passati da una media di sette figli per donna del 1950 agli attuali 2,4.

Le Nazioni Unite segnalano, inoltre, che oggi due terzi della popolazione mondiale vive in un Paese con un tasso di natalità inferiore alla soglia di sostituzione generale di 2,1 figli per donna. E, come emerge da un recente studio pubblicato su *Lancet*¹⁵, su scala globale il numero dei nati vivi ha raggiunto l'apice nel 2016 con 142 milioni ed è già sceso a una media di 129 milioni nel 2021. Le previsioni indicano che la natalità continuerà a diminuire in tutto il mondo. E rimarrà bassa anche in caso di politiche di sostegno alla famiglia perché la storia della demografia insegna che persino gli interventi normativi più robusti e articolati hanno uno scarso impatto sui comportamenti riproduttivi di una popolazione. Esemplificativo è il caso della Francia, che da inizio Novecento vanta una sofisticata, e ben finanziata, politica di incentivo e supporto alla natalità, e che, però, non è mai più riuscita a riconquistare il primato di Paese più popoloso d'Europa che ha perso a fine Ottocento a favore della Germania¹⁶.

4. Conclusioni

Il caso del Marocco può forse essere un'occasione per ripensare le modalità di analisi dell'evoluzione delle dinamiche della geografia della popolazione, e di conseguenza dell'immigrazione, su scala globale. I dati fin qui esposti

¹⁴ Agence française de développement, *A dramatic drop in fertility across Africa*, March 5, 2021.

¹⁵ AA.VV., *Global fertility in 204 countries and territories, 1950-2021, with forecasts to 2100: a comprehensive demographic analysis for the Global Burden of Disease Study 2021*, in *Lancet*, n.403, 2024, pp. 2057-2099.

¹⁶ G. Terranova, *Geografia della popolazione in Francia. L'eccezione transalpina tra movimenti migratori e politiche demografiche*, in *Bollettino della Società Geografica Italiana*, serie XIII, vol. III, 2011, pp.311-326.

sembrano smentire quanto sostenuto nel 1798 dal reverendo Thomas Robert Malthus¹⁷ sulle catastrofiche conseguenze che l'esponenziale aumento demografico mondiale avrebbe determinato sulla Terra, destinata a esaurire in tempi brevi la sua capacità di garantire i mezzi di sussistenza a tutti i neonati. Sulla base di questa tesi, che ha avuto per lungo tempo una forte eco internazionale, nel 1972 la pubblicazione del report *I limiti alla crescita*¹⁸ riscontrò altrettanto successo. Gli autori, un gruppo di autorevoli scienziati internazionali del Club di Roma fondato nel 1968 presso l'Accademia dei Lincei, prevedevano l'imminente consumo delle risorse naturali del nostro Pianeta a causa della inarrestabile crescita demografica internazionale.

Gli abitanti della Terra sono passati dai 2,5 miliardi del 1950 agli attuali 8 miliardi, ma sono emersi due fattori che l'approccio malthusiano non aveva tenuto in debita considerazione.

Il primo è che le crisi alimentari e le carestie, quando si verificano, sono il risultato di tensioni geopolitiche (si pensi al conflitto tra Russia e Ucraina, due dei maggiori produttori mondiali di grano e fertilizzanti) e di disuguaglianze tra il Nord e il Sud del globo. Certo, l'impronta ecologica dell'uomo sulla Terra ha favorito il moltiplicarsi di eventi climatici estremi, ma fino a oggi la disponibilità di risorse naturali combinata con l'innovazione dei sistemi produttivi ha garantito i beni essenziali alla stragrande maggioranza del globo terrestre.

Il secondo è che, come abbiamo osservato in questo lavoro, il tasso di natalità ha iniziato a rallentare e, in un crescente numero di Paesi, a diminuire. Il Giappone, Paese simbolo dell'inverno demografico che attraversiamo, nel 2023 ha censito il calo senza precedenti di 837 mila abitanti, in media circa 100 persone in meno ogni ora negli ultimi dodici mesi.

È per queste ragioni che, come ha rilevato *The Economist*¹⁹ in un recente numero speciale sul tema, persino il Club di Roma ha rivisto al ribasso le proprie previsioni, segnalando che la nostra Terra non rischia più la bomba demografica paventata negli anni Settanta. I gravissimi problemi che affliggono la demografia moderna sono di natura opposta a quelli sostenuti da Malthus e dai suoi seguaci. Lo sviluppo tecnologico del dopoguerra ha fatto sì che non ci fosse scarsità di cibo, ma semmai di risorse economiche per

¹⁷ T.R. Malthus, *An Essay on the Principle of Population*, Printed for J. Johnson, in St. Paul's Church-Yard, London, 1798.

¹⁸ D.H. Meadows, *The Limits to Growth: The 30-year Update*, Earthscan, London, 2004.

¹⁹ The Economist, *The world's peak population may be smaller than expected*, May 4, 2023.

comprarlo. La diffusione della ricchezza è stata e probabilmente resterà il miglior anticoncezionale, non solo in Europa ma nel resto del mondo.

È uno scenario che pone sfide non meno complesse di quelle causate dalla sovrappopolazione: dalla sostenibilità dei sistemi di Welfare alla competizione globale per formare, attrarre, gestire e accogliere risorse umane che scarseggiano, fino alla necessità di investire in innovazioni tecnologiche che aumentano il valore della catena dei sistemi produttivi (es. *cloud*, *industrial internet of things*, intelligenza artificiale, manifattura additiva, realtà aumentata, robot, etc.). Entro la fine di questo secolo, per la prima volta dalla peste nera del 1300, gli abitanti della Terra potrebbero diminuire anziché crescere²⁰. La causa non sarà l'incremento dei decessi, ma il calo delle nascite: dal *baby boom* al *baby bust*. Saremo ancora chiamati a gestire “bombe demografiche” localizzate, ma l'incremento della popolazione mondiale ha rallentato. La grande novità è che il continente africano non è immune da questo trend demografico internazionale. Con i Paesi del Maghreb, come il Marocco, a fare da apripista.

²⁰ AA.VV., *Popolazione e potere*, in *Aspenia*, 2, giugno 2023, pp.1-9.

L'ITALIA E LA GESTIONE DELLE MIGRAZIONI DALLA LIBIA: TRA BLOCCHI ALL'ARRIVO INDISCRIMINATI E CORRIDOI UMANITARI ESCLUSIVI

Maria Vittoria Forte*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Esternalizzazione e accesso all'asilo nell'intesa Roma-Tripoli. – 3. Protocolli di intesa per il progetto corridoi umanitari – evacuazioni dalla Libia. – 4. Riflessioni conclusive. Un contrappeso adeguato?

1. *Introduzione*

Secondo le stime UNHCR, nel 2023 quasi duemila migranti hanno perso la vita nel Mediterraneo centrale, nel tentativo di raggiungere l'Europa¹.

Questo *mare di morti* risponde, in parte, a specifiche e persistenti scelte politico-giuridiche, su scala nazionale ed europea, declinate, nel corso degli anni, nel consolidamento della cooperazione con i principali Paesi di origine e transito dei migranti. L'esternalizzazione delle barriere all'ingresso ha, di fatto, spostato le operazioni di controllo e contenimento dei flussi irregolari negli Stati terzi "strategici", contribuendo così a limitare o finanche impedire l'esercizio del diritto d'asilo².

Contestualmente, si è promosso il rafforzamento dei canali *legali e sicuri* per coloro che necessitano di protezione internazionale, con il triplice obiettivo di: sostenere i suddetti Paesi "strategici", favorire le iniziative internazionali di reinsediamento e ammissione umanitaria e migliorare la gestione complessiva della migrazione³.

In tale controverso scenario, sembra allora rilevante far luce sul ruolo attribuito e attribuibile a tali canali di accesso legali nelle politiche di asilo,

* Dottoranda in Politiche Pubbliche di Coesione e Convergenza nello Scenario europeo, Università degli studi di Napoli "Federico II".

¹ UNHCR, *Dead and Missing at Sea, Mediterranean and Northwest African maritime routes*, consultato il 14.02.25.

² Tra tutti, da ultimo, S. NICOLOSI, *Externalisation of Migration Controls: A Taxonomy of Practices and Their Implications in International and European Law*, in *Netherlands International Law Review*, n. 71, 2024, pp. 1-20.

³ Considerando n. 2, Raccomandazione (Ue) 2020/1364 della Commissione del 23 settembre 2020.

nonché ragionare sull'eventuale effettiva capacità di queste procedure a fare da contrappeso alle politiche di contenimento dei governi.

A tal fine, il presente contributo si propone di esaminare, nello specifico, la politica italiana in materia di gestione delle migrazioni dalla Libia, quale principale Paese di transito per i migranti che si spostano dall'Africa subsahariana verso il territorio della Repubblica. Oggetto dei paragrafi a seguire sarà, pertanto, l'interazione tra la reiterata intesa italo-libica e i corridoi umanitari, con particolare attenzione all'impatto di ambedue le forme di cooperazione sull'accesso all'asilo per i migranti dal territorio libico.

2. Esternalizzazione e accesso all'asilo nell'intesa Roma-Tripoli

La cooperazione italo-libica in materia di migrazione risale al *Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione* del 2008, che mirava a contrastare l'immigrazione "clandestina" e a rafforzare il controllo delle frontiere e del mare adiacente. In esecuzione dell'art. 19 del trattato, l'Italia si impegnava a sostenere la costruzione di centri di detenzione per migranti "illegali", elargire fondi e personale specializzato per il rafforzamento della sorveglianza ai confini e predisporre pattugliamenti marittimi congiunti al largo delle coste libiche. Operazioni che si concretizzarono nella prassi dei respingimenti collettivi in alto mare verso la Libia, per i quali l'Italia fu condannata dalla Corte Edu nella sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* (ric. n. 27765/09).

La condanna all'Italia nel caso *Hirsi* e il crollo del regime Gheddafi nel 2011 portarono, tuttavia, a un minor ricorso agli strumenti di contenimento, che si manifestò, a sua volta, in numeri ancora più drammatici di morti in mare. A fronte di ciò, anche su impulso europeo⁴, il 2 febbraio 2017, il governo italiano e il governo di Al-Sarrāj conclusero il "Memorandum di intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, [...] e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana"⁵ (d'ora in poi: *Memorandum*). In breve, in linea con la

⁴ V. Consiglio Europeo, *Dichiarazione di Malta dei membri del Consiglio europeo sugli aspetti esterni della migrazione: affrontare la rotta del Mediterraneo centrale*, Press release, 3 febbraio 2017.

⁵ Presidenza del Consiglio, *Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana*, disponibile al sito: <https://www.governo.it/sites/governo.it/files/Libia.pdf>.

più ampia strategia politica dell'Unione Europea (UE) in materia, l'Italia concordava così di supportare sul piano logistico, finanziario e tecnologico le attività libiche di sorveglianza della frontiera e di rafforzamento del sistema dei centri di detenzione, con il fine ultimo di «garantire la riduzione dei flussi migratori *illegali*»⁶ in partenza dalla Libia. Di fatto, il *Memorandum* sostituiva la pratica dei *push-backs* attuati dalle autorità italiane verso il territorio libico con quella dei cosiddetti *pull-back* o *push-backs by proxy*, i quali prevedono la detenzione e il rimpatrio dei migranti in Libia «sotto l'esclusivo controllo del Ministero dell'Interno libico»⁷, con il sostegno italiano ed europeo.

Il *Memorandum* solleva molteplici questioni giuridiche, tanto sul piano costituzionale quanto del diritto sovranazionale⁸. Preme qui però concentrarsi sull'incidenza dello stesso sulla contrazione dei diritti umani e dell'accesso all'asilo per i migranti dalla Libia.

Come il precedente accordo, anche il *Memorandum* del 2017 manca di riferimenti espliciti alla tutela dei diritti umani fondamentali, *in primis* il diritto a non subire torture o trattamenti inumani e degradanti, al diritto all'asilo e al *non-refoulement*⁹. Difatti, sebbene l'art. 5 menzioni i *diritti*, impegnandosi a rispettare gli «obblighi internazionali e [gli] accordi sui diritti umani di cui i due Paesi siano parte», tale richiamo appare largamente insufficiente a garantire una tutela effettiva dei diritti dei migranti, specie se si tiene conto che – come evidenziato da cospicua giurisprudenza e, recentemente, dalla Cassazione nel caso *Asso28*¹⁰ – al momento della stipula, la Libia non era uno Stato sicuro¹¹, se non altro perché non aveva aderito alla Convenzione di Ginevra per i rifugiati, era priva di un effettivo sistema di accoglienza, e ospitava centri di detenzione per stranieri, ove i migranti correvano «l'elevato rischio di essere sottoposti a trattamenti inumani e degradanti»¹².

⁶ Considerando n. 11 del *Memorandum*, corsivo aggiunto.

⁷ Considerando n. 9 del *Memorandum*.

⁸ Tra gli altri, A. ALGOSTINO, *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2017, pp. 139-182; A. REYHANI et al., *Challenging the Externalised Obstruction of Asylum – The Application of the Right to Asylum to EU Cooperation with Libyan Coast Guards* 2019. Disponibile su: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3361889.

⁹ Basti notare la mancata attenzione nel testo alla possibile presenza di richiedenti asilo e rifugiati tra i «clandestini» in partenza dalla Libia verso l'Italia.

¹⁰ Cass. Pen., sez. V, sentenza del 1° febbraio 2024 n. 4557.

¹¹ V. in merito anche Cass. Pen., sez. VI, sentenza del 16 dicembre 2021 n. 15869; Cass. Pen., sez. V, sentenza del 1° febbraio 2024 n. 4557.

¹² Cass. Pen., sez. V, sentenza n. 4557/2024, punto 1 del ritenuto in fatto. In merito ai trattamenti inumani e degradanti perpetuati nei centri di detenzione libici si veda la pletora di

Tra le pronunce della Cassazione sui respingimenti in Libia, la recente sentenza n. 4557/2024 merita particolare attenzione almeno in ragione di un altro profilo: l'interpretazione del principio di *non-refoulement* data dalla Corte. Nel caso di specie, la Cassazione ha qualificato la consegna dei 101 migranti alla motovedetta libica ad opera del comandante dell'imbarcazione *Asso28*, battente bandiera italiana, come «danno grave, consistente nel loro respingimento collettivo». In sostanza, richiamando i numerosi riferimenti normativi internazionali, comunitari e nazionali sul punto¹³, nonché il caso *Vos Thalassa*¹⁴ ed il caso *Hirsi*, la Corte ha ribadito che l'Italia è vincolata al rispetto del principio di *non-refoulement* anche in alto mare, al di fuori dei propri confini, evidenziando inoltre l'obbligo per le autorità statali di ottenere rassicurazioni e informazioni sull'effettivo trattamento cui tutti i soggetti respinti verrebbero esposti in caso di respingimento.

Seguendo tale opzione interpretativa e considerato che la zona SAR «libica» - istituita in attuazione del *Memorandum* - «non risulta ancora operativa»¹⁵, si potrebbe dunque sostenere che lo stesso coordinamento con la Guardia costiera libica, se non accompagnato da verifiche fattuali atte a valutare la sicurezza del luogo di ricovero per i singoli migranti, potrebbe esporre gli stessi ad un rischio personale, concreto e attuale di sottoposizione a trattamenti inumani e degradanti e risultare in respingimenti collettivi. Inoltre, mancando la Libia di un effettivo sistema di accoglienza per richiedenti asilo, tali condotte potrebbero risultare anche in violazioni del diritto di cercare protezione in altri Paesi¹⁶ e del diritto costituzionale all'asilo *ex* art. 10 co. 3 Cost., inteso come diritto soggettivo perfetto direttamente applicabile, il cui contenuto minimo è proprio il diritto all'ingresso nel territorio italiano¹⁷.

denunce presentate da rapporti di organismi internazionali e ONG, anche precedenti alla stipula del *Memorandum* (v. tra tutti il [Rapporto del segretario generale ONU](#), 2018).

¹³ Tra i riferimenti normativi: artt. 3 e 14 della CEDU; art. 4 del Protocollo addizionale, art. 33 della Convenzione di Ginevra; art. 19 della Carta di Nizza.

¹⁴ Cass. Pen., sez. VI, sentenza del 16 dicembre 2021 n. 15869.

¹⁵ Cass. Pen., sez. V, sentenza n. 4557/2024, punto 5.7 del considerato in diritto. Secondo la Convenzione SAR di Amburgo del 1979, infatti, una zona SAR è operativa se, quantomeno, dispone di un'organizzazione tecnico-operativa e assetti navali e aerei idonei a garantire la sicurezza delle persone eventualmente in difficoltà, e se offre porti sicuri per lo sbarco rapido delle persone soccorse (Conv. SAR, par. 3.1.9, modificato nel 2004). Tuttavia, la Libia non dispone di tali requisiti né offre porti sicuri di sbarco (v. anche Tribunale di Napoli, sentenza n. 1643/21 del 13 ottobre 2021).

¹⁶ Art. 14 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

¹⁷ Secondo tale interpretazione dell'asilo costituzionale, evocata, da ultimo, dal Tribunale civile di Roma nella dibattuta sentenza del 28 novembre 2019 n. 22917/2019, qualora lo Stato

Potendo difficilmente credere che l'attuale *status quo* in Libia sia meno lesivo dei diritti umani fondamentali¹⁸ e visto il tacito rinnovo dello stesso *Memorandum*, parrebbe dunque potersi concludere che il *Memorandum* del 2017, ostacolando l'accesso al territorio italiano per *tutti* i migranti, continui – sul piano fattuale – a depotenziare lo stesso diritto costituzionale all'asilo.

3. *Protocolli di intesa per il progetto corridoi umanitari – evacuazioni dalla Libia*

Nel dicembre 2017, in seguito ad accordi *ad hoc* con l'UNHCR (e tra UNHCR e governo libico), l'Italia ha realizzato la prima operazione di evacuazione *diretta* dalla Libia. Quest'operazione, sostanzialmente simile ai programmi di reinsediamento, era finalizzata principalmente alla messa in sicurezza delle persone, configurandosi dunque come una pratica di carattere fortemente emergenziale¹⁹.

Parallelamente, nel 2021, a fronte della drammatica situazione dei migranti in Libia e su iniziativa della Comunità di Sant'Egidio, della Chiesa evangelica valdese e della Federazione delle Chiese Evangeliche (FCEI), lo

impedisca l'accesso al territorio italiano (e quindi alla procedura) a un richiedente attraverso «fatti illeciti», come i respingimenti collettivi, l'art. 10 co. 3, Cost., direttamente applicabile, garantirebbe al richiedente il diritto di accedere nel territorio italiano per veder esaminata la propria domanda. Va tuttavia specificato che il contenuto del diritto all'asilo costituzionale resta oggetto di ampio dibattito scientifico. Alcuni autori sostengono l'interpretazione qui avanzata (v. C. PANZERA, *Il diritto all'asilo. Profili costituzionali*, Napoli, 2020; F. RESCIGNO, *Il diritto all'asilo e la sua multiforme (non) attuazione*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2020, pp. 99-145), mentre altri ritengono l'asilo costituzionale interamente attuato dagli status di rifugiato, protezione sussidiaria ed “ex” protezione umanitaria, negando un diritto implicito di accesso al territorio (v. G. DEL TURCO, M. SAVINO, *Chi è stato illegittimamente respinto ha diritto di rientrare in Italia?*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, gennaio 2020).

¹⁸ *Medicins sans frontiers, People are beaten, sexually abused and killed in Libyan detention centres*, Project update, 6 December 2023.

¹⁹ Diversamente dalle pratiche di reinsediamento, i migranti evacuati, una volta in Italia, vengono considerati richiedenti asilo, senza un riconoscimento immediato di protezione. Analogamente ai reinsediamenti, invece, tali pratiche attribuiscono un ruolo centrale all'UNHCR, che detiene l'esclusiva competenza di identificazione dei più *vulnerabili* tra alcuni dei migranti detenuti in Libia, limitatamente a determinate nazionalità. Anche in questo caso, il processo selettivo è privo di rimedi giurisdizionali per quanti esclusi dal programma. V. sul punto il rapporto Caritas italiana, *Oltre il mare. Primo rapporto sui Corridoi Umanitari in Italia e altre vie legali e sicure d'ingresso*, Roma, 2019.

Stato italiano decideva di introdurre anche nel contesto libico la pratica dei corridoi umanitari²⁰: una forma istituzionalizzata di cooperazione pubblico-privata per l'ingresso e l'accoglienza in Italia di un certo numero di persone *vulnerabili* bisognose di protezione internazionale, provenienti da specifici Paesi di primo asilo, attraverso canali protetti (solitamente, il rilascio del visto umanitario, *ex art. 25* reg. 810/2009/CE).

Ad aprile 2021, infatti, gli enti di natura religiosa di cui sopra ed i rappresentanti dei Ministeri degli Affari Esteri e dell'Interno firmarono il *Protocollo di intesa per la realizzazione del progetto corridoi umanitari-evacuazioni dalla Libia*, disciplinando il trasferimento legale in Italia di 500 potenziali beneficiari di protezione internazionale detenuti in territorio libico. Tale Protocollo, sulla falsariga di quelli precedentemente sottoscritti per l'attivazione di corridoi da altri Paesi²¹, disciplinava: a) i criteri di individuazione dei beneficiari del progetto; b) gli impegni delle Parti firmatarie; c) il Paese di attuazione e i tempi di realizzazione del progetto; d) la predisposizione di attività di monitoraggio e valutazione.

Il contesto libico, tuttavia, differiva da quelli degli altri Protocolli: in Libia bisognava prioritizzare la messa in sicurezza delle persone (come peraltro suggerisce la denominazione stessa del Protocollo). In funzione di tale finalità, dunque, nell'attuazione di questi corridoi, venivano meno due delle maggiori peculiarità del modello adottivo dei "classici" corridoi umanitari: il ruolo degli enti religiosi nelle attività di identificazione e accoglienza dei beneficiari, e la capacità di predisporre processi di accoglienza *ad hoc*, vista l'impossibilità di colloqui preliminari approfonditi²².

L'art. 4 del Protocollo prevedeva, infatti, che i 300 beneficiari a carico del sistema pubblico di accoglienza (60% del totale) fossero selezionati direttamente dalle già esistenti liste UNHCR, e solo i restanti 200 segnalati all'UNHCR (quindi aggiunti alle preesistenti liste) da Sant'Egidio, Tavola Valdese e FCEI, tradizionalmente prime responsabili dell'identificazione di tutti i beneficiari²³.

²⁰ Sui corridoi umanitari, tra tutti, L. GALLI, *Quale ruolo degli attori pubblici nella sponsorship privata dei rifugiati? Una riflessione sull'esperienza italiana alla luce di quella canadese*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2022, pp. 133-165; R. MOROZZO DELLA ROCCA, *Corridoi umanitari*. Milano, 2023.

²¹ V. C. SICCARDI, Quali vie di ingresso legale per i richiedenti protezione in Europa? Contesto europeo e costituzionale, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza* n. 2/2022, pp. 74-132.

²² V. Caritas italiana, *op. cit.*

²³ Questo aspetto assume particolare rilevanza se si considera che, come avviene per le

Tale criticità si aggiungeva a quelle già insite nei processi di identificazione dei corridoi umanitari “classici”, che risultano *opachi*²⁴, discrezionali e privi di opportune tutele giuridiche per i migranti, incluse quelle tipiche del giusto procedimento amministrativo. In ambedue le tipologie di corridoio, la valutazione di ulteriori caratteristiche personali dei potenziali beneficiari, altre rispetto al (già vago) criterio della vulnerabilità, sembrerebbe rischiare di compromettere il principio di imparzialità. Rischio amplificato, nel caso dei corridoi dalla Libia, dalla mancanza di definizione e chiarezza delle modalità attraverso cui gli stranieri detenuti potevano far pervenire le proprie richieste di accesso ai corridoi alle organizzazioni, nonché dall'iniqua capacità di accesso dei richiedenti ai colloqui con l'UNHCR²⁵. Parimenti, in entrambi i casi, i richiedenti non parrebbero disporre di rimedi giurisdizionali in caso di mancato inserimento nelle liste UNHCR, e, pertanto, le organizzazioni, in esecuzione di tali processi di individuazione, sembrerebbero filtrare irrimediabilmente l'accesso al diritto all'asilo.

Il secondo elemento atipico nei corridoi umanitari dalla Libia riguardava, invece, la ripartizione degli oneri nella partnership pubblico-privata (art. 4 del Protocollo). In questo caso, infatti, l'impegno pubblico andava oltre le consuete operazioni di verifica e rilascio dei visti, prevedendo la presa in carico diretta da parte dello Stato per ben 300 dei 500 beneficiari previsti. Tali 300 richiedenti asilo, quando trasferiti in Italia, venivano affidati ai servizi del Sistema di accoglienza e integrazione (SAI) garantiti dai Comuni italiani, non usufruendo, quindi, dei tipici processi di accoglienza individualizzati gestiti dagli enti privati. Ne derivava, pertanto, un ruolo più attivo dell'amministrazione pubblica, che, tuttavia, risultava ancor più difficile da conciliare con l'arbitrarietà propria dei processi selettivi e la mancanza di rimedi giurisdizionali. Inoltre, anche nel caso libico, sembrava mancare qualsivoglia attività di controllo e vigilanza pubblica sugli enti parte al progetto, sulle loro condotte attuative e sui servizi da loro erogati.

Le criticità già evidenziate si sommano, infine, a quelle tipiche del modello classico dei corridoi umanitari, prima tra tutte la mancanza di una chiara cornice normativa. Difatti, la pratica dei corridoi rimette l'accesso alla prote-

evacuazioni, l'UNHCR può selezionare beneficiari appartenenti esclusivamente a nove nazionalità. Quindi, in assenza di questo seppur limitato margine di manovra degli enti privati, molti potenziali beneficiari *particolarmente vulnerabili* si sarebbero trovati irrimediabilmente esclusi dal progetto.

²⁴ C. [SICCARDI](#), op. cit., p. 103.

²⁵ V. Caritas italiana, op. cit.

zione internazionale in Italia a un protocollo amministrativo, attuato in larga misura – in modo discrezionale e senza adeguati controlli – da soggetti privati.

Nel dicembre 2023, comunque, gli stessi enti aderenti al Protocollo del 2021, cui si sono aggiunti ARCI e INMP, hanno sottoscritto un nuovo *Protocollo di intesa per la realizzazione del progetto corridoi umanitari – evacuazioni dalla Libia*. Pur ricalcando in gran parte il precedente, il nuovo protocollo stabiliva l'arrivo sicuro in Italia di 1500 potenziali rifugiati, di cui, questa volta, solo il 40% a carico degli enti pubblici.

Ad oggi, 592 migranti dalla Libia hanno raggiunto l'Italia e sono stati accolti sul territorio della Repubblica grazie a questo programma²⁶.

4. *Riflessioni conclusive. Un contrappeso adeguato?*

Allo stato attuale, la strategia politica nazionale per la gestione dei flussi migratori dalla Libia risulta ancipite tanto quanto quella degli anni 2017-2020. Il governo Meloni ha, da un lato, rinnovato il *Memorandum*, ponendo così un limite all'accesso all'asilo in Italia per i migranti dalla Libia, e, dall'altro, sottoscritto un programma per nuovi corridoi umanitari dalla Libia, garantendo così l'accesso alla protezione e all'accoglienza ad alcuni rifugiati dal contesto libico.

Tuttavia, allo stato attuale, i corridoi umanitari, di natura concessoria e *complementare*, non sembrerebbero di per sé idonei a garantire il diritto all'asilo, sistematicamente e manifestatamente negato alle migliaia di persone migranti rimpatriate e trattenute in un luogo *non sicuro*.

Pertanto, l'attivazione dei corridoi umanitari nel contesto libico, se non accompagnata da azioni aggiuntive quali, a titolo esemplificativo, il rafforzamento di operazioni di soccorso in mare, l'inserimento nel *Memorandum* di specifici obblighi di tutela dei diritti umani e la ratifica per le autorità libiche della Convenzione di Ginevra del 1951, non sembrerebbe poter legittimare il processo di esternalizzazione delle barriere all'ingresso proprio della cooperazione italo-libica passata e presente.

²⁶ Dati UNHCR, disponibili al sito: <https://www.unhcr.org/it/notizie-storie/comunicati-stampa/libia-arrivati-a-fiumicino-139-rifugiati-con-i-corridoi-umanitari/>