



Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos
Ordre juridique international et Droits de l'Homme

Gli Speciali

Marzo 2020

Controllo e gestione dei flussi migratori nell'Europa del Sud

Studio comparato dell'esperienza spagnola e italiana

ORDINE INTERNAZIONALE E DIRITTI UMANI

Gli Speciali

Diretti da CLAUDIO ZANGHÌ, LINA PANELLA, CARLO CURTI GIALDINO

ORDINE INTERNAZIONALE E DIRITTI UMANI

Gli Speciali

Diretti da CLAUDIO ZANGHÌ, LINA PANELLA, CARLO CURTI GIALDINO

COMITATO SCIENTIFICO

Rafâa Ben Achour – Anthony Arnull – Aldo Bernardini – Antonio Remiro Brotons – Ruggiero Cafari Panico – Mario Pio Calogero – Zlata Drnas Clement – Jean-Paul Costa – Emmanuel Decaux – Kerstin Von der Decken – Alejandro del Valle Gálvez – Angela Del Vecchio – Angela Di Stasi – Carlos Villan Duran – Osman El Hajjié – Juan Manuel Faramiñan Gilbert – Pablo Antonio Fernandez Sanchez – Paolo Fois – Olivier de Frouville – Giancarlo Guarino – Slim Laghmani – Jaime Ferrer Lloret – Sergio Marchisio – Paolo Mengozzi – Claudia Morviducci – Massimo Panebianco – Nicoletta Parisi – Piero Pennetta – Stelios Perrakis – Yves Petit – Carlos Jimenez Piernas – Fabián Salvioli – Tullio Scovazzi – Paul Tavernier – Christian Tomuschat – Sebastian Touzé – Takis Tridimas – Ennio Triggiani – Ugo Villani – Jorge E. Viñuales.

COMITATO DI REDAZIONE

Responsabile: Carlo Curti Gialdino

Componenti: – Francesco Battaglia – Raffaele Cadin – Nicola Colacino – Luigino Manca – Michele Messina – Francesca Perrini – Anna Pitrone – Valentina Zambrano

Criteri di referaggio:

I contributi de *Gli Speciali* sono sottoposti, in forma assolutamente anonima, a tre *referees*, che decideranno, a maggioranza, sulla pubblicazione senza modifiche, con modifiche ovvero sulla non pubblicazione.

Controllo e gestione dei flussi migratori nell'Europa del Sud

Studio comparato dell'esperienza spagnola e italiana

© Copyright - *Ordine internazionale e diritti umani*

Supplemento al n. 1/2020

marzo 2020

ISSN 2284-3531



Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos
Ordre juridique international et Droits de l'Homme

INDICE

LINA PANELLA, <i>Introduzione</i>	I
VÍCTOR LUIS GUTIÉRREZ CASTILLO, <i>Introducción</i>	III

Parte I

Controlli alla frontiera dei flussi migratori e immigrazione

PIETRO GARGIULO, <i>Recenti tendenze della cooperazione internazionale in materia di migrazioni. Contenuto, potenzialità e limiti del Global Compact on Migration</i>	1
FRANCESCA PELLEGRINO, <i>L'obbligo di soccorso e il divieto di respingimento nel diritto internazionale e sovranazionale</i>	11
STEFANO AGOSTA, <i>Dalla certezza del diritto all'incertezza dei diritti (costituzionali) degli stranieri vulnerabili: il rischio della singolare nemesi delle Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale ed immigrazione</i>	24
RABIÀ M'RABET TEMSAMANI, <i>Maghreb-Europe face au controle du flux migratoire: le role du Maroc</i>	36
GIANFRANCO GABRIELE NUCERA, <i>La disciplina italiana sul trattenimento dei richiedenti asilo a fini d'identificazione e la sua conformità agli obblighi internazionali derivanti dalla Convenzione europea dei diritti umani</i>	52
LUCIA IONE PADILLA ESPINOSA, <i>La Guardia europea de fronteras y costas en la gestión integrada de las fronteras exteriores de la Unión Europea</i>	66
FRANCESCO LUIGI GATTA, <i>Politiche migratorie respingenti e controllo rafforzato delle frontiere: l'impatto sui diritti umani della gestione della crisi dei rifugiati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo</i>	77
GIULIA COLAVECCHIO, <i>L'impatto del Decreto sicurezza sugli istituti di trattenimento dei migranti e dei richiedenti asilo alla luce del Diritto internazionale e dell'Unione europea</i>	89
DANIELE MUSMECI, <i>I diritti umani dei migranti in Libia: due anni di vigenza del Memorandum d'intesa Italia-Libia</i>	103

Parte II

La gestione della migrazione nei Paesi del Sud Europa

MARCO CALABRÒ, <i>La possibile rimodulazione del ruolo degli enti locali nella gestione dei flussi migratori</i>	116
KATARZYNA GROMEK-BROC, <i>Too little too late: assessing the EU's legal framework on the protection of unaccompanied minors in emergency situations</i>	132
ANA MERCEDES LÓPEZ RODRÍGUEZ, <i>La interacción entre el Derecho internacional privado y el Derecho migratorio</i>	151
ADELE MARINO, <i>Salvaguardia della vita umana in mare e poteri del comandante</i>	174
MICHELE MESSINA, <i>Alcuni recenti chiarimenti della Corte di giustizia UE in materia di presa o ripresa in carico di un richiedente protezione internazionale</i>	189
ANNA PITRONE, <i>La disciplina europea della migrazione economica</i>	205
ANNA LAZZARO, <i>La giurisdizione in materia di immigrazione: criteri di riparto e sindacato del giudice amministrativo</i>	218
FRANCESCO MARTINES, <i>La tutela procedimentale e giurisdizionale del migrante in Italia</i>	232
FRANCESCA PERRINI, <i>Principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di tutela dei richiedenti asilo in Italia</i>	244
VALENTINA PRUDENTE, <i>Espulsione prefettizia e tendenze giurisprudenziali. Diritti fondamentali dello straniero, obblighi formali e garanzie processuali</i>	256
FERNANDO LLAGAS GELO, MAGDALENA REIFS LOPEZ, <i>La Coordinación administrativa en la gestión de los flujos migratorios en España, especial consideración a las administraciones locales</i>	273
FRANCESCO SICILIANO, <i>La rilevanza giuridico-amministrativa del "migrante irregolare"</i>	286
LAURA PERGOLIZZI, <i>Administrative cooperation between EU Member States for the application of the "Dublin system"</i>	296
MIRKO FORTI, <i>Le conseguenze giuridiche dell'applicazione del regolamento (UE) 2016/679 nella gestione dei flussi migratori</i>	304

Parte III

Immigrazione irregolare e criminalità organizzata. L'espulsione dei migranti irregolari

MARIA TERESA COLLICA, <i>Il reato di immigrazione clandestina, tra (in)effettività e simbolismo</i>	315
JONATÁN CRUZ ÁNGELES, <i>Estudio del desarrollo e implementación de las denominadas "Fronteras inteligentes" en la Unión europea</i>	339

ANTONINA ASTONE, <i>Esigenze di solidarietà e sicurezza nella tutela civile del minore straniero non accompagnato</i>	355
EMANUELE LA ROSA, <i>Soccorso in mare e criminalizzazione “diretta” e “indiretta” delle ONG.</i>	365
ALBERTO RANDAZZO, <i>Migrazioni e atti politici (prendendo spunto dal caso “Diciotti”)</i>	378
ALBERTO MARCHESE, <i>Diritto all’immigrazione e problematiche sanitarie: le nuove frontiere dell’accoglienza</i>	390
FRANCESCO ANGELONE, ANGELA CARUSO, <i>“La sponda Sud”: Do we really care about them?</i>	411
EUGENIO CARLI, <i>Gestione dei flussi migratori e obbligo di non refoulement: cenni sulla recente prassi italiana in materia di respingimento ed espulsione di presunti migranti irregolari</i>	425
LETIZIA VALENTINA LO GIUDICE, <i>Il “Porto Sicuro” tra negazione dei diritti umani e obblighi internazionali di protezione</i>	442
GIUSEPPE ROMEO, <i>Organizzazioni criminali transnazionali e migranti: “aguzzini” e “vittime” nei traffici illeciti di persone</i>	453

INTRODUZIONE

LINA PANELLA*

Nel corso degli ultimi quindici anni, l'Europa ha acquistato – o meglio recuperato – una posizione centrale nella geografia migratoria globale. Per motivi di collocazione geografica e di struttura socio-demografica, il continente è, nel contempo, esposto a migrazioni spontanee e «indesiderate». La necessità di trovare soluzioni che possano costituire un giusto bilanciamento tra la tutela di chi scappa da guerre, persecuzioni o anche da situazioni ambientali negative e le possibilità di accoglienza dei singoli Stati, è sempre più stringente. Certamente gli Stati del sud Europa sono quelli più esposti a questi continui flussi migratori: le rotte utilizzate dai migranti per raggiungere l'Europa sono sensibilmente cambiate dalla fine del 20° secolo, ed il Mediterraneo è diventato “a great communicating vessel”. Per raggiungere il Vecchio Continente, la porta di ingresso è rappresentata dalla Grecia, dalla Spagna e dall'Italia. Gli effetti di queste migrazioni sono ben visibili, non solo “fisicamente” con la presenza sempre più cospicua di persone provenienti dal Nord-Africa nelle nostre città, ma anche nei toni allarmistici assunti non solo dai mass-media circa le conseguenze sociali ed economiche che questa presenza potrebbe provocare o nello sviluppo di movimenti sovranisti apparentemente desiderosi di difendere l'indipendenza e la sovranità statali.

Ma ci sono anche delle conseguenze politiche, meno visibili ma altrettanto importanti. Basti pensare alle posizioni molto diversificate degli Stati all'interno dell'Unione europea che molto spesso hanno portato all'adozione di normative in contrasto non solo con i valori fondanti dell'Europa, ma anche con alcuni principi di diritto internazionale, come il principio di *non refoulement* o il divieto di trattamenti inumani e degradanti, o più in generale il rispetto dei diritti umani.

Questi ed altri problemi sono affrontati in questo volume, risultato di una ricerca condotta da docenti appartenenti a diverse Università italiane e spagnole, nell'ambito di un accordo di collaborazione tra l'Università di Messina, l'Università di Jaen e l'Università di Teramo. L'approccio seguito è quello multidisciplinare come è giusto che sia per la trattazione di un argomento complesso e dalle diverse anime come quello dell'emigrazione. Tuttavia, i singoli lavori hanno tutti un comune *leit-motiv*, cioè l'idea secondo la quale le migrazioni, i movimenti di popolazioni, non possono essere più considerate un fatto contingente e, quindi, affrontati in modo emergenziale, ma piuttosto come una inevitabile conseguenza delle attuali e future relazioni tra gli Stati.

Il volume è diviso in tre parti. Nella prima viene affrontato il problema dei controlli dei flussi migratori sia dal punto di vista del diritto internazionale che dal punto di vista del diritto interno italiano e spagnolo, mettendone in evidenza gli aspetti positivi, ma anche le carenze soprattutto dal punto di vista della protezione dei diritti umani.

La seconda sessione è, invece, dedicata alla gestione della migrazione nei Paesi del Sud Europa ed agli strumenti che la Corte di Giustizia dell'Unione europea e la Corte europea di

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università di Messina.

diritti dell'uomo da un lato, e le amministrazioni statali dall'altro hanno adottato in tale materia.

Infine, nell'ultima parte, dal titolo "Immigrazione irregolare e criminalità organizzata. L'espulsione dei migranti irregolari", il fenomeno migratorio viene studiato dal punto di vista del diritto penale, evidenziando come molto spesso il migrante venga considerato, anche dalle normative interne, il "nemico" da emarginare ed escludere, senza alcun riguardo per la tutela dei diritti fondamentali che gli spettano in quanto persona.

Tutti i contributi del volume sono stati sottoposti a doppio referaggio secondo le procedure previste per la pubblicazione nella rivista *Ordine Internazionale e Diritti Umani*.

INTRODUCCIÓN

VÍCTOR LUIS GUTIÉRREZ CASTILLO*

Como es sabido, la Unión Europea constituye un único espacio común multinacional, libre de fronteras; circunstancia ésta que le da un carácter transnacional al fenómeno migratorio, constituyendo uno de los principales retos de nuestras sociedades. Y es que, desde sus inicios, una de las cuestiones claves en las políticas de la Unión ha sido la relativa a la gestión de los flujos migratorios, tanto internos como procedentes de terceros países. Política que se ha desarrollado, en buena parte, gracias a la celebración de acuerdos de cooperación transfronteriza, cuyo valor trasciende del mero control de fronteras, constituyendo un medio para lograr objetivos geopolíticos.

Tras la caída de varios regímenes del Magreb y a causa de los sucesivos conflictos internos acaecidos en la costa sur del Mediterráneo (Libia, Siria...), numerosos acuerdos bilaterales de cooperación en materia migratoria y de control de fronteras se han visto frustrados en los últimos años. Circunstancia ésta que, unida a la persistente inestabilidad política y securitaria de la región, ha dado lugar a un aumento de la inmigración irregular en la cuenca mediterránea. Como consecuencia de ello, España e Italia se han convertido en la principal y más importante frontera de acceso al viejo continente. De hecho, desde hace más de una década existen en el Mediterráneo distintos corredores de entrada irregular, utilizados por inmigrantes procedentes no solo del Magreb, sino también del África subsahariana (Mali, Senegal, Gambia, Costa de Marfil etc.). Flujos que, si bien en un principio respondían a una lógica económica (dirigidos al sur de Europa donde los mercados laborales tenían una creciente demanda de mano de obra y permitían su regularización por la vía del empleo), ahora responden más bien a razones políticas e, incluso, humanitarias. Dando lugar a la irrupción en la agenda política europea del complejo fenómeno de los refugiados.

El resultado inmediato de lo expuesto ha sido el hecho de que, de forma constante y continuada, las fronteras españolas e italianas se han visto desproporcionadamente afectadas en comparación con las de otros países miembros de la Unión, cuya ubicación geográfica está mucho más alejada de los países de origen y tránsito.

En todo este contexto, no podemos olvidar el hecho de que, si bien el derecho internacional reconoce a todo individuo el derecho de salir de cualquier país, incluido el propio, no contempla, sin embargo, el derecho a entrar en otro. Siendo, en definitiva, los Estados los sujetos internacionales que retienen la prerrogativa soberana de decidir los criterios de admisión y expulsión de los no nacionales, especialmente aquellos en situación irregular. Prerrogativa está que, en el caso que nos ocupa, queda condicionada por los compromisos jurídicos y políticos adquiridos en el marco de la Unión Europea. Precisamente para reflexionar y debatir todas estas cuestiones desde una perspectiva jurídica, los coordinadores de esta obra entendimos necesaria la realización de una investigación en la que especialistas de distintas nacionalidades del Mediterráneo (y distintas

* Director del Departamento de Derecho Público y Común Europeo de la Universidad de Jaén.

disciplinas) pudieran reflexionar sobre las causas y consecuencias del *ius migrandi* y el control de fronteras en los países del sur de Europa.

Desde esta premisa, en una primera parte de esta obra se examina el tema del control de los flujos migratorios desde una óptica de derecho comparado, abordando cuestiones tan sugerentes como complejas (la cooperación internacional en materia de migración...). La gestión de la inmigración en los países del sur, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en la materia han sido abordados en la segunda parte. Para terminar varios autores han reflexionado, principalmente desde la óptica del derecho penal, sobre el fenómeno de la inmigración irregular y la criminalidad organizada, así como la expulsión de inmigrantes irregulares. Provocando, de este modo, una interesante (y necesaria) confrontación en relación con las nuevas políticas penales que han conducido a una “criminalización del hecho migratorio” en las sociedades de recepción.

Parte I

Controlli alla frontiera dei flussi migratori e immigrazione

**RECENTI TENDENZE DELLA COOPERAZIONE INTERNAZIONALE IN MATERIA DI
MIGRAZIONI. CONTENUTO, POTENZIALITÀ E LIMITI DEL *GLOBAL COMPACT ON
MIGRATION****

PIETRO GARGIULO**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il processo di elaborazione del GCM. – 3. La natura giuridica del GCM. – 4. Il contenuto del GCM. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

In questo scritto saranno presentate alcune riflessioni sul *Global Compact on Migration* (di seguito GCM) che, come è ampiamente noto, è il documento più recente relativo all'architettura globale per la cooperazione internazionale in materia di migrazioni¹. In particolare l'attenzione sarà rivolta agli aspetti di seguito indicati.

Anzitutto, si svolgeranno alcune considerazioni sulla elaborazione del GCM e, quindi, sul complesso negoziato di cui è stato oggetto, anche perché consente di evidenziare le differenze, talvolta profonde, esistenti tra gli Stati e gli altri attori rilevanti per quanto concerne la gestione del fenomeno migratorio sul piano internazionale. Seguiranno, poi, alcune riflessioni sulla natura giuridica del documento, in parte – ma solo in parte – all'origine della sua mancata approvazione da parte di alcuni Stati (Stati Uniti, Ungheria, Repubblica ceca, Israele e Polonia), mentre diversi altri Stati, tra cui l'Italia, si sono astenuti. La conclusione su questo aspetto sarà nel senso che l'assenza del carattere giuridico vincolante nella forma dell'atto che ha recepito il GCM non significa che lo stesso non abbia rilevanza giuridica. Quest'ultima, però, è in larga parte connessa al contenuto del GCM e ai meccanismi

* Il Presente lavoro è stato elaborato nell'ambito delle attività di ricerca svolte dall'autore in qualità di responsabile scientifico dell'Unità di ricerca dell'Università degli Studi di Teramo su "Cooperazione internazionale in materia di flussi migratori tra sovranità dello Stato e tutela dei diritti delle persone" nell'ambito del PRIN 20174EH2MR su "Migrazioni internazionali, Stato, sovranità, diritti umani: questioni giuridiche aperte".

** Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Teramo.

¹ Tra i primi lavori sul GCM si segnalano: E. GUILD, S. GRANT, *Migration Governance in the UN: What is the Global Compact and What Does it Mean?*, in *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper*, No. 252/2017, reperibile online; T. GAMMELTOFT-HANSEN, E. GUILD, V. MORENO-LAX, M. PANIZZON, I. ROELE, *What is a Compact? Migrants' Rights and State Responsibility Regarding the Design of the UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, in *Raul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian law*, 2017, reperibile online; N. R. MICINSKI, *Implementing the Global Compact for Migration. The role of States, UN Agencies, and Civil Society*, Friedrich Ebert Stiftung, Berlin, 2018, reperibile online; C. CARLETTI, M. BORRACCETTI, *Il Global Compact sulla Migrazione tra scenari internazionali e realtà europea*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 2, 2018, p. 7 ss.; A. PETERS, *The Global Compact for Migration: To Sign or not to Sign?*, November 21, 2018, reperibile online ejiltalk.org; A. SPAGNOLO, *"We are tidying up": The Global Compact on Migration and its Interaction with International Human Rights Law*, March 1, 2019, reperibile online ejiltalk.org; A. BUFALINI, *The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: What is its contribution to International Migration Law*, in *Quest. Int. Law, Zoom-in*, 58, 2019, p. 5 ss.

previsti per dare seguito alla sua attuazione e, eventualmente, alla sua revisione. Un profilo, questo, che sembra guadagnare un certo spazio considerate le recenti iniziative dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, di cui si dirà nelle conclusioni. Prima di ciò, l'attenzione sarà rivolta all'esame del contenuto del GCM, toccando alcuni aspetti dello stesso. Infine, saranno svolte alcune considerazioni di carattere generale sulla capacità o meno di questo documento di essere un punto di riferimento per il rilancio della cooperazione internazionale in materia di migrazioni.

2. Il processo di elaborazione del GCM

Per quanto riguarda l'elaborazione del GCM, anzitutto meritano di essere richiamate – sia pure brevemente – le precedenti iniziative della Comunità internazionale in materia di migrazioni. In verità, ciò che si vuole mettere in rilievo è che il dibattito internazionale su questo tema non è nuovo. In proposito, per rimanere all'essenziale, si possono ricordare le iniziative dei “Dialoghi ad alto livello delle Nazioni Unite sulle migrazioni e lo sviluppo” (2006 e 2013) e del “Forum globale su migrazione e sviluppo” (lanciato nel 2007), nonché il contributo dalle stesse fornito all'adozione della “Dichiarazione di New York sui rifugiati e i migranti” del 19 settembre 2016 che, oltre ad essere la presa di posizione più significativa della Comunità internazionale sui diversi temi sollevati dai flussi migratori della nostra epoca (i movimenti massicci di migranti e rifugiati), è l'atto nel quale gli Stati membri dell'ONU hanno assunto l'impegno di elaborare il GCM².

È proprio a questo documento, per la ragione appena indicata, che si ritiene di dover riservare un'attenzione particolare descrivendone brevemente i contenuti.

La Dichiarazione nella parte introduttiva mette in evidenza le caratteristiche attuali del fenomeno migratorio, le molteplici cause dalle quali lo stesso genera, l'apparato normativo internazionale di riferimento (il diritto internazionale dei diritti umani, il diritto internazionale umanitario e il diritto dei rifugiati), ma anche lo stretto legame tra i temi relativi ai migranti e ai rifugiati e la necessità che la Comunità internazionale si applichi ad attuare gli obiettivi dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile. Il documento si articola, poi, in altre tre parti nelle quali sono delineati gli impegni comuni applicabili sia ai rifugiati che ai migranti e quelli che si applicano rispettivamente all'una e all'altra categoria di persone. Completano la Dichiarazione due annessi, il primo dedicato ai rifugiati, il secondo relativo alle iniziative per la realizzazione del patto globale per una migrazione sicura, ordinata e regolare.

Sulla base di questo documento è stata organizzata la preparazione e la conclusione del GCM attraverso il ruolo fondamentale del Presidente dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, affiancato da due Stati co-facilitatori (Messico e Svizzera) e dai Segretariati dell'ONU e dell'OIM, l'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni, che proprio nel 2016 è stata affiancata al Sistema delle Nazioni Unite con questo nuovo *status* di “related organization” e non come vero e proprio istituto specializzato³.

Il negoziato si è articolato in tre fasi tra il 2017 e il 2018 nelle quali sono state svolte attività di consultazione degli Stati e di tutti gli attori rilevanti, di analisi dei risultati della

² La Dichiarazione è stata adottata dall'Assemblea generale per *consensus* con la risoluzione 71/1.

³ Cfr. R. CADIN, *Ultimi sviluppi sull'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni: l'ingresso nel sistema delle Nazioni Unite e la proposta di creare una governance euro-mediterranea dei flussi migratori*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 3, 2018, p. 8 ss.

consultazione e, infine, di preparazione di una versione preliminare del patto globale per le migrazioni, poi definitivamente adottato nel corso della Conferenza intergovernativa svoltasi a Marrakech, in Marocco il 10 e l'11 dicembre 2018⁴. Il Marrakech Compact è stato, poi, approvato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con la risoluzione 73/195 del 19 dicembre 2018⁵.

È facile intuire che si è trattato di un processo negoziale molto complesso e articolato al quale hanno partecipato anche un numero significativo di organizzazioni non governative in rappresentanza della società civile internazionale⁶. Sia alla Conferenza di Marrakech sia all'Assemblea generale si è svolto, invece, un ampio e approfondito dibattito sui temi relativi alle migrazioni al quale hanno partecipato numerosi Stati e rappresentanti di organizzazioni internazionali, universali e regionali. Soprattutto per quanto concerne l'approvazione del documento nell'ambito dell'Assemblea generale il dibattito ha evidenziato le differenze, talvolta profonde, esistenti tra gli Stati su diversi aspetti del GCM e che hanno trovato una manifestazione rilevante nei voti contrari e nelle astensioni che si sono registrate all'atto dell'approvazione del documento⁷.

Proprio per questo, riteniamo utile fornire, qui di seguito, alcune delle indicazioni che sono emerse nel corso del dibattito nell'Assemblea generale.

In linea generale, gran parte degli Stati che hanno votato a favore del GCM lo hanno ritenuto, anzitutto, una cornice adeguata per assistere la Comunità internazionale nei suoi sforzi per affrontare i problemi che l'attuale fenomeno migratorio pone, per ottimizzare i benefici che ne possono derivare e per limitare i rischi e le sfide che si pongono agli individui e alle comunità dei Paesi di origine, di transito e di destinazione⁸. In secondo luogo, tali Stati non hanno percepito il documento come una minaccia alla propria sovranità⁹, quanto piuttosto come un aiuto per rafforzare le loro politiche in materia di migrazione. Ciascun Paese o gruppi di Paesi hanno, poi, valorizzato aspetti specifici del GCM in quanto relativi a problemi ritenuti di prioritaria importanza. Così, ad esempio, le isole del Pacifico identificate come *Pacific Island Developing States* hanno sottolineato il nesso che il GCM stabilisce tra migrazioni e clima e il rilievo dato alle migrazioni indotte dai disastri naturali, dagli effetti sfavorevoli dei cambiamenti climatici, dal degrado ambientale e da altre analoghe situazioni precarie. Gli Stati in questione hanno anche apprezzato l'idea di stabilire un piano per l'elaborazione di politiche volte ad affrontare specificamente le migrazioni indotte dai

⁴ Per il testo del *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration* v. UN Doc. A/CONF.123/3. Il testo del GCM è stato adottato dalla Conferenza di Marrakech per *consensus*. Sull'elaborazione del GCM v. ampiamente C. Carletti, M. Borraccetti, *op. cit.*, 16 ss.

⁵ La risoluzione in questione è stata approvata con 152 voti a favore contro 5 (Repubblica Ceca, Ungheria, Israele, Polonia e Stati Uniti) e 12 astensioni (Algeria, Australia, Austria, Bulgaria, Cile, Italia, Latvia, Libia, Liechtenstein, Romania, Singapore, Svizzera). Tutti gli interventi dei rappresentanti degli Stati che saranno citati in questo lavoro sono pubblicati in UN Doc. A/73/PV.60.

⁶ L'impegno della società civile per l'elaborazione del GCM può essere esaminato dettagliatamente attraverso i documenti (e altro) pubblicati online sul sito www.madenetwork.org.

⁷ V. *supra* nota 7.

⁸ V., ad esempio, l'intervento del rappresentante delle Figi e quello del rappresentante delle Filippine, UN Doc. A/73/PV.60, rispettivamente, p. 6 ss. e p. 5 ss. V. anche l'intervento del rappresentante del Regno Unito, *ivi*, p. 21.

⁹ Oltre agli interventi cit. alla nota precedente, v. quello del rappresentante della Namibia fatto a nome del Gruppo degli Stati africani, UN Doc. A/73/PV.60, p. 9 e quello del rappresentante del Canada, *ivi*, p. 10. V. anche l'intervento del rappresentante del Libano, *ivi*, 19 e quello del rappresentante della Danimarca (a nome anche di Islanda, Lituania, Malta, Paesi Bassi e con il supporto della Norvegia), *ivi*, p. 24.

cambiamenti climatici¹⁰. Altri Stati hanno invece sottolineato l'impegno per affrontare le cause principali dell'immigrazione illegale, strettamente connessa, d'altra parte, alla realizzazione dell'Agenda 2030 sullo sviluppo sostenibile¹¹. Non sono mancati, inoltre, Stati che, pur approvando il documento, hanno dichiarato il proprio disaccordo su singoli aspetti quali, ad esempio, il concetto di responsabilità condivisa che pone oneri a carico di Stati che non sono responsabili delle cause che hanno dato origine ai recenti fenomeni di migrazione forzata o il riferimento alla diretta correlazione tra cambiamenti climatici e migrazioni, ritenuto inappropriato in assenza di dati scientifici affidabili e universalmente riconosciuti¹². Tra gli Stati favorevoli all'adozione del documento vi sono anche quelli che hanno ritenuto di dover precisare, tra l'altro, la legittimità di misure volte a stabilire una netta distinzione tra migrazione regolare e irregolare rientrando ciò nella sovranità degli Stati rispetto alla quale nessuna interferenza esterna è ammissibile, o ancora la loro netta opposizione all'applicazione del principio di *non refoulement* ai migranti¹³.

Sul versante opposto, alcuni degli Stati contrari all'adozione del GCM hanno fatto prevalentemente ricorso all'argomento del controllo e della sicurezza delle frontiere e dell'ammissione di stranieri sul proprio territorio ritenuti tra le più importanti manifestazioni della sovranità statale e, pertanto, al diritto di ogni Stato, pur nel rispetto degli obblighi internazionali, di gestire l'accesso al territorio in conformità con le proprie leggi e politiche nazionali¹⁴. Altri oppositori al GCM facevano invece valere il fatto che si tratta di un documento squilibrato, tutto a vantaggio di un fenomeno che viene descritto in termini positivi – pretendendo addirittura che la migrazione sia considerata un diritto umano – e senza alcuna considerazione per il fatto che si tratta di un fenomeno pericoloso capace di destabilizzare i Paesi di origine e di transito e che può produrre enormi rischi alla sicurezza dei Paesi di destinazione¹⁵. Non è mancato, poi, chi ha criticato il GCM per la mancata distinzione tra migrazione regolare e irregolare, cosa che produce una significativa difficoltà ad adempiere ad alcune delle misure promosse dal documento, quali quelle relative alle certificazioni di identità, alla de-criminalizzazione dell'immigrazione irregolare e agli standard nazionali di detenzione dei minori¹⁶.

Diversi Paesi che si sono dichiarati a favore del multilateralismo e della cooperazione internazionale, specialmente per quanto riguarda un tema come quello delle migrazioni, si sono astenuti sull'adozione del GCM ritenendo che lo stesso fosse contrario ai loro legittimi interessi. In particolare, ciò che viene prevalentemente disapprovato è la mancata precisa distinzione tra migranti regolari e irregolari, sia in generale¹⁷, sia per quanto concerne

¹⁰ V. l'intervento del rappresentante delle Figi cit. a nota 10.

¹¹ V. l'intervento del rappresentante del Regno Unito già cit. in precedenza nota 10. In generale sul tema dello sviluppo sostenibile e le migrazioni v. K. NEWLAND, *Migration, Development, and Global Governance. From Crisis toward Consolidation*, in *Migration Policy Institute*, June 2019, reperibile online migrationpolicy.org.

¹² V. il riferimento del rappresentante russo ai complessi fenomeni migratori provenienti dal Medio Oriente e dal Nord Africa che sono ritenuti in larga parte il risultato delle politiche di ingerenza negli affari interni di Paesi di quelle aree. Per il delegato russo è agli Stati che attivamente hanno partecipato a tali forme di ingerenza che va attribuita la responsabilità principale anche del fenomeno migratorio. V. UN Doc. A/73/PV.60, p. 13.

¹³ V. gli interventi dei rappresentanti: della Cina, UN Doc. A/73/PV.60, p. 17 e del Libano già cit. a nota 11.

¹⁴ V., ad esempio, l'intervento del rappresentante degli Stati Uniti che ha dichiarato, tra l'altro, di ritenere il GCM e tutte le iniziative che l'hanno preceduto, volte a far avanzare la *governance* globale delle migrazioni, un danno alla sovranità degli Stati, UN Doc. A/73/PV.60, p. 7.

¹⁵ V. la posizione espressa dall'Ungheria, UN Doc. A/73/PV.60, p. 3.

¹⁶ V. in particolare gli interventi dei rappresentanti della Repubblica Ceca e della Polonia, UN Doc. A/73/PV.60, pp. 15-16.

¹⁷ V. gli interventi dei rappresentanti: dell'Austria, UN Doc. A/73/PV.60, p. 18 e dell'Australia, *ivi*, p. 20.

questioni quali il ricongiungimento familiare o i benefici della sicurezza sociale. Ancora, l'introduzione di nuovi requisiti per il rimpatrio dei migranti, addossando ai Paesi di destinazione il costo dell'integrazione economica e sociale nei Paesi di origine¹⁸. Inoltre, diverse astensioni sono state motivate con l'argomento che il GCM non tiene adeguatamente conto dei differenti contesti nazionali e delle diverse capacità, anche economiche, che gli Stati presentano per affrontare i problemi posti dalle migrazioni¹⁹. Altri Stati ancora hanno espresso il loro timore per il fatto che la richiesta del documento di maggiore pubblicità e diffusione delle informazioni sui requisiti normativi e amministrativi per l'ingresso regolare negli Stati richiesta dal documento possa risolversi sostanzialmente in un incoraggiamento alle migrazioni²⁰.

3. La natura giuridica del GCM

La natura giuridica del GCM è una questione sulla quale c'è stata una particolare attenzione, forse anche strumentalizzazione, da parte di alcuni Stati nella prospettiva di enfatizzare, per scopi elettorali nazionali, il loro dissenso persino rispetto a iniziative di cooperazione internazionale in materia di immigrazione anche se sfornite di forza giuridica vincolante. A dire il vero, come vedremo, il tema è stato trattato diffusamente da tutti gli Stati che hanno partecipato al negoziato per il GCM, anche quelli che poi si sono pronunciati favorevolmente sulla sua adozione.

Vale subito la pena indicare che il GCM espressamente prevede al par. 7 che esso costituisce «una cornice cooperativa *giuridicamente non vincolante* costruita sugli impegni concordati dagli Stati membri nella Dichiarazione di New York per i rifugiati e i migranti» (corsivo nostro). Quindi, nella sostanza, si tratta di un documento che stabilisce un quadro di riferimento per rafforzare la cooperazione in materia di migrazioni tra tutti gli attori rilevanti, riconoscendo che nessuno Stato può affrontare da solo il problema e senza incidere sulla loro sovranità così come limitata dagli obblighi derivanti dal diritto internazionale.

Dal punto di vista della sua natura giuridica, il GCM è pertanto riconducibile a quell'ambito che gli studiosi del diritto internazionale (ma non solo) amano definire “soft law”, cioè quella “zona grigia”, come è stata abilmente definita²¹, tra diritto e non diritto (o anche tra politica e diritto). L'importanza del “soft law” sta nel fatto che – come molti studiosi ritengono – una netta distinzione tra diritto e non diritto nella dimensione internazionale non aiuterebbe a capire la complessità del fenomeno normativo internazionale e, soprattutto, gli indirizzi della *governance* mondiale.

Quindi, dal punto di vista formale, il GCM è un documento che non pone obblighi giuridici in capo agli Stati che hanno concorso ad adottarlo. Tuttavia, esso non è del tutto irrilevante dal punto di vista giuridico. Sotto questo profilo, viene in rilievo, anzitutto, il fatto che un simile documento potrebbe essere da stimolo alla elaborazione e adozione di un trattato internazionale nella materia. In secondo luogo, riprendendo qui idee comunemente diffuse tra gli studiosi del diritto internazionale rispetto agli atti non vincolanti delle organizzazioni internazionali, in particolare nel sistema ONU, esso potrebbe fare, da un lato,

¹⁸ V. l'intervento del Cile in UN Doc. A/73/PV.60, p. 12.

¹⁹ V. l'intervento di Singapore, UN Doc. A/73/PV.60, pp. 13-14.

²⁰ V. la posizione espressa dal rappresentante della Bulgaria, UN Doc. A/73/PV.60, p. 23.

²¹ V. A. PETERS, *The Global Compact for Migration*, cit., nota 3.

da *incipit* per lo sviluppo di una prassi degli Stati che, sedimentandosi, cristallizzandosi, potrebbe dare luogo a consuetudini internazionali, a regole generali del diritto internazionale, e, dall'altro, da elemento di conferma dell'esistenza di regole internazionali generali²². Quest'ultima è, tuttavia, un'ipotesi scarsamente applicabile al GCM considerata la pressoché unanime opinione che il tema delle migrazioni sia caratterizzato da una scarsa e frammentata disciplina internazionale fatta, da un lato, dal diritto internazionale del lavoro e dagli altri strumenti generali relativi ai diritti umani e, dall'altro, da una rete sempre più ampia di accordi regionali e bilaterali che disciplinano diversi aspetti relativi alle migrazioni, soprattutto le riammissioni, i controlli alle frontiere e le quote di lavoratori migranti²³.

Ancora, come tutti gli strumenti di "soft law", anche il GCM può essere utile ai fini dell'interpretazione di strumenti di "hard law" qualora dal suo testo fosse possibile ricavare elementi di dettaglio degli obblighi derivanti da strumenti convenzionali. Da questo punto di vista è utile segnalare che al par. 2 del GCM è indicata la cornice giuridica sulla quale il documento si fonda e che comprende trattati internazionali appartenenti a ambiti diversi: i diritti umani, la lotta al crimine organizzato e al traffico di esseri umani; l'ambiente; lo sviluppo sostenibile e il suo finanziamento. Inoltre, per il profilo ora considerato, non è superfluo ricordare che il GCM potrebbe essere un punto di riferimento per le autorità nazionali e in primo luogo per i giudici.

Meno utile, almeno nella sua formulazione attuale, il GCM mi sembra possa essere per colmare i gap normativi derivanti dal mancato "successo" di strumenti convenzionali rilevanti nella materia. Un esempio appropriato è costituito dalla Convenzione internazionale del 1990 sui diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie, anch'essa richiamata dal GCM tra i *core treaties* sui diritti umani, il cui fallimento è a tutti noto considerato lo scarso numero di ratifiche che ha ricevuto soprattutto da parte degli Stati europei che sono attualmente Stati di destinazione di un significativo fenomeno migratorio.

Ciò detto, tutti gli aspetti che abbiamo in precedenza considerato per "valorizzare" la dimensione giuridica connessa al GCM sono stati affrontati negli interventi degli Stati che hanno partecipato al negoziato, ma nella prospettiva di "comprimere", limitare, qualsiasi prospettiva di sviluppo o trasformazione in senso obbligatorio del contenuto del documento.

In tal senso si sono espressi, anzitutto, gli Stati che hanno votato favorevolmente all'atto dell'adozione del GCM, i quali hanno sottolineato il carattere non vincolante del documento e, quindi, la sua inidoneità a porre obblighi agli Stati o a creare un nuovo "diritto all'immigrazione". Inoltre, è stato anche sottolineato che il GCM non dovrebbe comportare la creazione di regole internazionali consuetudinarie o servire da strumento interpretativo, soprattutto per i giudici nazionali e internazionali, di regole internazionali convenzionali esistenti nella materia²⁴. Nella sostanza per gli Stati che hanno sostenuto e approvato il GCM, questo è considerata una cornice cooperativa che contiene una serie di opzioni, raccomandazioni e buone pratiche idonee a favorire l'elaborazione delle loro politiche nazionali e tenuto conto delle loro specifiche situazioni²⁵.

Il carattere non vincolante del documento e la sua inidoneità a costituire uno strumento interpretativo di obblighi internazionali o a favorire la creazione di norme generali nella

²² Fra molti v. B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, a cura di Massimo Iovane, XI ed., Napoli, 2018, p. 45 s., 65 ss. e 184 ss.

²³ V. A. M. TANZI, *A Concise Introduction to International Law*, Torino/The Hague, 2019, p. 197 ss.

²⁴ V. gli interventi dei rappresentanti di Namibia, El Salvador, Cina, Regno Unito già citati in precedenza. V. anche l'intervento del rappresentante della Norvegia, UN Doc. A/73/PV.60, p. 26.

²⁵ V. quanto sostenuto dal rappresentante della Slovenia, UN Doc. A/73/PV.60, p. 21.

materia sono stati tra gli argomenti più utilizzati dagli Stati che comunque hanno votato contro o si sono astenuti all'atto dell'adozione del GCM²⁶.

Da quanto indicato in precedenza riteniamo che nessuno possa mettere in dubbio il carattere non vincolante del GCM. Tuttavia, è da tenere presente che la prassi internazionale fornisce diversi esempi di testi formalmente non vincolanti che hanno avuto un impatto particolare sulle relazioni internazionali tra gli Stati che li avevano adottati e firmati. Mi limito a un unico esempio, l'Atto di Helsinki del 1975 che, come a tutti noto, concluse la prima fase dei negoziati nell'ambito della Conferenza sulla sicurezza in Europa, auto-trasformatasi poi in Organizzazione sulla cooperazione e la sicurezza in Europa nel 1994. Anche l'Atto di Helsinki è un documento di "soft law" che tuttavia ha dato vita, attraverso l'organizzazione di successive conferenze, i c.d. "seguiti" di Helsinki, a un sistema di cooperazione in materia di sicurezza, diritti umani, economia, tra gli Stati partecipanti di grande rilevanza e che ha avuto un ruolo importante anche nel contesto delle trasformazioni che hanno investito gli Stati dell'Europa Orientale dalla fine degli anni '80 del Novecento. Seguendo il filo di questo ragionamento, appare piuttosto evidente che anche rispetto al GCM l'attenzione vada rivolta sul contenuto e gli strumenti/procedimenti che lo stesso prevede al fine della sua attuazione e revisione.

4. Il contenuto del GCM

Come già indicato in precedenza, il GCM intende offrire la cornice di riferimento di una *governance* globale per una migrazione sicura, ordinata e regolare. I dieci principi guida sulla base dei quali sono poi costruiti i ventitre obiettivi nei quali si articola il GCM sono già di per sé indicativi della logica che ispira il documento. Anzitutto, la dimensione umana che propone, che mette al centro delle sue iniziative l'individuo e, quindi, il benessere dei migranti come membri delle comunità nei Paesi di origine, transito e destinazione. Nel ribadire, poi, il carattere non vincolante del documento, viene sottolineata la natura transnazionale del fenomeno migratorio e, quindi, l'assoluta necessità della cooperazione e del dialogo internazionale tra gli Stati a tutti i livelli per raggiungere gli obiettivi che pone. Certo la sovranità degli Stati resta un punto centrale e viene riaffermata riconoscendo l'autorità degli stessi di determinare le loro politiche migratorie e la gestione del fenomeno, nel rispetto, comunque, del diritto internazionale. Vengono, inoltre, riconosciuti lo Stato di diritto, l'equo processo e l'accesso alla giustizia come valori e regole fondamentali per tutti gli aspetti della *governance* delle migrazioni e, quindi, il fatto che costituiscono un punto di riferimento regolatore per Stati, istituzioni (pubbliche e private) e individui. Particolarmente importante è il richiamo allo sviluppo sostenibile e al fatto che l'Agenda 2030 abbia riconosciuto la migrazione come una realtà multidimensionale importante per i Paesi di origine, transito e destinazione, che necessita di essere affrontata in modo coerente per allinearla agli obiettivi dell'Agenda. La tutela dei diritti umani di tutti i migranti, indipendentemente dal loro *status*, è dichiarata come un punto di riferimento per l'attuazione del GCM ed è accompagnata dall'impegno degli Stati ad eliminare tutte le forme di discriminazione, incluso il razzismo, la xenofobia e l'intolleranza, contro i migranti e le loro famiglie. L'uguaglianza di genere e la

²⁶ Si rinvia a titolo di esempio agli interventi, già citati in precedenza, di Repubblica Ceca e Polonia tra gli Stati che hanno votato contro e all'intervento dell'Austria tra gli Stati che si sono astenuti. Tra gli Stati che hanno votato contro v. anche la posizione espressa dagli Stati Uniti, UN Doc. A/73/PV.60, p. 8.

cura particolare della tutela dei diritti delle donne e dei bambini sono considerati aspetti prioritari da promuovere nel contesto dell'attuazione del GCM. Infine, viene richiamata la necessità di un approccio globale (con il coinvolgimento di tutti gli attori interessati, istituzionali e non) della migrazione sul piano delle azioni dei governi e delle società.

Sulla base dei principi appena indicati, il GCM enuncia, nella sua parte sostanziale, ventitre obiettivi ciascuno dei quali prevede un impegno seguito da un'ampia indicazione di azioni ritenute rilevanti al fine di realizzare nel complesso una migrazione sicura, ordinata e regolare. È evidente che non è possibile in questa sede procedere a un esame dettagliato di tutti gli obiettivi e, quindi, ci si limiterà ad una sintesi estrema, appuntando l'attenzione solo su alcuni di tali obiettivi divisi secondo una ripartizione da altri formulata²⁷, con la speranza di offrire, comunque, un quadro sufficientemente esaustivo dei contenuti di questo documento.

Può essere utile iniziare indicando alcuni obiettivi (e relative misure) sui quali si è registrato un diffuso consenso da parte degli Stati nel corso del negoziato. In questo ambito viene certamente in rilievo l'obiettivo 1 relativo alla raccolta e all'utilizzo di dati accurati sui quali basare l'elaborazione delle politiche nazionali sulla migrazione. Usare dati affidabili e precisi, anche attraverso lo sviluppo di metodologie di analisi elaborate a livello internazionale, e favorire lo scambio di informazioni tra gli Stati, anche al fine di determinare le loro politiche in materia di immigrazione, è sicuramente un aspetto da guardare con favore, ma anche con estrema prudenza e attenzione considerata la recente tendenza degli Stati a raccogliere, collezionare e condividere dati personali (in verità soprattutto di stranieri, ma senza escludere i cittadini) in aperta violazione del diritto alla privacy garantito da diversi strumenti internazionali di tutela dei diritti umani a livello sia universale sia regionale²⁸.

Un diffuso sostegno ha raccolto anche l'obiettivo 4 volto a garantire che tutti i migranti abbiano prova della loro identità attraverso l'identificazione della nazionalità e una documentazione adeguata. Si tratta di un obiettivo che può avere un ruolo importante anche al fine di ridurre il fenomeno dell'apolidia, spesso incrementato dal fatto che gli Stati di origine dei migranti non li riconoscono e non li proteggono. Sotto questo profilo, l'impegno assunto dagli Stati a garantire la documentazione consolare adeguata, tempestiva, affidabile e accessibile appare sicuramente positivo. Anche in questo contesto però bisogna fare attenzione a misure che potrebbero costituire una violazione della privacy e della protezione dei dati da abusi come, ad esempio, la raccolta e la condivisione di dati biometrici. Consenso diffuso ha ricevuto anche l'obiettivo 14 relativo al rafforzamento della protezione, dell'assistenza e della cooperazione consolare sia in favore dei migranti sia tra gli Stati ciò anche al fine di favorire le interazioni tra i migranti e le autorità dei Paesi di origine, transito e destinazione.

Altri obiettivi sono invece molto ampi e con una valenza soprattutto programmatica, nel senso che possono essere raggiunti solo in tempi medio lunghi, come l'obiettivo 2 volto a ridurre i fattori che spingono le persone a lasciare i propri Paesi d'origine, e che necessariamente si fondano su tutte le iniziative politiche, economiche, sociali, ambientali e altro, capaci di creare in ogni Paese d'origine delle migrazioni le condizioni che permettano

²⁷ Cfr. K. NEWLAND, *The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: An Unlikely Achievement*, in *Int. Jour. Refug. Law*, 2018, p. 657 ss.

²⁸ A partire dall'art. 12 della Dichiarazione universale sui diritti umani del 1948, il diritto alla privacy è stato poi ripreso in altri strumenti internazionali universali (vedi, ad esempio, l'art. 17 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 1966) e regionali (vedi, ad esempio, l'art. 8 della Convenzione europea sui diritti umani del 1950).

alle persone di soddisfare le proprie aspirazioni senza essere costretti ad emigrare. Caratteristiche simili sembra presentare anche l'obiettivo 7 che mira ad affrontare e ridurre le vulnerabilità nelle migrazioni. A dire il vero, l'obiettivo in questione è molto ripetitivo nel ribadire le necessità di tutela dei bambini e delle donne migranti e dimentica, invece, la necessità di tutela di altri gruppi particolarmente vulnerabili e frequentemente vittime di efferata violenza (le persone lgbt, ad esempio). Molto ampio e generico è anche l'obiettivo 17 relativo all'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti dei migranti che cerca di promuovere all'interno delle società degli approcci alla migrazione e ai migranti capaci di generare una percezione più realistica, umana e costruttiva.

Tra gli obiettivi più controversi e che probabilmente necessitano di ulteriori confronti negoziali è possibile indicare l'obiettivo 5 relativo al rafforzamento della disponibilità e della flessibilità di cammini per l'immigrazione regolare. La lettura delle azioni previste per la realizzazione di tale obiettivo fornisce una chiara indicazione della mancanza di disponibilità degli Stati ad allargare le maglie delle loro politiche e normative sull'immigrazione, spesso contravvenendo anche alle necessità e alle esigenze del mercato del lavoro o alle legittime richieste di riunificazione familiare, contribuendo in tal modo ad accrescere l'irregolarità dei migranti e, ciò che è più grave, il loro sfruttamento. In questo contesto si può fare riferimento anche all'obiettivo 21 che riguarda la cooperazione nel facilitare un dignitoso e sostenibile ritorno, riammissione e reintegrazione dei migranti. Un obiettivo questo che certamente si fonda su alcuni lodevoli principi e azioni: divieto di espulsioni collettive, priorità ai ritorni volontari in luogo di quelli forzati, accordi con i Paesi d'origine per il ritorno dei migranti, particolare attenzione ai bambini. Tuttavia, tralasciando qualsiasi considerazione sull'assenza di riferimento in questo contesto al ruolo del principio di *non-refoulement*²⁹, non c'è dubbio che rispetto all'obiettivo 21 gli Stati hanno avuto delle particolari difficoltà a concordare le azioni necessarie alla sua attuazione, date le divergenze di posizioni su diversi aspetti. Il ritorno non volontario dei migranti è uno dei punti di maggiore difficoltà. Gli Stati di destinazione, in particolare quelli europei, hanno fatto ricorso, come è noto, a numerosi accordi di riammissione con i Paesi d'origine ma ne lamentano lo scarso grado di applicazione. I Paesi di origine, dal canto loro, sostengono che i diritti umani dei migranti e la loro dignità sono spesso violati nel contesto delle procedure di riammissione e che non si tiene debitamente in conto la difficoltà di reintegrazione dei migranti nel contesto di economie particolarmente deboli.

5. Conclusioni

Il GCM nasce dalle molteplici crisi migratorie del 2015 e 2016 che hanno prodotto notevoli perdite di vite umane soprattutto nel Mediterraneo. Sono state soprattutto queste crisi che hanno convinto e spinto gli Stati di destinazione del fatto che la gestione delle migrazioni su larga scala costituiva un fenomeno che non potevano gestire da soli. Da questo punto di vista essere riusciti a concludere il "patto globale per le migrazioni" è sicuramente un risultato notevole, soprattutto se si tengono presenti i numerosi problemi e le notevoli sfide che poneva la gestione del tema delle migrazioni globali.

²⁹ Sull'assenza del riferimento al principio di *non-refoulement* nel GCM v. A. SPAGNOLO, "We are tidying up": The Global Compact on Migration and its Interaction with International Human Rights Law, cit., nota 3.

Tuttavia, come si è cercato di mettere in rilievo, se si guarda più attentamente al contenuto del GCM se ne ricava un quadro complesso fatto sia di obiettivi condivisi cui sono riportabili azioni da subito praticabili, sia di obiettivi che risultano impraticabili nell'immediato perché sono ancora oggetto di profonde divisioni tra gli Stati.

È evidente, quindi, c'è ancora bisogno di molto lavoro non solo per dare attuazione a ciò che è praticabile ma anche per colmare le distanze tra gli Stati sui diversi e controversi aspetti problematici che caratterizzano il fenomeno delle migrazioni. Molto quindi dipenderà dall'impegno che gli Stati vorranno mettere nell'opera di attuazione e revisione di questo documento che altrimenti rischia di rimanere, come qualcuno ha scritto, il più soffice tra i documenti di "soft law" esistenti nella materia³⁰. Sotto quest'ultimo profilo, un tenue segnale di speranza sembra venire dalla recente adozione da parte dell'Assemblea generale dell'ONU della risoluzione 73/326 con la quale è stata stabilita la procedura attraverso la quale si provvederà – a partire dal 2022 – al monitoraggio dell'attuazione degli obiettivi del GCM e a continuare il dialogo su problemi e le sfide ancora aperti per una gestione sicura, ordinata e regolare delle migrazioni.

ABSTRACT: Recent trends in the International Cooperation on Migration. Content, potentiality and limits of the Global Compact on Migration

The Global Compact on Migration constitutes the most recent document on the global architecture for the international cooperation in the area of migration. The paper considers the elaboration process of the GCM, and therefore the negotiations which brought to its adoption, highlighting the differences between the States involved with regard to the management of the migratory phenomenon at international level. The paper also analyses the legal nature of the document at the origin of the opposition of some States to its adoption. The GCM represents in any case a great achievement considering the several problems posed by the management of migration at international level. There is still a lot of work to be done in order to implement the GCM but also in order to fill the gaps between the different States on most controversial aspects of the migratory phenomenon.

³⁰ Cfr. K. NEWLAND, *The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: An Unlikely Achievement*, cit., nota 29.

L'OBBLIGO DI SOCCORSO E IL DIVIETO DI RESPINGIMENTO NEL DIRITTO INTERNAZIONALE E SOVRANAZIONALE

FRANCESCA PELLEGRINO*

SOMMARIO: 1. L'obbligo di soccorso nella normativa internazionale ed europea. – 2. Il soccorso nelle aree SAR. – 3. Divieto di respingimento. Il caso “Hirs?”. – 4. Brevi considerazioni finali.

1. *L'obbligo di soccorso nella normativa internazionale ed europea*

Negli ultimi dieci anni, la migrazione clandestina via mare¹, riguardante prevalentemente il bacino mediterraneo, che rappresenta la principale porta d'ingresso clandestino allo spazio europeo, ha raggiunto livelli allarmanti. Spagna, Italia e Grecia vengono individuate come i punti di approdo principali di tre differenti rotte nel Mediterraneo: una occidentale, una centrale e una orientale. Nel viaggio verso l'Europa, la maggior parte dei migranti provenienti dall'Africa settentrionale e sub sahariana, transitando attraverso la Libia, intraprende la rotta centrale², a bordo di imbarcazioni fatiscenti. I trafficanti di esseri umani, raggiunte le acque internazionali, abbandonano i migranti su gommoni e piccoli natanti di fortuna³, approfittando dell'obbligo di salvare vite in mare⁴, nascente dal diritto internazionale.

Antiche consuetudini marittime, ispirate al principio di “solidarietà marinara”, sono state col tempo codificate⁵: si pensi all'art. 11 della Convenzione di Bruxelles del 23 settembre 1910⁶ in base al quale «Ogni capitano è tenuto, in quanto lo possa fare senza serio pericolo per la sua nave, il suo equipaggio e i suoi passeggeri, a prestare assistenza a qualunque persona, anche nemica, trovata in mare, in pericolo di vita».

* Professore ordinario di Diritto della navigazione, Università degli studi di Messina.

¹ F. A. QUERCI, *Sull'immigrazione per via mare*, in *Trasp.*, 87/2002, p. 167 ss.; L. SCHIANO DI PEPE, *Diritto internazionale e traffico di migranti per mare: alcune brevi note*, in *Dir. mar.*, 2003, p. 907; P. MOROZZO DELLA ROCCA, P. COGNINI, *Immigrazione: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, Torino, 2005.

² A. ANNONI, *Il ruolo delle operazioni Triton e Sophia nella repressione della tratta di esseri umani e del traffico di migranti nel Mediterraneo centrale*, in *Dir. Un. eur.*, 2017, p. 829 ss.

³ F. DE VITTOR, *Il diritto di traversare il Mediterraneo... o quantomeno di provarci*, in *Dir. um. dir. int.*, 2014, p. 63 ss.

⁴ Sul tema, F. PELLEGRINO, *In tema di abbandono di migranti clandestini in acque internazionali per provocare interventi di soccorso*, in *Dir. mar.*, 2014, p. 581 ss. Cfr. anche C. CAMPIGLIO, *Disciplina delle migrazioni: limiti internazionali*, in V. GASPARINI CASARI (a cura di), *Il diritto dell'immigrazione. Profili di diritto italiano, comunitario e internazionale*, Modena, 2010, p. 23 ss.

⁵ C. BOVA, G. BOVA, *Sulle convenzioni internazionali in materia di soccorso alle persone in mare*, in *Dir. traspr.*, 2017, p. 11 ss.

⁶ Convenzione internazionale per l'unificazione di alcune regole in materia di assistenza e di salvataggio marittimi (Bruxelles, 23 settembre 1910), L'Italia ha autorizzato la ratifica in con l. 12 giugno 1913, n. 606.

La più recente Convenzione internazionale di Londra per la sicurezza della vita in mare (SOLAS '74/78)⁷, al capitolo V, contiene la regola 33 del seguente tenore: «The master of a ship at sea which is in a position to be able to provide assistance on receiving information from any source that persons are in distress at sea, is bound to proceed with all speed to their assistance, if possible informing them or the search and rescue service that the ship is doing so. This obligation to provide assistance applies regardless of the nationality or status of such persons or the circumstances in which they are found».

Parimenti, la Convenzione SAR (*Search and Rescue*) di Amburgo del 1979⁸, all'art. 3.1.9, impone ai comandanti delle navi un preciso obbligo di soccorso e assistenza delle persone in mare, a prescindere dalla loro nazionalità/*status* o dalle circostanze del caso (art. 2.1.10)⁹.

In base alla stessa Convenzione SAR, l'obbligo a carico dei comandanti delle navi è poi completato dall'attività dei *Maritime Rescue Coordination Centres* (MRCC)¹⁰, tenuti ad assicurare, nelle rispettive aree di responsabilità, un'efficiente organizzazione dei servizi di *search and rescue*, gestendo le comunicazioni di emergenza e coordinando le relative operazioni. Ai Centri MRCC spetta la responsabilità del coordinamento delle operazioni nell'area di riferimento, compresa l'individuazione del c.d. "luogo sicuro".

In virtù degli emendamenti apportati nel maggio 2004¹¹ alle Convenzioni SAR e SOLAS (rispettivamente, cap. III, par. 3.1.9¹² e cap. V, regola 33, par.1.1¹³), l'obbligo di soccorso non consiste solo nel prestare la c.d. "prima assistenza" ai naufraghi, ossia nel

⁷ Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare (SOLAS), firmata a Londra il 1 novembre 1974, e resa esecutiva con l. 23 maggio 1980, n. 313, con l. 4 giugno 1982, n. 438 (che ha approvato il successivo Protocollo del 17 febbraio 1978) e con decreto D.P.R. 8 novembre 1991, n. 435. Cfr. I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Dir. imm. cit.*, 2017, p. 30.

⁸ Convenzione internazionale sulla ricerca e il salvataggio marittimo, firmata ad Amburgo il 27 aprile 1979 ed entrata in vigore il 22 giugno 1985. Resa esecutiva in Italia con l. 3 aprile 1989, n. 147. È stata ratificata dall'Italia con l. 3 aprile 1989, n. 147 e relativo regolamento di attuazione (D.P.R. 28 settembre 1994, n. 662, in *GU* n. 281 dell'1 dicembre 1994. Modificata con risoluzione MSC.70(69), adottata il 18 maggio 1998. Per un commento v. S. ZAMMITTI, *Il "soccorso preparatorio" nell'assistenza e nel salvataggio marittimi*, in *Trasp.*, 1981, n. 23, p. 153 ss.; M. M. COMENALE PINTO, *Immigrazione clandestina e salvaguardia della vita umana in mare*, in *Riv. dir. nav.*, 2011, p. 585 ss.; U. LEANZA, F. CAFFIO, *L'applicazione della convenzione di Amburgo del 1979 sul SAR*, in *Riv. dir. nav.*, 2015, p. 319 ss.

⁹ L'art. 2.1.10 così recita: «Parties shall ensure that assistance be provided to any person in distress at sea. They shall do so regardless of the nationality or status of such a person or the circumstances in which that person is found».

¹⁰ F. DE VITTOR, *Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: sequestro e dissequestro della nave Open Arms*, in *Dir. um. dir. int.*, 2018, p. 445 ss.

¹¹ Entrati in vigore il 1° luglio 2006.

¹² Capitolo III, par. 3.1.9: «The Party responsible for the search and rescue region in which such assistance is rendered shall exercise primary responsibility for ensuring such co-ordination and cooperation occurs, so that survivors assisted are disembarked from the assisting ship and delivered to a place of safety, taking into account the particular circumstances of the case and guidelines developed by the Organization. In these cases, the relevant Parties shall arrange for such disembarkation to be effected as soon as reasonably practicable».

¹³ Capitolo V, regola 33, 1.1: «The Contracting Government responsible for the search and rescue region in which such assistance is rendered shall exercise primary responsibility for ensuring such co-ordination and cooperation occurs, so that survivors assisted are disembarked from the assisting ship and delivered to a place of safety, taking into account the particular circumstances of the case and guidelines developed by the Organization. In these cases the relevant Contracting Governments shall arrange for such disembarkation to be effected as soon as reasonably practicable».

fornire cibo, acqua, vestiario, cure mediche, ecc., ma include il dovere – accessorio e conseguente – di sbarcarli in un porto sicuro (*place of safety* o *Pos*)¹⁴.

In base alla stessa Convenzione di Amburgo, la responsabilità del coordinamento delle operazioni di soccorso in mare viene attribuita allo Stato che ha assunto il ruolo di autorità SAR, la quale è chiamata ad individuare un “*place of safety*”, tenendo conto delle circostanze specifiche del caso e prelieve opportune verifiche della situazione concreta. Ciò significa che il Paese che coordina i soccorsi non deve essere necessariamente sede di sbarco dei migranti.

Anche le “Linee guida” dell’IMO sul trattamento delle persone soccorse in mare¹⁵ contengono l’esplicito divieto di sbarcare i naufraghi in luoghi in cui non sono garantiti i diritti fondamentali, specie se a bordo sono presenti persone che potrebbero beneficiare di tutele aggiuntive come, ad esempio, potenziali richiedenti asilo.

Infatti, laddove le persone soccorse in mare, oltre che naufraghi siano anche dei migranti, l’accezione del termine “sicurezza” del luogo di sbarco si connota di ulteriori requisiti, legati all’esigenza di garantire la tutela dei diritti umani, quali l’accesso alle procedure amministrative connesse alla richiesta di asilo.

Alla luce di tali disposizioni, le operazioni di soccorso si intendono concluse solo dopo lo sbarco in un luogo in cui in cui venga assicurata la protezione delle persone salvate e dei loro diritti.

Sebbene anche la stessa nave soccorritrice possa, in senso ampio, essere considerata un *Pos*, si tratta di un luogo provvisorio di salvataggio. Inoltre, non sempre il porto più sicuro coincide con quello più vicino: si pensi all’ipotesi in cui il salvataggio sia avvenuto in prossimità delle coste libiche. Certamente non possono essere considerati sicuri i porti di paesi dove vige la pena di morte o dove anche un solo migrante salvato in mare possa essere perseguitato per ragioni politiche, etniche o di religione.

Il quadro di riferimento normativo è completato dalla Convenzione di Montego Bay del 1982¹⁶ (UNCLOS) che statuisce, all’art. 98, primo comma, che «ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batte la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l’equipaggio o i passeggeri, presti soccorso a chiunque si trovi in mare in condizioni di pericolo; proceda quanto più velocemente è possibile al soccorso delle persone in pericolo, se viene a conoscenza del loro bisogno di aiuto, nella misura in cui ci si può ragionevolmente aspettare da lui tale iniziativa; presti soccorso, in caso di abbordo, all’altra nave, al suo equipaggio e ai suoi passeggeri e, quando è possibile, comunichi all’altra nave il nome della propria e il porto presso cui essa è immatricolata, e il porto più vicino presso cui farà scalo».

¹⁴ B. GORNATI, “Paesi terzi sicuri”, *respingimenti a catena e detenzione arbitraria: il caso “Ulas e Ahmed”*, in *Dir. um. dir. int.*, 2017, p. 542 ss.

¹⁵ IMO Resolution MSC (Maritime Safety Committee) 167(78) del 20 maggio 2004 dal titolo “*Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea*”. Cfr. [http://www.imo.org/en/OurWork/Facilitation/personsrescued/Documents/MSC.167\(78\).pdf](http://www.imo.org/en/OurWork/Facilitation/personsrescued/Documents/MSC.167(78).pdf)

¹⁶ *United Nations Convention on the Law of the Sea* (UNCLOS), sottoscritta il 10 dicembre 1982 a Montego Bay, in Giamaica, da 155 Stati. L’Italia l’ha ratificata con l. 2 dicembre 1994, n. 689 (GU n. 295 del 19 dicembre 1994 – s.o. n. 164). La Convenzione è entrata in vigore a livello internazionale nel 1994, al raggiungimento della sessantesima ratifica. Sul tema v. T. SCOVAZZI, *La lotta all’immigrazione clandestina alla luce del diritto internazionale del mare*, in *Dir. immigr.*, 2003, pag. 48 ss. Per un commento della Convenzione, v. S. N. NANDAN, S. ROSENNE (a cura di), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A commentary*, II, Dordrecht, 1993, p. 273 ss.

A tal fine, il secondo comma dello stesso articolo impone agli Stati costieri l'istituzione e il funzionamento di un servizio permanente di ricerca e di salvataggio (*"search and rescue"*) adeguato ed efficace per garantire la sicurezza marittima e aerea e, se del caso, una proficua collaborazione con gli Stati vicini, nel quadro di accordi regionali.

Parimenti, l'art. 10 della Convenzione di Londra del 1989¹⁷ sul soccorso in mare ribadisce che ogni comandante è obbligato a soccorrere le persone in pericolo di scomparsa in mare, nella misura in cui ciò non crei pericolo grave per la sua nave e le persone a bordo. Gli Stati sono tenuti ad adottare tutte le misure necessarie per far osservare tale obbligo.

Quanto alla normativa comunitaria¹⁸, giova ricordare il Regolamento UE n. 2016/1624¹⁹, istitutivo dell'Agenzia per la Guardia di frontiera e costiera europea (*Frontex*)²⁰, il quale, all'art. 4, prevede che la gestione europea integrata delle frontiere consista, tra l'altro, in operazioni di ricerca e soccorso per le persone in pericolo in mare, che vengono avviate e svolte a norma del Regolamento (UE) n. 656/2014²¹ e del diritto internazionale, e che possono verificarsi nel corso di interventi di sorveglianza delle frontiere in mare.

¹⁷ Convenzione internazionale sul salvataggio (*salvage*) conclusa a Londra il 28 aprile 1989, entrata in vigore il 14 luglio 1996. Per un commento, v. D. GAETA, *La Convenzione di Londra 1989 sul soccorso in acqua*, in *Dir. mar.*, 1991, p. 291 ss.; N. J. J. GASKELL, *The 1989 Salvage Convention and the Lloyd's Open Form (LoF) Salvage Agreement 1990*, in 16 *Tul. Mar. Law Journ.*, 1991-1992, p. 12 ss.; M. P. RIZZO, *La nuova disciplina internazionale del soccorso in acqua e il codice della navigazione*, Napoli, 1996, p. 76 ss.; ID., *Soccorso in mare e tutela dell'ambiente*, in *Dir. trasp.*, 2014, p. 775 ss.

¹⁸ G. CAGGIANO, *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Torino, 2014, p. 75 ss.

¹⁹ Regolamento (UE) 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2016, relativo alla Guardia di frontiera e costiera europea, che modifica il regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio e la decisione 2005/267/CE del Consiglio, in *GUUE* L 251 del 16 settembre 2016, p. 1-76. Per un commento v. G. CAMPESI, *Sicurezza, democrazia e diritti in Europa. A proposito della nuova Guardia costiera e di frontiera europea*, in *Studi sulla questione criminale*, 2016, p. 7 ss.; M. SAVINO, *La crisi dei confini in Europa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, p. 739 ss.; M. SORMANI, *Da "Frontex" alla guardia di frontiera e costiera europea*, in *Riv. dir. nav.*, 2016, p. 859 ss.; F. ZORZI GIUSTINIANI, *Da Frontex alla Guardia di frontiera e costiera europea: novità in tema di gestione delle frontiere esterne*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, p. 523 ss.

²⁰ Su *Frontex*, v. anche S. TREVISANUT, *L'Europa e l'immigrazione clandestina via mare: FRONTEX e diritto internazionale*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, p. 367 ss.; P. TAORMINA, *Immigrazione extracomunitaria: l'Agenzia FRONTEX e la cooperazione alle frontiere*, in *AP Argomenti*, 2 agosto 2009; G. CAGGIANO, *Attività e prospettive di intervento dell'Agenzia Frontex nel Mediterraneo*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata*, Napoli, 2011, p. 403 ss.; M. CHILLAUD, *Frontex as the Institutional Reification of the Link between Security, Migration and Border Management*, in *Contemporary Eur. Studies*, 2012, p. 45 ss.; K. HORSTI, *Humanitarian Discourse Legitimizing Migration Control: Frontex Public Communication*, in *Migrations: Interdisciplinary Perspectives*, Vienna, 2012, p. 297 ss.; A. LIGUORI, N. RICCIUTI, *Frontex ed il rispetto dei diritti umani nelle operazioni congiunte alle frontiere esterne dell'Unione europea*, in *Dir. um. dir. int.*, 2012, p. 539 ss.; F. PELLEGRINO, *La discussa agenzia Frontex*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali dello straniero*, Roma, 2016, p. 199 ss.

²¹ Regolamento (UE) n. 656/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 recante norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea, in *GUUE* L 189 del 27 giugno 2014, p. 93 ss.). Si riporta l'art. 9 (Situazioni di ricerca e soccorso): «Gli Stati membri osservano l'obbligo di prestare assistenza a qualunque natante o persona in pericolo in mare e durante un'operazione marittima assicurano che le rispettive unità partecipanti si attengano a tale obbligo, conformemente al diritto internazionale e nel rispetto dei diritti fondamentali, indipendentemente dalla cittadinanza o dalla situazione giuridica dell'interessato o dalle circostanze in cui si trova».

Funzione principale dell'Agenzia è quella di assicurare una gestione integrata ed efficiente dei flussi migratori e, al contempo, di garantire la sicurezza delle frontiere esterne dell'Unione.

2. Il soccorso nelle aree SAR

In base alla Convenzione SAR, ciascuno Stato costiero deve individuare e dichiarare formalmente una propria *Search and Rescue Region*, non necessariamente corrispondente con le frontiere marittime, nella quale garantire l'efficiente prestazione dei servizi di soccorso marittimo.

La dichiarazione unilaterale della "SAR region" proviene dalla competente autorità di uno Stato che ha ratificato la convenzione di Amburgo ed ha efficacia costitutiva. Essa contiene l'assunzione di responsabilità per il coordinamento delle operazioni SAR all'interno di un'area del Mediterraneo fino a quel momento non ricadente sotto la responsabilità di alcuno Stato costiero.

L'area di responsabilità SAR dei diversi Paesi rivieraschi può essere segnalata nel "Global Integrated Shipping Information System" (GISIS) dell'*International Maritime Organization* (IMO), ma l'inserimento in tale sistema assume mera efficacia informativa e non costitutiva.

Per quanto riguarda il Mar Mediterraneo, nel corso della Conferenza IMO di Valencia del 1997 si è provveduto ad approvare un "General Agreement on a Provisional SAR Plan"²² in cui si sono stabiliti i limiti delle zone SAR rientranti nel bacino. Sulla base di quest'accordo, la zona SAR italiana si estende per 500.000 km², circa un quinto dell'intero *Mare Nostrum*.

A questo processo di definizione concordato delle zone SAR mediterranee non ha partecipato Malta che, nonostante le ridotte dimensioni del suo territorio e la carenza di mezzi per volgere le operazioni di soccorso, rivendica unilateralmente una zona SAR vastissima, di circa 250.000 km², che peraltro, in alcuni tratti di mare, si sovrappone a quella italiana²³.

Tale area è pressoché coincidente con la "zona contigua"²⁴ maltese, ossia con quella zona d'alto mare entro la quale lo Stato costiero può esercitare il controllo necessario a prevenire le violazioni delle proprie leggi e regolamenti doganali, fiscali, sanitari e di immigrazione²⁵. Ai sensi dell'art. 33 della citata Convenzione di Montego Bay, essa non può

²² Il "General Agreement on a Provisional SAR Plan" è stato adottato durante la Conferenza IMO svoltasi a Valencia (8-12 settembre 1997) come Allegato n. 1 alla Risoluzione n. 1.

²³ Si tratta di un'area estesa circa 750 volte il suo territorio, che si sovrappone a nord con la corrispondente zona SAR italiana, coprendo persino le acque territoriali di Lampedusa e Lampiono, mentre ad ovest lambisce le acque territoriali della Tunisia.

²⁴ Sulla zona contigua in generale, v. S. REVERSO, *Osservazioni sull'istituzione della zona contigua*, in *Dir. trasp.*, 2011, p. 596 ss.; L. SCHIANO DI PEPE, *Zona contigua e diritto di inseguimento in una pronuncia della Cassazione*, in *Dir. mar.*, 2012, pp. 1091 ss.;

²⁵ Per gli aspetti relativi all'immigrazione, v. G. ANDREONE, *Immigrazione clandestina, zona contigua e Cassazione italiana: il mistero si infittisce*, in *Dir. um. dir. int.*, 2011, p. 183 ss.; A. MANEGGIA, *Il "controllo preventivo" nella zona contigua*, in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 23 ss.

estendersi oltre 24 miglia marine dalla linea di base da cui si misura il limite esterno del mare territoriale²⁶.

La zona SAR maltese, inoltre, coincide con la “regione informazioni volo” (“*Flight Information Region*”, FIR)²⁷, la parte dello spazio aereo (non necessariamente corrispondente ai confini nazionali) all’interno della quale vengono forniti il “Servizio Informazioni Volo” (FIS)²⁸ e il “Servizio di Allarme” (ALS). Malta ha ereditato dalla Gran Bretagna quest’ampia porzione di spazio aereo, originariamente gestita, quando l’arcipelago costituiva un possedimento britannico, dal governo inglese. Essa trae un grande vantaggio economico dal mantenimento di questa vasta area FIR, dipendente dalla riscossione delle tasse di sorvolo e non intende ridurre la corrispondente “*Search and Rescue zone*”: teme infatti che un restringimento della sua area SAR possa innescare pressioni internazionali volte a costringerla a contenere anche la zona FIR.

Nonostante Malta sia responsabile di una zona di ricerca e soccorso così ampia, di fatto non è in grado di sostenere, se non entro certi limiti, assai contenuti, sbarchi di migranti. Peraltro, non ha ratificato le modifiche del 2004 alle Convenzioni SAR e SOLAS che hanno introdotto l’obbligo di sbarco dei naufraghi in un “*place of safety*”.

La Libia, un Paese – com’è noto – dilaniato dalla guerra civile e caratterizzato da una forte instabilità di governo, fino a poco tempo fa non era responsabile di una propria zona SAR. L’IMO ha, però, annunciato che, il 12 giugno 2018, è stata inserita nel “sistema globale di ricerca e soccorso”, l’informazione relativa all’istituzione del *Joint Rescue Co-ordination Centre* (JRCC), ovvero di un centro di coordinamento libico, gestito da personale appartenente a forze militari e civili, con sede presso l’aeroporto internazionale di Tripoli.

Nonostante tale novità abbia disegnato un nuovo scenario in materia di coordinamento e gestione di operazioni di salvataggio in mare dei migranti al largo delle coste libiche, serie perplessità permangono circa la responsabilità del soccorso affidata ad un Paese nordafricano che non soddisfa i requisiti di un “*place of safety*”.

3. Divieto di respingimento. Il caso “Hirsi”

All’obbligo generale di soccorso si affianca il divieto di respingimento (*non-refoulement*)²⁹ di rifugiati e richiedenti asilo.

²⁶ Cfr. F. FLORIO, *Il mare territoriale e la sua delimitazione*, Milano, 1947; T. SCOVAZZI, *Elementi di diritto internazionale del mare*, Milano, 1994, p. 29 ss.

²⁷ L’*International Civil Aviation Organization* (ICAO), definisce la FIR come “*an airspace of defined dimensions within which flight information service and alerting service are provided*”. Cfr. Cap. I (definizioni) dell’Annesso 2 (“*Rules of the Air*”), X ed., 2005. Tale area riguarda il controllo dello spazio aereo e si propone di garantire l’esercizio delle due libertà dell’aria (di sorvolo e di atterraggio per motivi tecnici) a tutti i Paesi contraenti della Convenzione di Chicago del 7 dicembre 1944 sull’aviazione civile internazionale, entrata in vigore, a livello internazionale, il 4 aprile 1947 e in Italia il 30 novembre 1947 (per un commento per tutti A. GIANNINI, *La Convenzione di Chicago (1944) sull’aviazione civile internazionale*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, 83 ss.). Sul tema v. S. CACOPARDO MELITA, *In tema di libertà dell’aria*, in *Riv. aeron.*, 1/1945, p. 17 ss. e da ultimo F. DE ANDREIS, M. CARIONI, *Le libertà fondamentali dell’aria come volano del trasporto aereo*, Assago (MI), 2018.

²⁸ M. BUFO, *Le competenze degli A.N.S.Ps. Il servizio informazioni volo (F.I.S.) e il servizio informazioni volo aeroportuale (A.F.I.S.)*, e F. SGRÒ, *Il servizio di informazione aeronautica*, in F. PELLEGRINO (a cura di), *Regole e pratiche della navigazione aerea in Europa: verso un’armonizzazione*, Milano, 2012, rispettivamente, p. 163 ss. e p. 151 ss.

²⁹ C. ZANGHÌ, *L’intervento in alto mare fra “non refoulement”, diritti umani e contrasto all’immigrazione clandestina*, in N. PARISI, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, A. SANTINI, D. RINOLDI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, p. 815 ss.

Ai sensi della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951³⁰, rifugiato è colui «che temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova fuori del Paese di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo Paese; oppure che, non avendo cittadinanza e trovandosi fuori del Paese in cui aveva residenza abituale a seguito di tali avvenimenti, non può o non vuole tornarvi per il timore di cui sopra».

In base a tale norma, si dovrebbe riconoscere la possibilità di chiedere asilo anche in acque internazionali, a bordo di una nave, o nei paesi di transito, rivolgendosi ad una autorità nazionale, ad un ufficio consolare, ecc.

Detto strumento internazionale, all'art. 33, ha introdotto il c.d. principio di *non-refoulement* in base al quale «Nessuno Stato contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche».

Il divieto di respingimento è stato più di recente ribadito nel rapporto “*Rescue at Sea: A Guide to Principles and Practice as Applied to Migrants and Refugees*”³¹, nel quale viene evidenziato l'obbligo, incombente sul comandante della nave che compie l'intervento di soccorso, di tutelare adeguatamente i diritti dei richiedenti asilo, verificando la loro presenza a bordo, comunicandola all'UNCHR ed effettuando lo sbarco laddove sia possibile garantire loro adeguata protezione³².

Parimenti, in ambito UE³³, l'art. 19 della Carta di Nizza-Strasburgo sui diritti fondamentali vieta espressamente le espulsioni collettive e l'allontanamento, espulsione o estradizione verso un Paese in cui esiste il rischio serio che la persona respinta venga sottoposta a pena di morte, a tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti.

Alla luce di tale disposizione, non può giustificarsi la prassi dei respingimenti collettivi in alto mare, inaugurata dal Governo italiano nel 1997 con il “blocco navale” sulle coste dell'Adriatico per fermare i migranti albanesi e proseguita poi, a partire dal 2004, nel canale di Sicilia con respingimenti collettivi in mare, verso la Tunisia e la Libia, quale strumento di lotta contro l'immigrazione irregolare³⁴.

In caso di violazioni accertate della normativa comunitaria, si potrebbe profilare un ricorso incidentale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea³⁵, mentre in caso di

³⁰ Firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, ratificata dall'Italia con l. 24 luglio 1954, n. 722, e modificata dal Protocollo di New York del 31 gennaio 1967, relativo allo *status* di rifugiato, ratificato con l. 14 febbraio 1970, n. 95. Per un commento della Convenzione, v. F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione Europea*, Bari, 2012, p. 1 ss.; P. ARTINI, *La Convenzione di Ginevra del 1951 ed il suo ruolo nella attuale realtà dei flussi migratori*, in P. BENVENUTI (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, 2008, Ripa di Fagnano (AQ), p. 49 ss.

³¹ Rapporto elaborato nel 2006 dall'IMO e dall'UNHCR e aggiornato nel 2015. Cfr. <https://www.unhcr.org/450037d34.pdf>

³² Per un approfondimento, v. G. PUMA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e “non-refoulement” in mare*, in *Nuove autonomie*, 2013, p. 451

³³ R. VIRZO, *Il coordinamento di norme di diritto internazionale applicabili allo “status” dei rifugiati e dei bambini migranti via mare*, in *Riv. dir. nav.*, 2016, p. 143 ss.

³⁴ F. DE VITTOR, *Soccorso in mare e rimpatri in Libia: tra diritto del mare e tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 800 ss.

³⁵ A. RUGGERI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le tecniche decisorie idonee ad assicurare la efficacia ed effettività*, in, *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 1, 2018, p. 21 ss.

mancato rispetto di diritti garantiti dalla CEDU³⁶ esiste la possibilità di ricorso alla Corte Europea dei diritti dell’Uomo³⁷, se occorre, anche in via di urgenza (ex art. 39 del regolamento dell’organo giurisdizionale europeo)³⁸, sebbene i giudici di Strasburgo si siano finora dimostrati restii a disporre misure provvisorie in mancanza di un rischio reale ed imminente di un danno grave e irreparabile.

La Corte di Strasburgo, in varie occasioni, ha condannato l’Italia e altri Paesi europei a causa di respingimenti di clandestini contrari a regole di diritto internazionale del mare e umanitario. Una delle sentenze più note e interessanti è quella che ha statuito sul “caso *Hirsi*”³⁹.

Si riassumono brevemente i fatti. Il 6 maggio 2009 venivano intercettate da alcune motovedette italiane, in acque internazionali comprese nella zona SAR (“*Search and Rescue*”) di responsabilità maltese, tre barche dirette in Italia, con a bordo circa duecento persone. Quindi i naufraghi venivano trasferiti su navi italiane della Guardia costiera e – in conformità agli accordi bilaterali fra Italia e Libia⁴⁰ – sbarcati nel porto di Tripoli, da dove erano partiti, senza essere identificati, né informati circa la loro reale destinazione.

Alcuni cittadini somali ed eritrei facenti parte di quel gruppo di respinti presentavano ricorso alla Corte di Strasburgo contro l’Italia per la violazione dell’art. 3 sul divieto di tortura, dell’art. 13 sul diritto ad un ricorso effettivo e dell’art. 4, Protocollo n. 4⁴¹ della CEDU, sul divieto di espulsioni collettive.

³⁶ Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’Uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950 e i suoi Protocolli. Per un commento, v. F. SUDRE, *L’influence de la CEDH sur l’ordre juridique interne*, in *Rev. univ. dr. homm.*, 1990, p. 259; S. P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli, 2005, *passim*; V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU: tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Milano, 2019, p. 79 ss.

³⁷ S. MIRATE, *Gestione dei flussi migratori e responsabilità statali: riflessioni problematiche tra normative interne, prassi amministrative e giurisprudenza Cedu*, in *Resp. civ. e previdenza*, 2017, p. 431 ss.

³⁸ Cfr. Regolamento della Corte, Strasburgo del 4 novembre 1998, ultima ed. del 14 novembre 2016.

³⁹ Sentenza della Corte europea dei Diritti dell’Uomo, Grande Camera, del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa et al. c. Italia*. Per un commento del caso, v. G. ALBENZIO, *Caso Hirsi ed altri contro Italia. L’intervento orale del Governo italiano*, in *Rass. Avv. Stato*, 2011, p. 58 ss.; G. CELLAMARE, *Brevi note sulla sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo nell’affare “Hirsi Jamaa e altri c. Italia”*, in *St. integr. eur.*, 2012, p. 491 ss.; C. HEIN, *La condanna di Strasburgo per i respingimenti: una pietra miliare per un cambiamento culturale*, in *Dir. uomo*, 2012, p. 14 ss.; F. LENZERINI, *Il principio del “non-refoulement” dopo la sentenza “Hirsi” della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2012, p. 721 ss.; A. LIGUORI, *La Corte europea dei diritti dell’uomo condanna l’Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi*, in *Riv. dir. int.*, 2012, p. 415 ss.; C. MORSELLI, *Hic sunt leones: la Corte di Strasburgo traccia l’invalidabile linea di interdizione nella carta geografica dei respingimenti in alto mare*, in *Dir. pen. e processo*, 2012, p. 509 ss.; N. NAPOLETANO, *La condanna dei “respingimenti” operati dall’Italia verso la Libia da parte della Corte europea dei diritti umani: molte luci e qualche ombra*, in *Dir. um. dir. int.*, 2012, p. 436 ss.; U. VILLANI, *Osservazioni sulla sentenza della Corte Europea nell’affare “Hirsi Jamaa” e sui problemi relativi alla sua esecuzione*, in *Dir. uomo*, 2012, p. 5 ss.; S. MIRATE, *Gestione dei flussi migratori e principio di “non refoulement”: la Corte EDU condanna l’Italia per i respingimenti forzosi di migranti in alto mare*, in *Resp. civ. e previdenza*, 2013, p. 454 ss.

⁴⁰ S. TREVISANUT, *Immigrazione clandestina via mare e cooperazione tra Italia e Libia dal punto di vista del diritto del mare*, in *Dir. um. dir. int.*, 2009, p. 609 ss.; R. PALLADINO, *Nuovo quadro di partenariato dell’Unione europea per la migrazione e profili di responsabilità dell’Italia (e dell’Unione europea) in riferimento al caso libico*, in *Freedom, Security & Justice: Eur. Legal Studies*, 2018, p. 31 ss.; F. DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell’Unione europea nella conclusione e nell’esecuzione di “accordi” per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in *Dir. um. dir. int.*, 2018, p. 5 ss.

⁴¹ Protocollo n. 4 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e della Libertà Fondamentali del 16 settembre 1963, in vigore dal 2 maggio 1968. Per un approfondimento sull’applicazione del Protocollo n. 4, v. A. I. MATONTI, *Garanzie procedurali derivanti dall’art. 4 del Protocollo n. 4 CEDU: il caso “Khalifia”*, in *Dir. um. dir. int.*, 2017, p. 523 ss.

L'art. 13 della Convenzione richiede l'esistenza di un rimedio interno, capace di garantire una giusta riparazione in caso di violazione della CEDU. Tale rimedio deve essere effettivo e deve consistere in un esame rigoroso e indipendente della situazione.

Nel caso in specie, secondo la Corte EDU, i ricorrenti sono stati privati della possibilità di far valere le proprie ragioni davanti a un'autorità competente prima che la misura di respingimento fosse eseguita.

La Corte ha, inoltre, ricordato – richiamando i principi generali – che la giurisdizione di uno Stato contraente è principalmente territoriale⁴²; solo in circostanze eccezionali, atti di uno Stato, commessi al di fuori del suo territorio, possono costituire esercizio della giurisdizione⁴³. Quando uno Stato esercita, attraverso suoi agenti che operano al di fuori del suo territorio, controllo e autorità su individui, si può parlare di esercizio extraterritoriale della giurisdizione⁴⁴. Una di queste circostanze è – secondo i giudici europei – il compimento di operazioni a bordo di navi battenti la bandiera di uno Stato contraente.

Seguendo il ragionamento della Corte, «secondo il diritto internazionale in materia di tutela dei rifugiati, il criterio decisivo di cui tenere conto per stabilire la responsabilità di uno Stato non sarebbe se la persona interessata dal respingimento si trovi nel territorio dello Stato, o a bordo di una nave battente bandiera dello stesso, bensì se essa sia sottoposta al controllo effettivo e all'autorità di esso».

Ebbene, nel periodo che va da quando i ricorrenti sono saliti sulle navi italiane a quando sono stati consegnati alle autorità libiche, si sono trovati – ad avviso dei giudici di Strasburgo – sotto il continuo ed esclusivo controllo, *de iure* e *de facto*, delle autorità italiane.

Gli eventi in questione ricadono, dunque, sotto la giurisdizione italiana: infatti, laddove vi sia esercizio di autorità e controllo (quindi giurisdizione), dovrà derivare conseguente responsabilità.

Quanto all'art. 3 CEDU, sebbene gli Stati contraenti abbiano il diritto di controllare l'ingresso e il soggiorno dei non residenti nel loro territorio⁴⁵, nonché di disporre il rimpatrio, tuttavia l'espulsione, l'extradizione e ogni altra misura di allontanamento di uno straniero rilevano, ai fini dell'articolo in esame, qualora vi siano motivi, seri ed accertati, per ritenere che il soggetto respinto corra il rischio reale, nel Paese di destinazione, di essere sottoposto a tortura o ad un trattamento disumano o degradante. Se sussistono tali motivi, lo Stato contraente che effettua la misura di allontanamento è responsabile della violazione dell'art. 3 CEDU.

Sulla base di tale ragionamento, l'Italia ha subito una pesante condanna. E a nulla sono valse le difese del governo italiano dall'accusa di aver esposto i ricorrenti a trattamenti inumani e degradanti, basate sul fatto che si è trattato di un'operazione di salvataggio in alto mare che, come tale, non richiedeva l'identificazione delle persone, ma

⁴² L'art. 1 della CEDU prevede che gli Stati contraenti «riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo» della Convenzione.

⁴³ Cfr. par. 71 e 72 della sentenza in esame.

⁴⁴ Cfr. par. 74 della sentenza in esame.

⁴⁵ Sul tema v. G. CAMARDA, *Tutela della vita umana in mare e difesa degli interessi dello Stato: i tentativi d'immigrazione clandestina*, in *Riv. dir. econ. tras. e amb.*, *Giureta*, 2007, p. 30; F. VASSALLO PALEOLOGO, *Obblighi di protezione e controlli delle frontiere marittime*, in *Dir. imm. citt.*, 2007, p. 13 ss.; A. DI PASCALE, *Migration Control at Sea: The Italian Case*, in B. RYAN, V. MITSILEGAS (eds.), *Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges*, Leiden-Boston, 2010, p. 281 ss.

imponesse solo l'obbligo di prestare loro assistenza⁴⁶; che nessuno dei naufraghi aveva fatto richiesta di asilo; che si era trattato di rifiuto di autorizzare l'ingresso in Italia, e non di espulsione dal territorio; che i trasferimenti erano avvenuti sulla base di accordi bilaterali Italia-Libia; che quest'ultima era all'epoca considerata un Paese sicuro, essendo firmataria di numerosi trattati internazionali sui diritti umani.

Nel 2009 la Corte è giunta, all'unanimità, ad una sentenza della Grande Camera di netta condanna dell'Italia, affermando che – pur consapevole delle difficoltà che i Paesi come l'Italia, maggiormente esposti alla pressione migratoria via mare, incontrano nel contrastare il dilagante fenomeno⁴⁷ – tuttavia il divieto di cui all'art. 3 sulla tortura è assoluto e gli Stati europei non possono ignorare i propri obblighi internazionali in materia di diritti umani, né si possono affidare a profili meramente formali, quali la ratifica di trattati internazionali in materia di diritti umani da parte di Paesi quale la Libia. Queste circostanze non sono di per sé sufficienti ad assicurare una protezione adeguata contro il rischio di maltrattamenti, nel caso in cui da fonti affidabili (quali quelle ONU) emerga, invece, l'esistenza di pratiche poste in essere dalle autorità locali, o tollerate da queste ultime, manifestamente contrarie ai principi della CEDU.

Secondo la Corte, l'esistenza di accordi bilaterali, come quello Italia-Libia, non fa venir meno le responsabilità degli Stati contraenti della CEDU, né rileva il fatto che nessuno dei ricorrenti abbia richiesto asilo: di fronte a una situazione così chiara e ben nota di violazione dei diritti umani, per cui le autorità italiane “sapevano e non potevano non sapere” a quali rischi sarebbero andati incontro i migranti respinti, era loro compito verificare la presenza, tra i naufraghi, di richiedenti asilo, meritevoli di particolare protezione.

Quanto alla giustificazione addotta dallo Stato italiano secondo cui non si sarebbe trattato di espulsione, ma di diniego di ingresso, essendo i fatti avvenuti in acque internazionali, secondo la Corte, in base all'art. 4, Protocollo 4, CEDU, che proibisce le espulsioni collettive, il divieto si applica anche nel caso in cui il rinvio verso Paesi terzi sia avvenuto al di fuori del territorio nazionale e del mare territoriale.

A tal proposito, la Corte ricorda come la CEDU sia uno “strumento vivo”, che va interpretato alla luce delle condizioni attuali e in maniera tale da rendere le sue garanzie concrete ed efficaci, e non illusorie, e che la *ratio* dell'art. 4, Protocollo n. 4, sia quello di impedire agli Stati di espellere degli stranieri senza esaminare preliminarmente le loro condizioni personali.

Se l'interpretazione dell'art. 4, Protocollo n. 4, si limitasse ai casi di espulsione collettiva dal territorio di uno Stato – argomenta la Corte – la sua tutela sarebbe inefficace in un numero significativo di situazioni che compongono il quadro odierno delle migrazioni.

Secondo i giudici europei, perché un respingimento collettivo ricada nel suddetto divieto, occorre che i migranti siano stati – anche temporaneamente – soggetti alla “potestà esclusiva” dello Stato che li respinge. Tale potestà sussiste anche qualora le attività di soccorso siano state solo inizialmente coordinate da autorità italiane, dopo il primo avvistamento dei natanti da soccorrere, e siano state successivamente trasferite alle autorità di un Paese, come la Libia, che non garantisce un luogo di sbarco sicuro e che

⁴⁶ U. LEANZA, *Polizia marittima e navigazione straniera alla luce del diritto del mare*, in *Studi mar.*, 34, 1988, p. 3 ss.; G. BERTINI, *Diritto del mare e poteri di polizia*, Napoli, 2000, p. 39.

⁴⁷ V. in particolare U. LEANZA, F. GRAZIANI, *Poteri di enforcement e di jurisdiction in materia di traffico di migranti via mare: aspetti operativi nell'attività di contrasto*, in *Com. int.*, 2, 2014, p. 200 ss.

non aderisce alla Convenzione di Ginevra sui rifugiati. Le attività di soccorso devono, in tal caso, considerarsi sottoposte alla piena giurisdizione dell'Italia, tenuta anche a garantire un “*place of safety*”.

Nella sentenza in esame è stato, a tal proposito, affermato anche il principio di *non-refoulement* “indiretto”: in caso di espulsione, lo Stato che effettua il respingimento ha l'ulteriore obbligo di assicurarsi che il Paese dove rinvia un individuo offra garanzie sufficienti circa il fatto che non procederà ad un ulteriore trasferimento dei migranti verso il luogo di origine, senza una preventiva valutazione del rischio che il migrante possa nello stesso subire trattamenti inumani e degradanti.

In altri termini, l'Italia sapeva o avrebbe dovuto sapere che i ricorrenti correvano il serio rischio di essere arbitrariamente rinviiati dalla Libia nei rispettivi paesi d'origine, ossia in Somalia e in Eritrea.

Peraltro, secondo la Corte, il divieto di respingimento costituisce un principio di diritto internazionale consuetudinario che vincola l'intera comunità internazionale, compresi quegli Stati che non sono vincolate dalla Convenzione di Ginevra o da qualsiasi altro trattato sulla tutela dei diritti dei rifugiati.

Trattandosi di un principio di origine consuetudinaria, posto a garanzia di valori considerati fondamentali e a cui non si può in nessun modo derogare, siamo – secondo la Corte – di fronte ad una norma imperativa, di *jus cogens*⁴⁸, che – in quanto tale – non subisce alcuna deroga, né può essere oggetto di alcuna riserva.

4. Brevi considerazioni finali

Il dovere di salvare la vita umana in mare è ampio e include la fase di sbarco nel “*place of safety*” più vicino, nel quale siano garantite condizioni di tutela dei diritti umani.

L'obbligo di sbarcare i naufraghi in un porto sicuro ha lo scopo di garantire che gli Stati aderenti alle Convenzioni SOLAS e SAR cooperino tra loro, sollevando da quel momento il comandante della nave dalla responsabilità di prendersi cura dei sopravvissuti e – al contempo – consentendo alle persone soccorse di approdare in un luogo che garantisca loro condizioni di sicurezza, intesa come protezione dei loro diritti.

⁴⁸ Secondo l'art. 53 della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei Trattati (ratificata dall'Italia con l. 12 febbraio 1974, n. 112), intitolato “Trattati in contrasto con una norma imperativa del diritto internazionale generale (*jus cogens*)” è nullo qualsiasi Trattato che sia in contrasto con una norma imperativa di diritto internazionale generale. Secondo questo strumento internazionale, è norma di *ius cogens* «quella accettata e riconosciuta dalla comunità internazionale nel suo insieme, come norma alla quale non è permessa alcuna deroga e che può essere modificata solo da una nuova norma del diritto internazionale avente lo stesso carattere» (art. 53). Cfr. M. M. MAGALLONA, *The Concept of jus cogens in the Vienna Convention on the Law of Treaties*, 51 *Philippine Law Journ.*, 1976, p. 521; N. RONZITTI, *La disciplina dello jus cogens nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, in *Com. st.*, 1978, p. 241; G. DE SIMONE, *Ius cogens e diritti umani nelle relazioni internazionali*, Salerno, 1994; F. MAIELLO, *Le violazioni gravi dello ius cogens come distinte fattispecie di illecito internazionale*, in *Riv. coop. giur.*, 2008, p. 114 ss.; C. FOCARELLI, *Promotional Jus Cogens: A Critical Appraisal of Jus Cogens' Legal Effects*, in *Nordic Journ. of Intern. Law*, p. 444 ss.; P. PICONE, *La distinzione tra norme internazionali di jus cogens e norme che producono obblighi erga omnes*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 5 ss. V. anche V. ZAGREBELSKY, *I diritti fondamentali nella prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Foro it.*, 2017, p. 81 ss.

È evidente la discrasia tra la natura tecnico-operativa delle operazioni di soccorso in senso stretto e il risvolto politico-umanitario della scelta del luogo di sbarco.

Anche alla Libia – come si è visto – spetta oggi il coordinamento delle operazioni di ricerca e soccorso effettuate nella zona SAR di sua competenza, ma qualora l'autorità marittima locale dovesse ordinare alla nave soccorritrice di sbarcare i naufraghi-migranti nei suoi porti, il comandante sarebbe legittimato a disobbedire, non trattandosi di “*place of safety*”.

L'attività di ricerca e salvataggio (SAR) operata al di fuori delle acque territoriali e comprensiva dello sbarco in un porto sicuro deve rispettare le regole di diritto internazionale, sia di diritto del mare sia di diritto umanitario, le quali, in base all'art. 117 della Costituzione italiana, assumono rilievo nell'ordinamento giuridico interno, costituendo un limite alla potestà legislativa dello Stato.

Eventuali intese bilaterali tra Stati, o leggi interne poste a tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, non possono consentire deroghe al principio di non respingimento in Paesi non sicuri, solennemente affermato dalla Convenzione di Ginevra e dalla CEDU.

L'obbligo di salvare vite umane, il rispetto della dignità e il principio di uguaglianza e di solidarietà sono valori primari che non incontrano limiti e prevalgono su tutte le norme e gli accordi finalizzati al contrasto dell'immigrazione irregolare, né possono essere messi in dubbio, in quanto rappresentano il bagaglio giuridico, e prima ancora umano, di qualunque società che si considera civile e democratica.

ABSTRACT: The duty to rescue persons and the prohibition of refoulement in the international and supranational law

The duty to rescue persons in distress at sea is a fundamental rule of international law. It forms the content of a norm of customary international law.

All States are under the duty to provide search and rescue services at sea. This duty has subsequently been incorporated in international treaties (SOLAS, SAR, Montego Bay Convention 1982, International Convention on Salvage).

According to these international instruments, people in distress at sea can be saved by efforts undertaken by State officials on board rescue vessels or masters and crews of private vessels. Therefore the duty of rescue is now one of the best-established principles of the international law of the sea, maritime law and international humanitarian law. Everyone is entitled to be rescued.

The duty to render assistance is for everyone and is not limited for example to persons of a certain nationality. It includes the duty of flag States to oblige masters of vessels flying their flag to rescue people at risk of being lost at sea, and the duty of coastal States to establish and maintain search and rescue services.

The duty is placed upon States to ensure an effective and adequate search & rescue (SAR) organization, to cooperate with other States on these matters and, after the 2004 *amendments to the SOLAS and SAR Conventions*, to bring rescued persons to a “place of safety” (Pos). This article first deals with the current international legal framework concerning migrants at sea and its shortcomings. In particular, there is a detailed explanation regarding the notion and definition of “place of safety”. Second, we take a look at the SAR regions. Third, recent case law developments of the prohibition of

refoulement by Article 33 of the 1951 Geneva Convention, will be highlighted, with particular attention to the the case of *Hirsi Jamaa and Others*.

DALLA CERTEZZA DEL DIRITTO ALL'INCERTEZZA DEI DIRITTI (COSTITUZIONALI) DEGLI STRANIERI VULNERABILI: IL RISCHIO DELLA SINGOLARE NEMESI DELLE DISPOSIZIONI URGENTI IN MATERIA DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE ED IMMIGRAZIONE

STEFANO AGOSTA*

SOMMARIO: 1. “Obsessioni” e “compulsioni” della nuova disciplina della protezione umanitaria ai sensi del D.L. n. 113/2018. – 2. Qualche notazione sull’*an* (sull’obbligatoria previsione o meno nell’ordinamento statale) e sul *quomodo* (sul presunto snaturamento) della protezione per motivi umanitari. – 3. La declaratoria di inammissibilità (per ipoteticità e mera eventualità delle questioni sollevate) di cui alla recente sent. n. 194/2019 della Corte costituzionale. – 4. “Beffardo” (più che semplicemente “singolare”) il rischio di una vera e propria nemesi della novella legislativa (sul piano “sostanziale” e “processuale” della tutela degli stranieri vulnerabili).

1. “Obsessioni” e “compulsioni” della nuova disciplina della protezione umanitaria ai sensi del D.L. n. 113/2018

Convertite nella l. n. 132/2018 – con modificazioni apportate alla versione originaria in Senato – le disposizioni urgenti di cui al D.L. n. 113/2018, com’è noto, spaziano dalla materia della protezione internazionale, dell’immigrazione e della sicurezza pubblica alle misure per la funzionalità del Ministero dell’Interno, passando attraverso l’organizzazione ed il funzionamento dell’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Mentre la porzione più strettamente penalistica della suddetta disciplina si caratterizza per una molteplicità di provvedimenti tra di loro anche assai eterogenei¹, sul parallelo versante amministrativo sostanzialmente a due principali macro-settori è possibile in particolare ascrivere l’intervento così realizzato: e cioè con riferimento, rispettivamente, al trattenimento dello straniero – con l’introduzione di nuove modalità di esplicazione di quest’ultimo (in aggiunta ad una complessiva dilatazione dei tempi ad esso connessi²) – ed alla protezione umanitaria (sulla quale adesso si appunterà più approfonditamente l’attenzione).

Più ossessionata da (che non semplicemente mirante a) una più efficiente ed efficace gestione del fenomeno migratorio – oltre che dalla necessità di introdurre mezzi di contra-

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

¹ Aggiungendo, ad esempio, nuovi casi in cui è possibile procedere ad intercettazioni in deroga ai limiti di pena di cui all’art. 266, comma 1, cod. proc. pen. ovvero ampliando le modalità di controllo elettronico a distanza per i reati *ex artt.* 572 e 612-*bis* cod. pen. laddove sia disposto l’allontanamento dalla casa familiare (oltre ad incriminare una serie molto variegata di condotte quali il blocco stradale e ferroviario, l’occupazione di edifici, l’elusione delle norme in materia di esecuzione di opere pubbliche con ricorso non autorizzato al subappalto e al cottimo, l’acquattonaggio molesto).

² Con riguardo alla convalida del provvedimento di accompagnamento immediato alla frontiera così come, pure, nei casi di permanenza del richiedente nei c.d. Centri per il rimpatrio (C.P.R.) ed *Hotspot* per la prevista identificazione.

sto al possibile ricorso strumentale alla domanda di protezione internazionale³ – la novella in esame non poco sembra in effetti compulsivamente incidere sul sistema di riconoscimento della protezione internazionale e sulle forme di tutela complementare dei migranti. Seccamente eradicato dall'originario art. 5, comma 6, D.Lgs. n. 286/1998, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, il richiamo ai «seri motivi di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» – e, più in generale, ogni riferimento al permesso di soggiorno «per motivi umanitari» contenuto nell'ordinamento⁴ – l'istituto generale e atipico del permesso di soggiorno per motivi umanitari è adesso sostituito da una serie di «casi speciali di permessi di soggiorno temporanei per esigenze di carattere umanitario» (ai quali ultimi è stato evidentemente delegato il compito di specificare quei «seri motivi di carattere umanitario» sin qui solo laconicamente enunciati all'art. 5, comma 6, cit.).

È solo all'interno di questo novero, in particolare, che «ad una forma di tutela altra rispetto a quella propria della protezione internazionale (*status* di rifugiato o protezione sussidiaria) e della protezione temporanea per rilevanti esigenze umanitarie (ai sensi dell'articolo 20 del Testo unico dell'immigrazione, la cui disciplina non viene modificata dal decreto-legge in esame)», la riforma in epigrafe consente insomma, in via residuale, di “sopravvivere” nell'ordinamento⁵. Più nel dettaglio tale nuovo, ristretto, ventaglio di ipotesi appare variamente frutto di istituti già vigenti nel sistema (seppure ridefiniti dal presente intervento normativo) ovvero emersi nella costante e diffusa prassi amministrativa dalle Commissioni territoriali e, soprattutto, giudiziaria: com'è noto, d'altro canto, proprio quest'ultima esperienza «ha via via precisato i contorni» della protezione umanitaria «grazie all'attività interpretativa della giurisprudenza di merito e di legittimità che ha assicurato l'effettività del quadro normativo (...) alla luce delle esigenze di tutela dei diritti fondamentali della persona, garantiti dalla Costituzione e dagli altri strumenti di tutela europea e internazionale»⁶.

Così, alle fattispecie preesistenti sono adesso ascrivibili i permessi di soggiorno per «casi speciali», come tali ricomprendenti quelli di cui agli artt. 18 (per motivi di protezione sociale⁷), 18-*bis* (per le vittime di violenza domestica⁸) e 22, comma 12-*quater*, D.Lgs. n. 286

³ Cfr. relazione di maggioranza al d.d.l. di *Conversione in legge del decreto-legge 4 ottobre 2018, n.113, recante disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata* (A.S. n. 840) in www.senato.it, 3.

⁴ ... eccezione fatta per il mantenuto potere-dovere della Commissione territoriale di esaminare la posizione individuale del singolo richiedente asilo (specie relativamente al rischio in caso di esecuzione del provvedimento di espulsione) in ossequio al principio di *non refoulement*: sul punto, tra i molti, G. RATTI, *Dal dopoguerra alla situazione attuale*, Cap. IV, in E. GERMANO CORTESE-G. RATTI-M. VEGLIO-S. VITRÒ, *Lo straniero e il giudice civile. Aspetti sostanziali e processuali di diritto dell'immigrazione*, Milanofiori Assago (MI), 2014; A. LANG, *Il divieto di refoulement tra CEDU e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, p. 209 ss. (part. p. 222 ss.); F. RESCIGNO, *Eguaglianza vs. cittadinanza: il trattamento dello straniero*, in ID. (a cura di), *Percorsi di eguaglianza*, Torino, 2016, p. 407 ss. (spec. p. 424).

⁵ Così, CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Parere ai sensi dell'art. 10 L. 24.3.1958, n. 195, sul decreto legge 113 del 4 ottobre 2018 recante: "Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, pubblica sicurezza, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'Interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata"* (delib. 21 novembre 2018), in www.csm.it, 5.

⁶ In tal senso, Corte cost. sent. n. 194/2019 (punto 7.4 *cons. dir.*) sui cui C. PADULA, *Le decisioni della Corte costituzionale del 2019 sul decreto sicurezza*, in www.giurcost.it (29 agosto 2019).

⁷ Accertate situazioni di violenza o di grave sfruttamento nei confronti di uno straniero – ed emersi concreti pericoli per la sua incolumità per effetto dei tentativi di sottrarsi ai condizionamenti di un'organizzazione cri-

cit. (in caso di sfruttamento lavorativo⁹), delle quali hanno sostanzialmente mutuato la portata lasciandola invariata. A tale elenco è stato solo aggiunto infine dal legislatore il permesso cosiddetto per “protezione speciale”. Frutto della novella all’art. 32, comma 3, D.Lgs. n. 25/2008, attuativo della dir. 2005/85/CE recante *Norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato*, tale nuovo permesso è oggi attribuito per le ipotesi di non accoglimento della domanda di protezione internazionale dello straniero cui al contempo sia vietata l’espulsione o il respingimento, allorché costui «possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione»¹⁰ ovvero sussistano fondati motivi di ritenere che rischi di essere sottoposto a tortura¹¹.

Agli istituti progressivamente emersi dalla prassi degli ultimi anni sono invece riconducibili il permesso di soggiorno per «cure mediche», per calamità nonché per atti di particolare valore civile di cui, rispettivamente, agli artt. 19, comma 2, *lett. d-bis*), 20-*bis* e 42-*bis*, D.Lgs. n. 286 cit. Rilasciato allo straniero che versi in condizioni di salute di «particolare gravità» tali da determinare un rilevante pregiudizio alla salute dello stesso in caso di rientro nel paese di origine o di provenienza (e, comunque, accertate mediante idonea documentazione proveniente da una struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il Servizio sanitario nazionale), il primo dei permessi appena menzionati va così ad aggiungere quest’ultima categoria di soggetti vulnerabili a quelle già in precedenza ritenute dall’art. 19, comma 2, non espellibili: si pensi, ad esempio, agli stranieri minori di anni diciotto (eccezionato il diritto loro spettante di seguire il genitore o l’affidatario espulsi), a coloro che siano in possesso della carta di soggiorno (fatto salvo il disposto dell’art. 9) ovvero conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge (di nazionalità italiana) nonché alle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono.

Al verificarsi di tali eventualità, appunto per le cure mediche il questore riconoscerà così un permesso di soggiorno valido per il solo territorio nazionale e per il tempo attestato dalla certificazione sanitaria (ad ogni modo non superiore ad un anno) eventualmente rinnovabile finché persistano le condizioni di salute di eccezionale gravità debitamente certificate. Di non poco rilievo, peraltro, è il fatto che, nel corso dei lavori parlamentari di conversione, si sia ritenuto di sostituire con l’espressione «“particolare” gravità, accertate mediante idonea documentazione rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il Servizio sanitario nazionale tali da determinare un rilevante» pregiudizio l’originario inciso «“eccezionale” gravità, accertate mediante idonea documentazione,

minale dedita allo sfruttamento della prostituzione – tale speciale permesso è ad esempio rilasciato dal questore per consentire alla vittima di sottrarsi alla violenza e a detti condizionamenti nonché di partecipare ad un programma di assistenza e integrazione sociale.

⁸ A fronte di verificate situazioni di violenza o abuso – da intendersi come «uno o più atti, gravi ovvero non episodici, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all’interno della famiglia o del nucleo familiare o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo di matrimonio o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l’autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima» – anche in questo frangente è sempre il questore a rilasciare tale permesso per consentire alla vittima di sottrarsi alla violenza domestica.

⁹ Qualora lo straniero abbia presentato denuncia – ed abbia cooperato nel procedimento penale instaurato nei confronti del datore di lavoro – spetta ancora al questore rilasciare il permesso in parola nelle ipotesi di particolare sfruttamento lavorativo.

¹⁰ Sul punto, art. 19, comma 1, D.Lgs. n. 286 cit.

¹¹ In oggetto, art. 19, comma 1.1, D.Lgs. n. 286 cit.

tali da determinare un irreparabile» pregiudizio (virgolette non testuali): in tal modo evidentemente dimostrando di voler quantomeno temperare «il rigore, invero eccessivo, della precedente formulazione ed ampliando la tutela delle posizioni soggettive garantite dall'art. 32 Cost.»¹².

Rilasciato dal questore quando il paese verso il quale lo straniero dovrebbe fare ritorno versi in una situazione di contingente ed eccezionale calamità – tale da non consentire il rientro e la permanenza in condizioni di sicurezza – il permesso di soggiorno per calamità ha invece durata semestrale, validità nel solo territorio nazionale e, pur non potendo essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro, consente comunque al beneficiario di svolgere un'attività lavorativa. Su proposta del prefetto competente, il Ministro dell'Interno può infine autorizzare il rilascio di uno speciale permesso di soggiorno allo straniero che si sia reso protagonista di atti di particolare valore civile nelle ipotesi di cui all'art. 3, l. n. 13/1958, *Norme per la concessione di ricompense al valore civile* (a meno che non ricorrano motivi per ritenere che quest'ultimo risulti pericoloso per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato *ex art. 5, comma 5-bis, l. n. 13 cit.*): in tali eventualità, sempre il questore rilascia un permesso biennale e rinnovabile il quale non solo consente di accedere allo studio e svolgere attività lavorativa ma, pure, può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo o subordinato.

2. *Qualche notazione sull'an (sull'obbligatoria previsione o meno nell'ordinamento statale) e sul quomodo (sul presunto snaturamento) della protezione per motivi umanitari*

Tutte accomunate dal fatto che «non consentirebbero di eseguire il provvedimento di espulsione senza determinare una violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento italiano e internazionale», insomma, le fattispecie *supra* enumerate vengono, per la prima volta, razionalizzate a livello legislativo dopo avere dato buona prova di sé nella più matura ed avanzata esperienza amministrativa delle Commissioni territoriali e, evidentemente, della giurisprudenza¹³.

Senza potere più specificamente entrare – per evidenti ragioni di spazio e di tempo – nel “merito” delle singole misure recentemente adottate e limitandosi adesso soltanto a qualche notazione di “metodo”, seppure “astrattamente” condivisibile in talune premesse di partenza, vi è tuttavia da riconoscere come l'intervento in parola “in concreto” finisca per prestare comunque il fianco a talaltre perplessità: tanto sul preliminare piano dell'*an* quanto su quello dello stesso *quomodo* delle novità variamente introdotte. E ciò, vi è da dire, nonostante la stessa Corte costituzionale – recentemente chiamata a pronunziarsi sui ricorsi avverso la disciplina in esame proposti dalle Regioni Umbria, Emilia-Romagna, Basilicata, Marche, Toscana, Calabria e Sardegna – abbia invero dichiarato tutte inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate sugli artt. 1, 12 e 13, D.L. n. 113 cit. per violazione di una sfilza di parametri quali gli artt. 2, 3, 4, 5, 10, commi 2 e 3, 31, 32, 34, 35, 77,

¹² Cfr. Consiglio Superiore della Magistratura, *op. cit.*, 4.

¹³ Così, relazione di maggioranza, *cit.*, 4.

comma 2, 97, 114, 117, commi 3, 4 e 6, 118 e 119 e 120 Cost. nonché il principio di leale collaborazione oltre gli artt. 11 e 117, comma 1, Cost.¹⁴.

Prendendo quindi le mosse innanzitutto dal profilo dell'*an*, vi è da rilevare come – lungi dal ritenerla congiunturale ed episodica – in effetti già il diritto “vigente” eurounitario¹⁵ sembri da tempo considerare la protezione umanitaria una forma di tutela non solo riservata alla competenza degli Stati membri ma pure (in qualche misura) imposta. Così pare essere, ad esempio, accaduto tanto quando la normativa UE ha richiesto un codice eurounitario dei visti¹⁶ quanto laddove ha consentito al singolo Stato di autorizzare l'entrata di uno straniero nel proprio territorio «per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali»¹⁷. Non diversamente da quanto appena visto, peraltro, è noto come lo stesso diritto “vivente” eurounitario abbia da tempo riconosciuto in capo agli Stati la possibilità di individuare diverse ed ulteriori forme di protezione umanitaria e caritatevole rispetto a quelle disposte per tutti a livello europeo¹⁸.

Malgrado ciò, di contrario avviso si è evidentemente mostrato l'Esecutivo il quale – richiamando sul punto l'art. 6, par. 4, dir. 2008/115/UE del Parlamento europeo e del Consiglio (16 dicembre 2008), recante *Norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare* – ha piuttosto ritenuto che dalla normativa eurounitaria non potesse discendere alcun obbligo di tutela per generiche ragioni umanitarie, lasciando perciò impregiudicata la mera facoltà statale di dilatare l'ambito delle forme di protezione tipiche con l'aggiunta di ragioni umanitarie, caritatevoli ovvero di altra natura. La stessa giurisprudenza costituzionale del resto, proprio nella recente occasione *retro* richiamata, non ha mancato di evidenziare come le forme di protezione internazionale

¹⁴ ... questi ultimi con riferimento, in particolare, agli artt. 2, 3, 8 e 14, CEDU, all'art. 2, comma 1, Prot. n. 4 CEDU, agli artt. 6, 10, comma 1, 12, comma 1, 17, 23 e 24, Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (New York, 16 dicembre 1966), all'art. 26, Convenzione di Ginevra (28 luglio 1951), all'art. 5, comma 1, lett. b), regolamento (UE) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 che *istituisce il Fondo Asilo, migrazione e integrazione, che modifica la decisione 2008/381/CE del Consiglio e che abroga le decisioni n. 573/2007/CE e n. 575/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la decisione 2007/435/CE del Consiglio*, in GUUE L 150 del 20 maggio 2014, p. 168 ss., agli artt. 15, lett. c), e 18, direttiva (UE) n. 95/2011 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)*, in GUUE L 337 del 20 dicembre 2011, p. 9 ss., alla direttiva (UE) n. 33/2013 recante *Norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione)*, del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, in GUUE L 180 del 29 giugno 2013, p. 96 ss.

¹⁵ Tra i primi ad introdurre tale, originale, aggettivo – ormai invalso negli studi della dottrina e non solo – v. A. RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in www.federalismi.it, n. 24/2009, p. 1 ss. e ID., *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed “europeizzazione”) della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in www.rivistaaic.it (2 luglio 2010), p. 1 ss.

¹⁶ ... eccezionalmente rilasciati per «motivi umanitari o di interesse nazionale» e con validità limitata «per il territorio dello Stato membro di rilascio» ai sensi dell'art. 25, regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009, *che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti)*, in GUUE L 243 del 15 settembre 2009, p. 1 ss.

¹⁷ ... a norma dell'art. 6, comma 5, lett. d), regolamento (UE) n. 399/2016 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)*, in GUUE L 77 del 23 marzo 2016, p. 1 ss.

¹⁸ ... a patto che non risultino variati né i presupposti né, tanto meno, l'ambito di applicazione della disciplina imposta dall'Unione europea: in tal senso, *ex plurimis*, sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 9 novembre 2010, Cause riunite 57/09 e 101/09, *Parti Germania c. B. e D*, ECLI:EU:C:2010:661.

(come tali ricomprensive sia lo *status* di rifugiato che la protezione sussidiaria) siano accordate in osservanza di obblighi europei e internazionali¹⁹ – «per proteggere la persona da atti di persecuzione» ovvero «per evitare che questa possa subire un grave danno» – mentre non altrettanto potrebbe dirsi invece per quelle di protezione umanitaria: la quale sarebbe piuttosto «rimessa in larga misura alla discrezionalità dei singoli Stati, per rispondere» appunto «a esigenze umanitarie, caritatevoli o di altra natura». Con la naturale conseguenza, in sintesi, che «col decreto-legge in esame, il legislatore nazionale» sarebbe «interventuto solo sull'istituto della protezione umanitaria, senza incidere su quella dovuta in base a obblighi europei e internazionali»²⁰.

Venendo al connesso profilo del *quomodo*, la novella in esame non fa certo mistero del fatto che è dallo “snaturamento” (evidentemente considerato già avvenuto e, ormai, non modificabile) dell'istituto della protezione umanitaria che si è inteso prendere le mosse per revisionare l'intero settore *de quo*²¹. Originariamente pensata ed introdotta nell'ordinamento nei casi di provvisoria gravità quale forma di tutela complementare (e, perciò, residuale), si è in altre parole ritenuto che tale modalità di protezione abbia invero progressivamente smarrito la propria iniziale vocazione finendo per convertirsi, *de facto*, nel suo esatto opposto: in quello, cioè, del «beneficio maggiormente riconosciuto nel sistema nazionale». L'«anomala sproporzione verificatasi tra il numero di riconoscimenti delle forme di protezione internazionale espressamente disciplinate a livello europeo e nel nostro ordinamento (nell'ultimo quinquennio, *status* di rifugiato: 7 per cento; protezione sussidiaria: 15 per cento), e il numero dei rilasci del permesso di soggiorno per motivi umanitari (25 per cento, aumentato fino al 28 per cento per l'anno in corso)»²² starebbe, d'altro canto, plasticamente a testimoniare come disposizioni dall'incerta e generica latitudine – quali, appunto, quelle che avrebbero sin qui regolato la protezione umanitaria – non possano che distorsivamente generare in materia interpretazioni giurisprudenziali eccessivamente lasse e debordanti.

Quali che siano le reali cause di simile – assiomaticamente data per presupposta – involuzione in “clausola aperta” della fattispecie in esame, sta di fatto che l'inequivocabile volontà legislativa espressa sul punto è dunque quella di «delimitare l'ambito di esercizio di tale discrezionalità alla individuazione e valutazione della sussistenza di ipotesi predeterminate nella norma, analogamente a quanto accade in altri Paesi europei che individuano specifici casi di protezione complementare», spazzando così via la tutela umanitaria come previsione di carattere generale a tutto vantaggio di singole ipotesi espressamente tipizzate in favore dello straniero che non possa godere del diritto alla protezione internazionale. Peccato però che l'intervento in commento – per una “beffarda”, più che semplicemente “singola-

¹⁹ Con riferimento al primo, part. Convenzione di Ginevra (28 luglio 1951) non per caso espressamente richiamata dalla direttiva (CE) n. 83/2004 del Consiglio del 29 aprile 2004, recante *Norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta*, in GUUE L 304 del 30 settembre 2004, p. 12 ss. [successivamente rimpiazzata dalla direttiva (UE) n. 95/2011 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*, in GUUE L 337 del 20 dicembre 2011, p. 9 ss.]. Relativamente alla seconda, cfr. artt. 2, lett. f), e 15, direttiva (UE) n. 95/2011, cit.

²⁰ Sul punto, Corte cost. sent. n. 194 cit. (punto 7.2 *cons. dir.*).

²¹ Per le citazioni testuali che seguono, part. relazione di maggioranza, cit., 3.

²² ... «ai casi di protezione umanitaria riconosciuta dalle Commissioni territoriali» dovendosi comunque aggiungere «quelli riconosciuti dall'autorità giudiziaria, a seguito dei ricorsi avverso le decisioni di rigetto assunte in via amministrativa, che costituiscono il 25 per cento dell'esito dei giudizi».

re”, nemesi – non solo rischi di non migliorare la situazione *quo ante* ma, nel medio-lungo periodo, addirittura di produrre effetti persino deteriori rispetto a quelli che si volevano originariamente rimuovere. Eventualità, quest’ultima, purtroppo non del tutto sconosciuta d’altro canto ad una materia talmente delicata come quella del riconoscimento dei diritti dei migranti eppure periodicamente attraversata da iniziative legislative che – non di rado – hanno corso appunto il paradossale pericolo di “aggravare” quella condizione che si prefiggevano piuttosto di “smorzare”²³.

3. *La declaratoria di inammissibilità (per ipoteticità e mera eventualità delle questioni sollevate) di cui alla recente sent. n. 194/2019 della Corte costituzionale*

Quanto appena rilevato al par. precedente, naturalmente, prescinde dalla recente declaratoria di inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1, 12 e 13, D.L. n. 113 cit. per il loro «carattere ipotetico e meramente eventuale» a motivo del quale «non può dirsi dimostrato l’illegittimo condizionamento indiretto delle competenze regionali denunciato nei ricorsi»²⁴. Che nel caso di specie siano state d’altro canto adottate disposizioni espressive di competenza legislativa esclusiva statale *ex art.* 117, comma 2, *lett. a e b*), Cost. – come nelle materie, rispettivamente, del «diritto di asilo»²⁵ e dell’«immigrazione»²⁶ – non è mai stato seriamente messo in discussione²⁷: ma il fatto che non siano «configurabili violazioni dirette del riparto di competenze disegnato dal Titolo V, Parte II, della Costituzione» non ha certo sollevato la Corte costituzionale dall’onere di accertare comunque la violazione di parametri costituzionali diversi da quelli relativi al riparto di competenze, assunta dalle Regioni ricorrenti quale lesione indiretta di proprie attribuzioni costituzionalmente garantite²⁸.

Limitarsi a contestare il *quomodo* dell’esercizio (anziché l’*an* della titolarità) della competenza statale così esercitata non sfugge, nondimeno, al rispetto di talune, ormai ben ca-

²³ Istruttivo, in tal senso, proprio il caso della disciplina di cui al D.L. n. 13, *Disposizioni urgenti per l’accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell’immigrazione illegale* (17 febbraio 2017) ed alla successiva l. di conversione n. 46 (13 aprile 2017) su cui, ad esempio, F. DEL ROSSO, *L’istituzione delle sezioni specializzate in materia di immigrazione e il nuovo rito per il riconoscimento della protezione internazionale*, in *Giusto proc. civ.*, n. 3/2017, p. 931 ss.; M.C. CONTINI, *La riforma “Orlando-Minniti” ad un anno dall’entrata in vigore. I molti dubbi e le poche certezze nelle prassi delle sezioni specializzate* e A.D. DE SANTIS, *L’impatto del c.d. «decreto sicurezza» sul processo civile*, entrambi in *Dir., immigrazione e cittadinanza*, rispettivamente, n. 3/2018, p. 1 ss. e n. 1/2019, p. 1 ss. (nonché, volendo, S. AGOSTA, *La disciplina in tema di protezione internazionale e contrasto all’immigrazione illegale. Osservazioni a prima lettura*, in www.federalismi.it, n. 22/2017, p. 1 ss.).

²⁴ In oggetto, Corte cost. sent. n. 194 cit. (punto 7.8 *cons. dir.*).

²⁵ ... la quale – evidentemente ricollegandosi alla previsione di cui all’art. 10, comma 3, Cost. – nell’ordinamento costituzionale italiano ricoprirebbe uno spettro più ampio rispetto al mero diritto dei rifugiati di cui alla Convenzione di Ginevra cit.

²⁶ ... in quanto tale ricomprendente non solo gli «aspetti che attengono alle politiche di programmazione dei flussi di ingresso e di soggiorno nel territorio nazionale» [cfr. Corte cost. sent. n. 2/2013 (punto 4.2. *cons. dir.*) e, non dissimilmente, Corte cost. sentt. nn. 134-299/2010, 61/2011] ma, pure, le condizioni per il rilascio del permesso di soggiorno (v. Corte cost. sent. n. 156/2006).

²⁷ Cfr. Corte cost. sent. n. 194 cit. (punto 7.7 *cons. dir.*).

²⁸ Così, *ex multis*, Corte cost. sentt. nn. 412/2001, 17-73-139/2018.

nonizzate, condizioni di ammissibilità²⁹: oltre alla necessità che la censura basata sulla violazione indiretta delle competenze regionali sia adeguatamente argomentata, si pensi soprattutto all'obbligo – pur discendente da disposizione statale conforme al riparto costituzionale delle competenze – che in capo alle Regioni verrebbe così a generarsi di conformare la propria disciplina a quella legislativa asseritamente incostituzionale (per contrasto con parametri, appunto, estranei a tale riparto) nell'esercizio di altre loro attribuzioni normative, amministrative o finanziarie³⁰. L'illegittima restrizione dei titoli di soggiorno in tal senso invocata dalle ricorrenti – e la conseguente illegittima esclusione di una quota di persone dal novero della popolazione regolarmente residente sul territorio e beneficiaria delle prestazioni sociali erogate a livello regionale e locale – verrebbe tuttavia solo *presunta in astratto* dalle Regioni «sull'assunto indimostrato che il passaggio da un permesso di soggiorno generale e atipico, per 'seri motivi di carattere umanitario', a una serie di 'casi speciali', comporti per sé una restrizione della protezione complementare contraria a Costituzione»³¹.

Considerato, invece, che l'effettiva portata dei nuovi permessi speciali potrà essere *valutata in concreto* solamente nell'esperienza applicativa (amministrativa e giurisprudenziale) «che andrà formandosi, in relazione alle esigenze dei casi concreti e alle singole fattispecie che via via si presenteranno», ecco che fare automaticamente discendere dalle disposizioni impugnate l'effetto di contrarre il numero dei titolari di un regolare permesso di soggiorno non viene ritenuto dalla Consulta sufficiente a dimostrare la concreta ridondanza sulle competenze regionali. «Nonostante l'avvenuta abrogazione dell'esplicito riferimento agli "obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano" precedentemente contenuto nell'art. 5, comma 6, del t.u. immigrazione», ad ogni modo, non può certo ignorarsi – ed il passaggio è, pure ai fini del presente contributo, di non secondaria importanza – «che l'interpretazione e l'applicazione dei nuovi istituti, in sede sia amministrativa che giudiziale, sono necessariamente tenute al rigoroso rispetto della Costituzione e dei vincoli internazionali»: con la naturale conseguenza che, qualora il paventato effetto restrittivo rispetto alla disciplina previgente non sia contenuto entro margini costituzionalmente accettabili, il giudice delle leggi ben potrebbe essere adito in via incidentale, restando ovviamente impregiudicata ogni ulteriore valutazione di legittimità costituzionale delle disposizioni in esame.

Prendendo perciò, in primo luogo, le mosse dal profilo "sostanziale" della tutela dei diritti dello straniero in condizione di vulnerabilità, bisogna obiettivamente rilevare che se un merito – tra i molti – vi è da riconoscere alla normativa eurounitaria sul punto (e, soprattutto, a quella italiana di successivo recepimento) esso è stato senz'altro quello di non lasciare invece il riconoscimento del diritto di asilo alla sola generica copertura offerta dall'applicazione diretta del parametro di cui all'art. 10, comma 3, Cost.³² ma di avere in suo favore rinvenuto un nuovo e più circostanziato riferimento nella regolazione ordinaria. Dovendo sinteticamente ricostruire l'istituto della protezione umanitaria sia prima che do-

²⁹ In tal senso, Corte cost. sent. n. 194 cit. (punto 8.5 *cons. dir.*) richiamando, *ex plurimis*, sentt. nn. 244-287/2016, 5/2018.

³⁰ Sul punto, *ex plurimis*, Corte cost. sentt. nn. 244-287/2016, 5/2018.

³¹ In oggetto, Corte cost. sent. n. 194 cit. (punto 7.8 *cons. dir.*) cui si rinvia per le citazioni testuali immediatamente seguenti.

³² Cfr., tra i moltissimi, almeno O. CHESSA, *Drittwirkung e interpretazione: brevi osservazioni su un caso emblematico*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, 2002, p. 420 ss.; R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010, p. 201 ss.; F. MANNELLA, *Giudice comune e Costituzione: il problema dell'applicazione diretta del testo costituzionale*, in www.federalismi.it, n. 24/2010, p. 1 ss.

po l'impugnato intervento statale – in ossequio a quel costante orientamento giurisprudenziale che da tempo impone «l'individuazione dell'ambito materiale al quale vanno ascritte le disposizioni impugnate, tenendo conto della loro *ratio*, della finalità, del contenuto e dell'oggetto della disciplina»³³ – la stessa Consulta ha d'altro canto ricordato come, immessa per la prima volta nell'ordinamento dall'art. 14, comma 3, l. n. 388/1993³⁴, tale nuova forma di tutela evidentemente derogasse alla regola del rigetto (ovvero della revoca) della domanda di permesso di soggiorno ogni qualvolta sussistevano seri motivi di carattere umanitario³⁵.

Modificando le condizioni di soggiorno degli stranieri dettate dal D.L. n. 416/1989, *Norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato*³⁶, si disponeva, difatti, che un provvedimento di rifiuto o di revoca del permesso di soggiorno potesse essere adottato qualora lo straniero non soddisfacesse le condizioni di soggiorno applicabili nel territorio di uno degli Stati contraenti, salvo appunto che ricorressero «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano»³⁷. Andata incontro ad una certa fortuna – in ragione del suo «originario riferimento alle esigenze di carattere umanitario, suscettibili di evitare il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno» – era quindi inevitabile che tale fattispecie fosse testualmente ripresa dall'art. 5, comma 6, l. n. 40/1998, *Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, per poi definitivamente sedimentarsi nell'art. 5, comma 6, D.Lgs. n. 286 cit., prima, e nei D.Lgs. n. 251, *Attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta*, e n. 25 cit., poi.

4. “Beffardo” (più che semplicemente “singolare”) il rischio di una vera e propria nemesi della novella legislativa (sul piano “sostanziale” e “processuale” della tutela degli stranieri vulnerabili)

All'indomani dell'introduzione della protezione internazionale nella duplice forma del riconoscimento dello *status* di rifugiato ovvero di beneficiario di tutela sussidiaria, in caso di non accoglimento della domanda di suddetta protezione diventava così quasi fisiologico di-

³³ Così, Corte cost. sent. n. 194 cit. (punto 7.1 *cons. dir.*) la quale richiama sul punto, tra le altre, le sentt. nn. 148-246/2018, 100-116/2019.

³⁴ Di Ratifica ed esecuzione: a) del protocollo di adesione del Governo della Repubblica italiana all'accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica del Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, con due dichiarazioni comuni; b) dell'accordo di adesione della Repubblica italiana alla convenzione del 19 giugno 1990 di applicazione del summenzionato accordo di Schengen, con allegate due dichiarazioni unilaterali dell'Italia e della Francia, nonché la convenzione, il relativo atto finale, con annessi l'atto finale, il processo verbale e la dichiarazione comune dei Ministri e Segretari di Stato firmati in occasione della firma della citata convenzione del 1990, e la dichiarazione comune relativa agli articoli 2 e 3 dell'accordo di adesione summenzionato; c) dell'accordo tra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo della Repubblica francese relativo agli articoli 2 e 3 dell'accordo di cui alla lettera b); tutti atti firmati a Parigi il 27 novembre 1990.

³⁵ In tal senso, Corte cost. sent. n. 194 cit. (punto 7.3 *cons. dir.*) cui si rinvia anche per i successivi richiami normativi.

³⁶ Convertito, con modificazioni, in l. n. 39/1990.

³⁷ Sul punto, art. 4, comma 12-ter, D.L. n. 416 cit.

sporre che le competenti Commissioni territoriali trasmettessero gli atti al questore – per l'eventuale rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 5, comma 6, cit. – qualora sussistessero «gravi motivi di carattere umanitario»³⁸. Non diversamente dal proverbiale uovo di Colombo³⁹, difatti, col passare degli anni tale opzione legislativa avrebbe così presentato l'indiscutibile vantaggio di dare concreta attuazione ai precetti costituzionali in materia senza al contempo varcare quei confini di tutela degli stranieri che un generoso diritto vivente giurisprudenziale aveva invece già slabbrato di molto (individuando, com'è noto, un «vero e proprio diritto soggettivo all'ottenimento dell'asilo, anche in mancanza di una legge che, del diritto stesso, specifichi le condizioni di esercizio e le modalità di godimento»⁴⁰).

Alla luce di quanto pur sinteticamente rilevato, non difficile sarebbe a questo punto *pro futuro* immaginare come la secca ed incondizionata rimozione della clausola aperta della protezione per motivi umanitari di cui all'art. 5, comma 6, cit. rischi di rivoltarsi proprio contro gli intendimenti di chi l'ha così risolutivamente voluta, potendo contribuire a favorire piuttosto un inedito ritorno al regime *quo ante* (vale a dire una sorta di “reviviscenza” dell'applicazione *omisso medio* del citato art. 10 Cost., come tale, immediatamente azionabile innanzi al giudice ordinario)⁴¹. Oltre la c.d. tutela complementare – a livello europeo riconosciuta in capo agli Stati membri anche per motivi umanitari o caritatevoli a favore di quanti, seppur minacciati nei propri diritti fondamentali in caso di rinvio nel paese d'origine, non possano rivendicare lo *status* di rifugiato né beneficiare della protezione sussidiaria – ancora di recente la stessa Corte di Cassazione non ha d'altro canto mancato di evidenziare come anche il permesso di soggiorno per motivi umanitari rinvenga la propria fondamentale copertura proprio nel diritto di asilo costituzionale di cui all'art. 10, comma 3, cit.⁴².

L'eventuale riproposizione di un'applicazione diretta del parametro ora cit., ad ogni modo, non è che risulterebbe, come usa dirsi, “a costo zero” per i diritti dei migranti, anzi. Ad eccezione delle fattispecie ora espressamente tipizzate dal D.L. n. 113 cit., il compito di definire l'esatta estensione di diritti costituzionali fondamentali dello straniero – quali, *ex plurimis*, quello alle indispensabili prestazioni sanitarie di cui all'art. 32 Cost., all'iscrizione anagrafica ed all'accesso al lavoro (oltre naturalmente al diritto di soggiorno nel territorio

³⁸ In oggetto, art. 32, comma 3, D.Lgs. n. 25 cit.

³⁹ Usualmente impiegato per indicare la soluzione ad un problema all'apparenza impossibile da risolvere, tale detto popolare – nella sua versione più diffusa e nota [erroneamente attribuita dall'esploratore milanese Girolamo Benzoni proprio a Cristoforo Colombo nella sua *Historia del Mondo Nuovo* (Venezia, 1565) ma probabilmente riferita da Giorgio Vasari all'architetto fiorentino Filippo Brunelleschi in occasione dell'appalto per la costruzione della celebre cupola del duomo di Santa Maria del Fiore] – si richiama al celebre episodio in cui, rientrato dal lungo viaggio che lo aveva condotto verso il Nuovo mondo, nel 1493 il navigatore genovese fu invitato dal cardinale Pedro González de Mendoza ad un banchetto in suo onore. Allorquando taluni dei nobili spagnoli presenti iniziarono a sminuire l'impresa appena compiuta da Colombo, quest'ultimo decise di invitarli alla singolare sfida di far stare dritto sul tavolo un uovo senza l'aiuto di alcun sostegno. Dopo che nessuno vi riuscì, nonostante i molteplici tentativi, al navigatore bastò semplicemente schiacciare leggermente una porzione del guscio con una piccola pressione per tenerlo in equilibrio senza farlo cadere. Fu alla reazione piccata per la banalità della soluzione escogitata da parte dei numerosi commensali, che Colombo avrebbe risposto «La differenza, signori miei, è che voi avreste potuto farlo, io invece l'ho fatto»: cfr., ad esempio, R. DE MAIO, *Rinascimento senza toga*, Napoli, 1999, p. 47.

⁴⁰ Così, Corte di Cass., S.U., sent. 26 maggio 1997, n. 4674.

⁴¹ In tal senso, CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *op. cit.*, 6 ss. (cui si rinvia pure per talune delle considerazioni che seguono).

⁴² Sul punto, Corte di Cass. civ., S.U., sentt. 11 dicembre 2018, nn. 32177 e 32044 pure richiamate da Corte cost. sent. n. 194 cit. (punto 7.4 *cons. dir.*).

nazionale) – finirebbe difatti per tornare in capo alle soluzioni *case by case* offerte dalla giurisprudenza col pericolo, però, di alimentarne il tasso di incertezza. Ciò evidentemente perché – come effetto direttamente discendente dal rimpatrio dello straniero – i «seri motivi umanitari» giustificerebbero la tutela di situazioni di vulnerabilità (attuali o accertate con giudizio prognostico) in presenza di un’esigenza concernente la salvaguardia di diritti umani fondamentali protetti a livello costituzionale e internazionale⁴³. Né, in senso contrario al rischio di tale possibile incertezza, varrebbe in effetti opporre i vincoli discendenti dalla disciplina eurounitaria: la quale piuttosto, sullo specifico punto, non avrebbe alterato la potestà di decidere unilateralmente per la domanda di un cittadino di un altro paese membro in capo agli Stati aderenti all’Unione europea seppure reciprocamente ritenute nazioni d’origine sicure a tutti i fini giuridici e pratici connessi a questioni inerenti all’asilo⁴⁴.

Così, ad esempio, non astrattamente preventivate (né aprioristicamente preventivabili...) situazioni di vulnerabilità ben potrebbero essere comunque ritenute potenzialmente idonee a fondare la richiesta di protezione dello straniero per motivi umanitari pur formalmente non rientrando, tuttavia, nella recente tipizzazione legislativa delle ipotesi di tutela. Con il non auspicabile quanto inevitabile riflesso insomma che – in assenza della rimossa mediazione di una fonte di regolazione primaria che ne definisca quantomeno i tratti essenziali – lo *status* costituzionale dello straniero rischierebbe di tornare inopinatamente ad essere assai fumoso e dubbio a fronte di quel *minimum* di certezza nonostante tutto offerto invece, in passato, proprio dal permesso per motivi umanitari.

E questo per restare sul piano che, solo per comodità espositiva, si è *supra* definito “sostanziale” della protezione dei diritti dello straniero: perché, pure passando al connesso versante “processuale” della medesima, non è che di potenziali criticità sulla stessa amministrazione della giustizia parrebbero mancare. In tal senso, si ponga mente alle possibili negative ricadute che sui principi di prevedibilità e certezza delle pronunzie giurisdizionali – e, a ritroso, sulla stessa ragionevole durata del processo⁴⁵ – finirebbe per avere un ipotizzabile aumento del contenzioso derivante dall’incertezza verosimilmente determinata dalla novella in esame, per un verso, sul giudice competente e sulle misure adottabili e, per un altro, sullo stesso rito applicabile.

Con riferimento al primo aspetto – non essendo espressamente riconducibile alla previsione di cui all’art. 1, *lett. a), b), c), d), e)*, D.L. n. 113 cit. ma potendo potenzialmente rientrare nel caso di mancato riconoscimento di permessi per protezione speciale di cui alla *lett. c)* – ogni procedimento nascente dalla domanda di tutela diretta dell’asilo costituzionale, in mancanza di norme che formalmente specificchino la competenza sulle domande connesse ovvero collegate all’applicazione diretta della Costituzione, rischierebbe difatti di sfuggire alle controversie radicate in capo alle nuove sezioni specializzate proprio in materia di protezione internazionale *ex art. 3*, D.L. n. 13 cit. per finire in capo al Tribunale ordinario monocratico⁴⁶. Passando al secondo dei due punti *retro cit.*, poi, non può certamente escludersi

⁴³ In oggetto, Corte di Cass., sez. I civ., ord. 12 novembre 2018, n. 28996 sempre invocata da Corte cost. sent. n. 194 cit. (punto 7.4 *cons. dir.*).

⁴⁴ Cfr. art. unico, Prot. n. 24 al Trattato di Lisbona, *sull’asilo per i cittadini degli Stati membri dell’Unione europea*, in www.asgi.it.

⁴⁵ Così, G. AMATO, *La protezione internazionale e il sistema giudiziario italiano*, in *La magistratura*, n. 1-2/2017, p. 1 ss.

⁴⁶ In questo modo determinando, pure, «una vanificazione, almeno parziale, dell’obiettivo del legislatore sottostante la costituzione delle sezioni specializzate, le quali, per competenza e concentrazione, si sono dimo-

– e, anzi, è altamente prevedibile – che le domande contenute nel ricorso possano spaziare da quella di protezione costituzionale diretta *ex art. 10, comma 3, cit.* a quella per casi appunto speciali, passando attraverso la domanda di protezione internazionale *tout court*: va così da sé come oltremodo arduo diventerebbe individuare (appunto per le controversie con domande plurime) oltre al giudice competente soprattutto il rito applicabile – se sommario di cognizione⁴⁷ ovvero camerale⁴⁸ – senza evitare possibili conflitti giurisdizionali.

Sebbene sul punto non siano mancate, com'è noto, tanto l'adozione di prassi virtuose⁴⁹ quanto, pure, non secondarie misure organizzative (quali complessivi piani di applicazione e progetti tabellari nei Tribunali distrettuali), non può che in conclusione destare più d'una perplessità il rischio della nemesi di una disciplina espressamente confezionata in funzione di “certezza del diritto” (vale a dire sui presupposti applicativi della protezione umanitaria e del limite al margine di applicazione giudiziaria di tali forme di tutela) che sembra finire poi per sortire effetti diametralmente opposti a quelli inizialmente prefissati: e, cioè, di “incertezza dei diritti” degli stranieri vulnerabili sia sul piano sostanziale che precipuamente processuale.

ABSTRACT: *From the certainty of law to the uncertainty of vulnerable migrant's constitutional rights: the risk of new urgent measures for international protection and immigration nemesis*

In order to better manage migration flows, new urgent measures for international protection and immigration provided for in Decree-law no. 113 of 2018 repeal the residence permit for humanitarian grounds and replace it by a set of special cases of temporary residence permits. So the permits for special protections, for medical care, for disasters and particularly important civil acts are added to pre-existing cases of social protection, domestic violence and labour exploitation. This legislative innovation proceeds from an abstract acceptable precondition but however it seems to arouse perplexity in practice in terms of an and quomodo approach. The new legal framework has been introduced to enhance certainty of law but – as a result of a scornful nemesis – it could get a diametrically opposite effect increasing uncertainty of vulnerable migrant's rights: from substantial perspective, as it can encourage an unprecedented and sustained reliving of art. 10, third par., *Cost. omissio medio* application; from procedural one, as it can negatively influence competent Court and applies procedural rules identification.

strate in grado di assicurare una tutela tempestiva e qualitativamente adeguata alla richiesta»: in tal senso, Consiglio Superiore della Magistratura, *op. cit.*, 8.

⁴⁷ A norma dell'art. 19-ter, D.Lgs. n. 150/2011, *Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69.*

⁴⁸ A mente dell'art. 3, D.L. n. 113 cit.

⁴⁹ Sul punto, Consiglio Superiore della Magistratura, *Linee guida in tema di organizzazione e buone prassi per la trattazione dei procedimenti relativi alla protezione internazionale* (risoluz. 15 marzo 2017), in www.csm.it.

MAGHREB-EUROPE FACE AU CONTROLE DU FLUX MIGRATOIRE: LE ROLE DU MAROC

RABIÂ M'RABET TEMSAMANI*

SOMMAIRE: 1. Introduction. – 2. Les normes de la migration dans les pays du Maghreb. – 2.1 Maroc. - 2.2 Algérie. – 2.3 Tunisie. - 3. Le mineur étranger non accompagné dans les yeux du législateur maghrébin. – 4. Le contrôle du flux migratoire Sud-Nord : Cas Maroc-Espagne. – 4.1 Control global : Sud-Nord. – 4.2 Le contrôle bilatéral : Maroc-Espagne. – 5. Conclusion.

1. *Introduction*

L'Homme, par nature aspire perpétuellement à améliorer sa situation, il ne cesse de se déplacer d'un lieu à un autre en quête d'un avenir meilleur. Il reste une espérance tellement forte qu'aucune mesure ne pourrait l'arrêter quand bien même il serait qu'il pourrait y laisser sa vie. En conséquence, il faudrait à la fois comprendre et admettre que ni les normes ni les obstacles physiques et humaines ne pourraient le dissuader. Il n'est aucunement étonnant de voir comment des migrants passent de longues années dans un seul pays de transit avant d'atteindre sa destination finale tant attendue. Un temps auquel il ne faudrait pas omettre la durée écoulée depuis qu'il a quitté le pays d'origine.

Pour matérialiser cette dramatique image, il n'y aurait pas mieux que l'Afrique du Nord dont est originaire l'auteur pour aborder un sujet aussi controversant portant sur la migration et spécialement irrégulière.

L'Afrique du Nord reste, par excellence, un passage incontournable pour ces milliers de personnes qui n'ont aucun autre désir que celui d'atteindre l'Europe. Certes, ces pays du Maghreb représentent nécessairement le tremplin qui les projettent vers leur Eldorado.

Vu leur proximité du continent européen, le Maroc et l'Algérie, par leur proximité de l'Espagne, et la Tunisie, par sa proximité de l'Italie, connaissent un intense flux migratoire des citoyens provenant de tout le continent africain, voire, de l'Asie¹.

Les pays en question qui diffèrent par leurs surfaces, leurs systèmes politique et aussi économiques, également diffèrent par leurs normes d'entrée et du séjour des étrangers non moins que par celles de la gestion du flux migratoire. L'étude de l'arsenal juridique de ces

* Chercheur Groupe de recherche de la Junta de andalucia SEJ-399 «Droit européen commun et Études internationales», Université de Jaén et professeur Master Relations Internationales: Université Internationale d'Andalousie Séville et l'Université Pablo de Olávide Séville.

¹ En février 2018, cinq birmans de la minorité musulmane Rohingya ont été arrêtés par la marine royale marocaine sur une embarcation à la hauteur du cap Spartel à l'ouest de Tanger. Le trajet de l'un d'eux a commencé par Bangladesh, puis l'Inde où il a pu acheter un passeport falsifié et un visa pour l'Algérie et de là, il a pu accéder au territoire marocain à côté à d'autres compatriotes. Dans un autre cas, il s'agit de l'arrestation à Tanger au Maroc le 8 juin 2019, d'un citoyen indien soupçonné de participer à la médiation de l'immigration clandestine et la traite des êtres humains. Alors que lui-même un résident illégal, il hébergeait 16 personnes candidates à la migration clandestines de nationalité sri-lankaise, indienne et pakistanaise.

États dans la matière, nous permettrait certainement d'appréhender leur gestion de la migration dans ses deux volets : régulier et irrégulier.

Attendu que, dans le flux migratoire irrégulier, il est assez fréquent de compter parmi les adultes, des mineurs non accompagnés qui ont soit quitté leurs pays d'origine sous ce statut, soit perdu leurs parents ou tuteurs légaux lors de la triste aventure, voire même après leurs arrivées aux pays maghrébins. Il serait d'un devoir plus moral et humain qu'académique de s'arrêter sur la problématique de l'une des plus vulnérables catégories² de la migration clandestine, pour déceler ce que le législateur de ces pays leur a réservé.

En considérant que la destination convoitée principalement est celle d'atteindre l'Europe en traversant la méditerranée par tous les moyens possibles, ce travail abordera la relation Sud-Nord qui accompagne la gestion et le contrôle du flux migratoire en question. Dans ce contexte, nous nous intéresserons spécialement à la coordination et la coopération maroco-espagnoles, représentant respectivement le pays du départ et le pays d'arrivée.

2. Les normes de la migration dans les pays du Maghreb

Pour un citoyen de l'Afrique subsaharienne qui souhaiterait se rendre à l'un de ces pays, objet de ce travail, il devrait s'affronter aux formalités et conditions d'accès à leurs territoires. Ces barrières diffèrent d'un pays à un autre, tandis que la Tunisie reste ouverte sans être soumise à la formalité d'un visa d'entrée pour les ressortissants de plusieurs pays africains, le territoire algérien est presque fermé, à l'exception aux ressortissants du Maroc, de la Tunisie, de la Lybie, de la Mauritanie et du Mali. Il faudrait absolument disposer d'un visa d'entrée pour le reste des ressortissants des pays africains, ainsi que pour ceux de tous les pays du globe qui exigent de même aux algériens dans la pratique de la réciprocité. Et entre les deux, se trouve le Maroc qui subordonne l'accès à son territoire, à une grande partie des ressortissants des pays Africains, à l'obtention d'un visa à l'exception de ceux de l'Algérie, de la Tunisie, du Mali, du Niger, du Sénégal, du Burkina-Faso, du Côte-d'Ivoire, Congo (Brazzaville), et de la Guinée (Conakry). Mais, depuis le 1^{er} novembre 2018, le Maroc est passé à une nouvelle procédure d'accès à son territoire. Il s'agit du mode « AVEM », AUTORISATION ELECTRONIQUE DE VOYAGE AU MAROC³, sur demande et qui doit être faite online au plus tard 96 heures avant le départ vers le Maroc. Cette mesure, qui reste expérimentale elle pourrait bien concerner d'autres pays à l'avenir, est prise en faveur des ressortissants de la Guinée Conakry, du Congo Brazzaville et du Mali.

La lecture des normes de ces pays ainsi que les institutions nationales impliquées, nous permettrait de mieux comprendre leur politique en la matière de la migration.

2.1. Maroc

Alors qu'il continue toujours à être un pays émetteur de migrants et de transit, il est de plus en plus un pays de destination du flux migratoire.

² Il y a aussi les femmes, mais malheureusement elles ne feraient pas l'objet de ce travail.

³ Il s'agit du site [acces-maroc](https://www.acces-maroc.ma/#/), moyennant lequel l'intéressé pour déposer la demande en question. <https://www.acces-maroc.ma/#/>.

Avec l'adoption de la loi 02-03⁴, relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Royaume, à l'émigration et l'immigration irrégulières, le 11 novembre 2003, il faudrait penser qu'il était bien temps d'abroger les textes archaïques, obsolètes, anachroniques et inhumains hérités de la période coloniale et qui étaient toujours en vigueur⁵. Cette loi a permis à la fois la décolonisation de la législation relative à la migration et son unification, puisqu'il se composait de plusieurs textes⁶. Il serait légitime de penser que le Maroc s'est doté d'une loi qui s'est inspirée des législations européennes. Elle répond, au moins en partie, à des pressions extérieures dont les fondements sont sécuritaires et s'inscrit dans une conjoncture internationale et régionale qui privilégie la dimension sécuritaire au détriment de celle des droits de l'Homme.

L'option sécuritaire apparaît dans différents articles, argumentant de la sorte, les mesures prises par la menace de la sécurité ou de l'ordre public⁷. Tel est le cas dans neuf articles, en l'occurrence les articles 4⁸, 14⁹, 16¹⁰, 17¹¹, 21¹², 25¹³, 27¹⁴, 35, 40¹⁵ et 42.

Les cinquante-huit articles composants cette loi, sont répartis dans trois titres. Le titre premier reste le plus global qui encadre tout ce qui est inhérent à l'entrée et au séjour des étrangers au royaume. En même temps, il est le plus long avec ces trente-neuf articles, sept chapitres dont le deuxième est composé à son tour par trois sections. Le législateur marocain, impose à l'étranger en séjour sur le territoire marocain de disposer d'un titre de séjour¹⁶. Ce dernier se présente sous forme de carte d'immatriculation¹⁷ ou de résidence¹⁸.

⁴ Entrée en vigueur le jour de sa publication dans le bulletin officiel n° 5162 du jeudi 20 novembre 2003.

⁵ Par exemple le Dahir du 8 novembre 1948, relatif à l'émigration des travailleurs marocains qui stipulait en plus du certificat médical, le certificat de désinsectisation (art.4).

⁶ En plus du dahir sus cité, il y avait le Dahir du 15 novembre 1934 réglementant l'immigration en zone française du Maroc ; le Dahir du 2 janvier 1940 réglementant le séjour de certaines personnes ; le Dahir du 16 mai 1941 relatif aux autorisations de séjour et le Dahir du 17 septembre 1947 relatif aux mesures de contrôle établies dans l'intérêt de la sécurité publique.

⁷ Comme cet ordre public n'est défini nulle part dans les normes marocaines, il reste amplement interprété et selon la guise.

⁸ [...] L'accès au territoire marocain peut également être refusé à tout étranger dont la présence constituerait une menace pour l'ordre public ou qui fait l'objet soit d'une interdiction du territoire soit d'une expulsion.

⁹ La carte d'immatriculation peut être refusée à tout étranger dont la présence au Maroc constitue une menace pour l'ordre public.

¹⁰ [...] La carte de résidence peut être refusée à tout étranger dont la présence sur le territoire marocain constitue une menace pour l'ordre public.

¹¹ [...] Toutefois, la carte de résidence ne peut être délivrée dans les cas ci-dessus mentionnés, si la présence de l'étranger au Maroc constitue une menace pour l'ordre public.

¹² L'alinéa 7 stipule : si l'étranger a fait l'objet d'un retrait de sa carte d'immatriculation ou de résidence, ou d'un refus de délivrance ou de renouvellement de l'une de ces deux cartes, dans les cas où ce retrait ou ce refus ont été prononcés, en application des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, en raison d'une menace à l'ordre public.

¹³ L'expulsion peut être prononcée par l'administration si la présence d'un étranger sur le territoire marocain constitue une menace grave pour l'ordre public sous réserve des dispositions de l'article 26 ci-dessous.

¹⁴ Lorsque l'expulsion constitue une nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou pour la sécurité publique, elle peut être prononcée par dérogation à l'article 26 de la présente loi.

¹⁵ Lorsqu'un étranger est autorisé à séjourner au Maroc, sous couvert d'un titre de voyage revêtu d'un visa requis pour les séjours n'excédant pas trois mois, ce visa peut être annulé si l'étranger exerce au Maroc une activité lucrative, sans avoir été régulièrement autorisé, ou s'il existe des indices concordants permettant de présumer que l'intéressé est venu au Maroc pour s'y établir, ou si son comportement trouble l'ordre public.

¹⁶ Voir article 5 et 6.

¹⁷ Voir section première.

¹⁸ Voir la deuxième section.

Pour ce qui est de la première, il est délivré à l'étranger désireux de séjourner au Maroc. Elle représente l'autorisation du séjour pour une durée d'un à dix ans. Mais en cas de refus de sa délivrance, l'intéressé devrait quitter le territoire dans un délai de quinze jours. Alors que pour la deuxième carte, il faudrait avoir séjourné conformément aux lois et règlements pour une durée d'au moins quatre ans non interrompue. Au niveau de l'article dix-sept qui cite les personnes en droit à l'obtention de la carte en question, nous constatons que le législateur n'utilise nullement le terme "groupement familial", sinon, il signale le conjoint étranger d'un ressortissant de nationalité marocaine¹⁹. Un autre élément qui mériterait un moment de réflexion et de méditation, c'est le réfugié qui apparaît à l'alinéa cinq²⁰ du même article. Car le statut de réfugié ne signifie aucunement le droit immédiat à la légalisation de sa situation comme c'est le cas dans les pays européens²¹.

Toutefois, en cas de refus de la délivrance ou le renouvellement de ces titres de séjours, dont le législateur a dûment détaillé le fondement, des voies de recours en justice sont garanties aux étrangers. Comme dans le cas des lois occidentales en la matière, le législateur marocain a réglementé aussi bien la reconduite aux frontières²² que l'expulsions²³. Pour ce qui est de cette dernière, il est facile de constater que le réfugié n'a

¹⁹ Mais ce qu'il peut être conçu comme une négligence juridique c'est la présence toujours dans cet article de la référence au code de la nationalité marocaine dans sa version antérieure avant la réforme de 2007 par le Dahir n° 1-07-80 du 3 rabii I 1428 (23 mars 2007) portant promulgation de la loi n° 62-06 modifiant et complétant le dahir n° 1-58-250 du 21 safar 1378 (6 septembre 1958) portant code de la nationalité marocaine ; Bulletin Officiel n° 5514 du 10 rabii I 1428 (5 Avril 2007), p. 457. La version disponible et consultable n'est pas actualisée. Ladite réforme a permis à la mère marocaine de transmettre sa nationalité à ses enfants nés d'un père étrangers chose qui n'était pas possible dans le cadre de la loi qui est toujours citée. Il ne faudrait pas omettre cette occasion pour rappeler le calvaire des enfants nés et vivants au Maroc d'une mère marocaine. Ils continuaient à y vivre, sans même l'avoir jamais quitté, comme des étrangers qui devaient renouveler leurs séjours chaque année sans parler des autres problèmes qui en résultent. A titre d'exemple l'accès à certaines études ou fonction publique voire activité libérale. Leur condition d'étranger les plaçait soit dans le nombre de cota extrêmement réduite ou bien dans l'interdiction formelle. La situation des enfants dont le père était ressortissant d'un pays arabe était la plus vulnérable.

²⁰ 5-à l'étranger qui a obtenu le statut de réfugié en application du décret du 2 safar 1377 (29 août 1957), fixant les modalités d'application de la convention relative au statut des réfugiés, signée à Genève le 28 juillet 1951, ainsi qu'à son conjoint et à ses enfants mineurs ou dans l'année qui suit leur majorité civile.

²¹ Il est vrai que le Maroc a bien ratifié la convention de Genève en 1951 en 1956 ainsi que son protocole de 1967 comme le montre le Dahir n° 1-57-271 du 26 août 1957 relatif à l'application de la convention de Genève relative au statut des réfugiés et décret n° 2-57-1256 du 29 août 1957 fixant les modalités d'application de la Convention relative au statut des réfugiés signée à Genève le 28 juillet 1951. Cependant et jusqu'à présent, il y a aucune législation nationale qui régit le sujet. En effet, c'est la délégation du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR) installée sur place qui est chargée de recevoir les demandes et de statuer sur leurs résolutions. Il faudrait rappeler que le Maroc a été le premier pays sur le continent africain à recevoir le personnel du HCR en 1959 et à autoriser l'ouverture d'une délégation honoraire en 1965 et qui jusqu'à l'automne 2004 était installée à Casablanca. Sa compétence concernait uniquement l'enregistrement des demandes d'asile présentées par les exilés souhaitant obtenir, au Maroc, une protection internationale au titre de la Convention de Genève. Le bureau en question a connu un changement en novembre 2004. Tout d'abord, la délégation s'installe à Rabat et ferme son bureau de casa. Ses activités sont relancées à partir d'octobre 2005, pour passer au mode de contractualisation avec des associations œuvrant dans le social ou l'accès aux droits est développée pour assurer une assistance aux réfugiés reconnus par le HCR. En 2007 le bureau du HCR à Rabat devient une Délégation à part entière moyennant la signature d'un « accord de siège » avec l'État et ainsi Le HCR s'est ainsi substitué à l'État pour reconnaître le statut de réfugié. Ceci est dit le Maroc peut toujours d'accorder discrétionnairement l'asile à des personnes déterminées indépendamment de leur reconnaissance par le HCR.

²² Voir chapitre III.

²³ Voir chapitre IV.

pas été cité par le législateur, parmi les personnes que ne peuvent pas faire l'objet de cette décision. Mais ce n'est que dans les dispositions communes à ces deux décisions²⁴ où nous pouvons lire que la destination du pays dont l'étranger a la nationalité sauf s'il bénéficie du statut de réfugié ou bien dans l'attente de la résolution de sa demande. Dans le chapitre VI portant sur les dispositions diverses, le législateur a déterminé l'étrangers qui pourrait être maintenu, dans le cas de nécessité absolue, dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire et ce pendant le temps strictement nécessaire à son départ²⁵. Malgré le fait de signaler que les lieux en question ainsi que les modalités de leur fonctionnement et de leur organisation sont fixés par voie réglementaire, et quinze ans après, il ne serait pas possible de trouver une norme conçue pour l'occasion. Les conditions de la détention de ces étrangers restent tristement déplorables²⁶. Le législateur a aussi prévu une zone d'attente du port ou de l'aéroport dans laquelle l'étranger voulant accéder au territoire marocain attendrait la résolution de son cas et dont la durée ne pourrait pas excéder quarante-huit heures, mais après autorisation du président du tribunal de première instance ou magistrat du siège délégué par lui, elle pourrait être prolonger au-delà de quatre jours et à titre exceptionnel au-delà de douze jours renouvelés. Juste pour imaginer la situation, il s'agit d'une zone d'attente délimitée par l'administration de ces points d'entrée et comme dans le cas précédent, aucune norme n'est exigée afin que le détenu passe le temps précis pour la résolution dans des conditions humaines acceptables. Pour fermer le premier titre et pour sanctionner les infractions relatives à l'accès et le séjour, le législateur a instauré des dispositions pénales²⁷ composé d'amende de 2000 à 30 000 Dirham marocain (MAD²⁸) ou d'emprisonnement allant d'un mois à deux ans d'emprisonnement ou bien les deux à la fois selon les cas et les circonstances. Finalement et pour lutter contre l'émigration et l'immigration irrégulières, la loi en question consacre son deuxième titre aux dispositions pénales organisées dans sept articles. Effectivement, le législateur a codifié des délits en relation avec la migration clandestine en infligeant aussi bien des amendes que l'incarcération. Pour la première, elle varie de 3 000 MAD à 1 000 000 MAD, pour ce qui est de l'emprisonnement est d'un mois à un trois ans de prison. Nonobstant, dans le cas où il résulte une incapacité permanente lors de l'entrée ou la sortie du territoire marocain, la peine peut aller de quinze à vingt ans et à la réclusion perpétuelle dans le cas où il en résulte la mort.

Néanmoins, il n'y a aucune référence aux droits politiques, économiques et sociaux des étrangers : liberté d'expression et d'opinion, d'appartenance syndicale, droit à la santé. Il s'agit des droits stipulés par la convention internationale sur la protection des droits de

²⁴ Voir chapitre V.

²⁵ Lire article 34.

²⁶ À titre d'exemple, nous citons le cas des étrangers candidats à la migration clandestine qui ont été retenu dans le parking et la cours du commissariat central de Tanger fin septembre 2018. Pendant des jours voire semaines selon ce qui a été rapporté par les journaux et les militants pour les droits de l'homme avant qu'il ne soit immigré, entassés sans accès à la toilette. Certaines photos qui ont été diffusée sur les réseaux sociaux montraient des bouteilles en plastique qui servaient comme l'unique moyen pour le besoin biologique. Il est possible de savoir un peu plus sur cette dramatique situation sur les sites suivants consultés le 24 juin 2019. <https://observers.france24.com/fr/20181019-maroc-migrants-tanger-parking-police-expulsion>; https://www.huffpostmaghreb.com/entry/migrants-le-gadem-alerte-sur-les-expulsionsabusives_mg_5bbf4168e4b0bd9ed5576e7a et <https://www.amnesty.org/fr/latest/news/2018/09/morocco-relentless-crackdown-on-thousands-of-sub-saharan-migrants-and-refugees-is-unlawful/>

²⁷ Voir chapitre VII.

²⁸ 1 MAD est l'équivalent de 0.0918€ selon le taux d'échange du 26 juin 2019.

tous les travailleurs migrants et des membres de leurs familles que le Maroc fût parmi les premiers pays à ratifier le 14 juin 1993. Bien qu'avec la constitution marocaine de 2011, dans son article 30, les ressortissants étrangers jouissent des libertés fondamentales reconnues aux citoyennes et citoyens marocains conformément à la loi et pour ceux qui résident au Maroc peuvent participer aux élections locales en vertu de la loi, de l'application la convention internationales ou de pratiques de réciprocité, mais durant les dernières élections régionales et communales locales marocaines de 2015, ce droit n'a pas été mis en pratique.

S'agissant du code pénal marocain, le législateur inclut le trafic d'immigrant dans le cadre du blanchiment de capitaux issue du trafic d'immigration et qui est à son tour incriminé comme étant la traite des êtres humains. Tout réseaux de trafic d'immigration démantelé et poursuivi dans le cadre de la traite des êtres humains qui est couvert par la section VI du chapitre VII portant sur les crimes et délits contre les personnes.

À côté de la loi 02-03, il serait intéressant de s'arrêter sur le statut particulier des ressortissants des 3 pays à savoir, le Sénégal, la Tunisie et l'Algérie, qui reste privilégié en raison de la convention d'établissement de leur nationaux, qui a été signée avec le Maroc consécutivement en mars 1964²⁹, décembre 1964³⁰ et en mars 1963³¹. À titre d'exemple, ils ne sont pas assujettis à une autorisation de travail, il leur suffit de solliciter la carte d'immatriculation pour les travailleurs.

Concernant la convention signée avec le Sénégal, les nationaux des deux pays sont assimilés à des nationaux dans le pays d'accueil, comme à titre d'illustration l'accès à l'emploi public, l'exercice des professions libérales et la participation à des activités syndicales. Pour ce qui est de l'Algérie et de la Tunisie, la convention stipule que les nationaux des pays contractants bénéficient dans de l'autre de la liberté publique à l'exclusion de l'exercice des droits politiques.

Enfin, Il convient de rappeler la décision prise par le Maroc de procéder à la régularisation de certaines catégories des étrangers en deux phases : du premier janvier 2014 au 31 décembre 2014³². Alors que la 2^{ème} phase d'intégration des personnes en situation irrégulière a eu lieu 2016-2017³³.

Dans le cadre institutionnel, le sujet de la gestion et du contrôle du flux migratoire est compétence du ministère de l'intérieur qui procède au contrôle des frontières et à la lutte contre les trafics illégaux et sous l'auspice duquel agissent la Direction de la Migration et de la Surveillance des Frontières et l'Observatoire national de la Migration. Il faudrait aussi ajouter le ministère délégué auprès du ministère de la coopération internationales et des affaires étrangères chargé des marocains résidents à l'étranger et des affaires de la migration dont les attributions, entre autres, est la préparation de la politique gouvernementale en matière de migration et d'intégration des immigrants et des réfugiés et

²⁹ Voir le BO n° 2773.

³⁰ Voir le BO n° 2945.

³¹ Voir le BO n° 2808.

³² Selon le bilan annoncé par le ministre délégué auprès du ministre de l'intérieur, le nombre des demandes de régularisation validées, a atteint 17.916 sur un total de 27.332 demandes, soit un taux de satisfaction de 65%. Toujours et selon le même responsable, les demandes formulées par les femmes, ainsi que les enfants, ont reçu un avis favorable de carrément 100%, totalisant un chiffre impressionnant de 10.178.

³³ Jusqu'au moment de la rédaction de ces lignes, il est possible de lire sur le site officiel de la migration que l'examen des demandes est en cours : <https://marocainsdumonde.gov.ma/operations-de-regularisation/> consulta la dernière fois le 25 juin 2019. Selon le Conseil National des Droits de l'Homme, 26 860 demandes de régularisation ont été déposées dans le cadre de cette deuxième campagne.

en assurer la mise en œuvre. Bien sûr, il y'a aussi la marine royale dont le rôle est de surveiller les côtes marocaine et d'interpeller les embarcations qui se dirigent vers les sud de l'Europe.

Il ne serait possible de terminer cette partie sans évoquer la création de l'Observatoire Africain des migrations et du développement³⁴ dont le siège est à Rabat. Cette institution de l'Union Africaine aurait la mission de collecter et d'analyser les données sur la migration en Afrique.

2.2. Algérie

Tout comme le Maroc, l'Algérie qui reste toujours un émetteur des migrants, il est devenu également un pays de transit vers le Maroc, la Tunisie et aussi la Lybie dont leurs proximités de l'Espagne et de l'Italie font d'eux une plateforme convoitée pour les candidats à la migration clandestine.

La législation algérienne portant sur l'entrée, le séjour et la circulation des étrangers en Algérie est restée inchangée de 1966 à 2008. Comme dans le cas du Maroc, avant la promulgation elle disposait d'une loi régissant la situation des étrangers qui date du 21 juillet 1966³⁵, quatre ans après son indépendance le 5 juillet 1962. La loi 08-11 relative aux conditions d'entrée, de séjour et de circulation des étrangers en Algérie fût promulguée le 25 juin 2008³⁶. Elle est constituée de 52 articles qui sont répartis en neuf chapitres. Comme dans le cas de son voisin, l'option sécuritaire apparaît dans les articles 5³⁷, 30³⁸ et 32³⁹, justifiant ainsi les mesures prises par la menace de la sécurité ou de l'ordre public. En quelque sorte, il reste une loi similaire à son homologue occidentale en ce qui concerne les conditions d'entrée de l'étranger sur son territoire comme la justification de moyens de subsistance suffisants pour la durée de son séjour et pour ceux qui désirent séjourner temporairement devraient disposer d'une assurance de voyage⁴⁰. Le législateur algérien précise que l'étranger non résident est celui qui est en transit par le territoire algérien ou bien en séjour temporaire pour une durée n'excédant pas quatre-vingt-dix jours⁴¹. Alors que l'étranger résident est celui qui désire fixer sa résidence effective habituelle et permanente et ayant obtenu la carte de résidence d'une durée de deux ans. Cependant, ce statut de résident se perd si l'étranger s'absente du pays pour une durée ininterrompu d'un an⁴². Contrairement au législateur marocain, l'algérien stipule clairement le droit de l'étranger

³⁴ L'accord a été signé le 10 décembre 2018 lors de la conférence intergouvernementale sur le Pacte mondial pour des migrations sûre, ordonnées et régulières (Marrakech, 10-11 décembre 2018). L'idée a vu le jour lors de la 31^{ème} sommet de l'Union Africain célébré du 24 juin au 2 juillet 2018 à Nouakchott.

³⁵ Voir l'ordonnance n° 66-211 du 21 juillet 1966, modifiée et complétée, relative à la situation des étrangers en Algérie.

³⁶ Voir le Journal Officiel de la république algérienne démocratique et populaire, n° 36 du 2 juillet 2008.

³⁷ Le ministre de l'intérieur peut refuser l'entrée sur le territoire algérien à un étranger pour des raisons relatives à l'ordre public et/ou à la sécurité de l'État, ou pour des raisons pouvant porter atteinte aux intérêts fondamentaux et diplomatiques de l'État algérien.

³⁸ 1- lorsque les autorités administratives estiment que sa présence en Algérie constitue une menace pour l'ordre public et/ou à la sécurité de l'État.

³⁹ Toutefois et sans porter atteinte à la sécurité de l'État, à l'ordre public, à la morale et à la législation relative au crime organisé, le délai d'introduction du recours suscité est prolongé à trente (30) jours pour les personnes citées ci-dessous.

⁴⁰ Voir article 4.

⁴¹ Voir article 10 du chapitre III sur les conditions de séjour de non résident.

⁴² Voir article 21 du chapitre IV sur les conditions de séjour des résidents étrangers.

résident au regroupement familiale⁴³. Nous pouvons lire une autre disposition qui marque encore une fois la différence avec la législation marocaine. Il s'agit de l'obligation des citoyens algériens d'informer les autorités compétentes⁴⁴ dans le cas de l'emploi ou de l'hébergement d'un étranger. En ce qui concerne l'expulsion et la reconduite à la frontière, la présente loi détermine les circonstances de son application ainsi que la suspension de son exécution avec bien évidemment le droit et la possibilité d'introduire le recours. Tout comme dans le cas du Maroc, cette loi algérienne stipule la possibilité de la création des centres d'attente pour héberger les ressortissants étrangers en situation irrégulière en phase d'expulsion et de reconduite à la frontière⁴⁵. La durée maximale dans ces centres peut aller jusqu'à trente jours renouvelables.

Arrivant à la disposition pénale, le législateur est assez sévère quant à la sanction de la migration irrégulière, autant pour le migrant que pour le trafiquant, le transporteur, l'employeur, les complices et le logeur. Victimes et coupables sont ainsi logés à la même enseigne. Les sanctions sont composées d'amende allant de 2 000 Dinar algérien⁴⁶ (DA) à 3 000 000 DA et d'emprisonnement allant de six mois à vingt ans selon les cas déterminés dans le chapitre huit. Le législateur algérien n'a pas omis d'inclure comme moyen frauduleux, le mariage à la seule fin d'obtenir la carte de résidence ou la nationalité, le sanctionnant ainsi, par une peine de prison allant de 2 à 5 ans en plus d'une amende.

A son tour, le législateur algérien, ne fait aucune référence aux droits politiques, économiques et sociaux des étrangers : liberté d'expression et d'opinion, d'appartenance syndicale, droit à la santé. Pourtant, l'Algérie a adhéré le 21 avril 2005 à la convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leurs familles.

En ce qui concerne le Code pénal Algérien, contrairement à celui du Maroc, il réserve tout une section de douze articles au trafic illicite de migrants. La sanction prévue est la réclusion, qui peut aller de 3 à 20 ans, et/ou une amende qui commence de 300 000 DA à 2 000 000 DA. De même, une peine complémentaire stipulée dans l'art 9 y est additionnée et sans la possibilité de bénéficier des circonstances atténuantes. Le même code consacre une section de 14 articles à la traite des êtres humains et qui inclut implicitement le trafic illicite de migrants.

Pour ce qui est du cadre institutionnel algérien concerné par la gestion et le contrôle de la migration dans ces deux volets, nous citons le ministère des Affaires étrangères pour le cas de la migration régulière, le ministère de l'Intérieur et des Collectivités locales pour la migration irrégulière et le ministère de la Défense nationale pour la sécurisation des frontières.

2.3. Tunisie

La condition des étrangers en Tunisie est régie principalement par deux textes : par la loi n. 68-7 relative à la condition des étrangers en Tunisie et par le décret n. 68-198 réglementant l'entrée et le séjour des étrangers en Tunisie. La loi tunisienne 68-7 reste la plus ancienne que celles abordées précédemment. Promulguée en 1968 et amendée en 1992, ladite loi composée de 29 articles, n'a toujours pas été adaptée à l'actualité comme

⁴³ Voir article 19.

⁴⁴ Voir chapitre VI sur la déclaration d'emploi et d'hébergement des étrangers.

⁴⁵ Lire article 37.

⁴⁶ 1000 DA est l'équivalent de 7.4 € selon le taux d'échange du 27 juin 2019.

c'est le cas du Maroc et de l'Algérie. Elles régularisent l'entrée et le séjour des étrangers sur le territoire tunisien. Le législateur tunisien fait la distinction entre le séjour temporaire⁴⁷ et le séjour ordinaire⁴⁸ qui sont subordonnés à l'obtention préalable d'un visa de séjour temporaire ou ordinaire. De même, le législateur assujettit l'étrangers à un visa en cas de vouloir quitter le territoire et aussi pour y retourner. En ce qui concerne le visa de retour⁴⁹, tout étranger disposant d'une carte de séjour ordinaire et souhaitant quitter le territoire pour une durée supérieur de six mois devrait obtenir au préalable un visa de retour qui ne peut dépasser un an. Quant au visa de sortie, il concerne tout étranger résidant en séjour ordinaire ou temporaire qui souhaite quitter le territoire⁵⁰. Le législateur n'a pas manqué de décréter les conditions menant à l'expulsion de l'étranger ainsi que le retrait de sa carte de séjours et dans les deux cas nous notons le motif d'ordre publique tel est le cas des articles 11 et 18 de la loi en question.

Tout comme le cas de l'Algérie, les nationaux qui hébergent des étrangers sont censé informer le poste de la police ou la garde nationale. Dans sa disposition pénale composé de cinq articles, la loi sanction toute infraction des normes régissant l'entrée, le séjour et la condition des étrangers par emprisonnement allant d'un mois à trois ans et des amendes de 6 à 240 dinars tunisiens (TND⁵¹). Dans le même contexte, le législateur incrimine toute personne aidant à l'entrée, la sortie, la circulation ainsi que le séjour irrégulier des étrangers, elle encourt d'un mois à un an d'emprisonnement prison et une amende de 20 à 240 TND. Il faudrait signaler l'absence d'une référence à une zone d'attente.

La Tunisie n'est pas partie de la convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leurs familles, par la suite l'absence de références aux droits politiques, économiques et sociaux des étrangers ne devrait absolument pas nous surprendre.

La consultation du code pénal tunisien de 2005, nous révèle l'absence de toute référence à la migration irrégulière. Toutefois, une loi organique de 66 articles a été promulguée le 3 août 2016 et porte sur la prévention et la lutte contre la traite des personnes. Tout comme les deux cas précédant, elle peut être invoqué dans le cas du trafic illicite de migrants.

Quant au cadre institutionnel tunisien impliqué dans la gestion et contrôle de la migration, nous trouvons le Ministre auprès du chef du gouvernement, chargé de l'Immigration et des Tunisiens à l'étranger, le ministère de l'intérieur et le ministre de la défense nationale. À côté, nous avons l'Observatoire National de la Migration créé en 2014⁵² qui est soumis sous la tutelle du ministère des affaires sociales. Parmi ses missions : l'observation du phénomène de la migration, la collection des informations et des données y afférentes sur le plan national et international, veiller à les mettre à jour, les analyser et les répertorier dans des banques et bases de données créées à cet effet.

⁴⁷ Voir section I, le séjour temporaire de la loi n°68-7 relative à la condition des étrangers en Tunisie.

⁴⁸ Voir section II, le séjour ordinaire, idem.

⁴⁹ Voir section 6 du Décret 68-168 réglementant l'entrée et le séjour des étrangers en Tunisie.

⁵⁰ Voir section 7, idem.

⁵¹ 1 TND est l'équivalent de 0.31 € selon le taux d'échange du 28 juin 2019. Une somme qui reste dérisoire vu l'ancienneté de la loi.

⁵² Décret n° 2014-1930 du 30 avril 2014, portant création de l'observatoire national de la migration et fixant son organisation administrative et financière.

3. Le mineur étranger non accompagné dans les yeux du législateur maghrébin

La présence de cette catégorie vulnérable dans le flux migratoire irrégulier, exige un cadre réglementaire spécial pour sa protection. Ces pays du Maghreb, connaissent étroitement ce problème et ils y sont très liés par leurs nationaux mineurs qui ont opté pour quitter le pays par leur moyen pour atteindre la rive sud de l'Europe. Tel est le cas principalement des mineurs marocains et algériens en Espagne et en France et des tunisiens en Italie. À notre grande déception, leur législation ne fait aucune référence à cette catégorie, par exemple dans la loi marocaine, le mineur apparaît toujours dans son contexte normal c'est-à-dire en compagnie de sa famille ou tuteur et dans un séjour ou résidence légale⁵³. Dans le même ordre d'idée, le législateur Algérien cite le mineur dans deux circonstances : quand il autorise le juge de référé de suspendre provisoirement l'expulsion de l'étranger mineur ou l'orphelin étranger mineur⁵⁴, et dans le cas de faciliter l'entrée, la circulation, le séjour ou la sortie de façon irrégulière d'un étranger, qui connaît le durcissement de la punition quand l'infraction a pour effet, pour le mineur étranger, de l'éloigner de son milieu familial ou son environnement traditionnel⁵⁵. Quant à dans la loi tunisienne, le terme "étranger mineur" brille par son absence.

Connaissant le cas des mineurs marocains vivant dans les rues au Maroc, il ne faudrait guère se surprendre. La ministre de la famille, de la solidarité, de l'égalité et du développement social lors de son intervention, en janvier 2019 lors de la session hebdomadaire de la chambre des représentants, a annoncé qu'en 2018 le nombre des personnes qui vivaient carrément dans la rue au Maroc était de 3 830 dont 241 sont des enfants entre filles et garçons. Ces chiffres s'écartent largement de la réalité puisque en 2015, l'observatoire nationale des droits de l'enfant estimait que 25 000 enfants vivaient dans la rue dont un quart à Casablanca⁵⁶ suivie par Tanger⁵⁷. Le dénominateur commun de ces enfants, à part de sniffer de la colle, c'est partir en Europe, y immigrer par tous les moyens possibles : s'infiltrer dans les camions de transport international, sous les autobus et voitures, des embarcations traditionnelles ou pneumatiques. Il suffit de passer par la ville de Tanger qui se trouve à quatorze kilomètres de Tarifa au sud de l'Espagne, tellement proche que cela pourrait donner l'impression de traverser à la nage en très peu de temps. Une position stratégique qui fait de cette ville la Mecque de tous les rêveurs de rejoindre l'Europe. Ces enfants, abandonnés à leur sort, sont captés facilement par des malfaiteurs pour les utiliser pour leurs comptes. Ils sont soumis tout le temps à la violence, et à leur tour ils n'hésitent pas à la pratiquer sur les autres. Ils vivent de mendicité ou des travaux

⁵³ Dans le cas des personnes qui ne peuvent pas faire l'objet d'expulsion ou de l'éloignement, la notion de l'étranger mineur fait référence à l'étranger mineur en séjour ou résidence légale.

⁵⁴ Voir article 32.

⁵⁵ Voir article 46.

⁵⁶ Selon un article publié le 19 avril 2018 dans le journal le monde. https://www.lemonde.fr/afrique/article/2018/04/19/au-maroc-les-enfants-perdus-des-rues-de-tanger_5287708_3212.html consulté la dernière fois le 28 juin 2019.

⁵⁷ Selon un article publié par le journal digital le 360 le 26 avril 2018. <http://fr.le360.ma/societe/le-maroc-compte-25000-enfants-a-la-rue-164095>. Consulté la dernière fois le 28 juin 2019.

précaires, certains agissent de proxénète pour ceux qui cherchent le désir charnel avec les mineurs⁵⁸.

Subséquemment, le fait de constater l'absence de ce cadre juridique⁵⁹ ne devrait pas surprendre ou choquer celui qui s'intéresse à ce sujet. Car avant de penser à la protection des mineurs étrangers non accompagnés, il faudrait penser à la protection des siens pour qu'ils aient une vie avec un minimum de dignité humaine.

4. *Le contrôle du flux migratoire Sud-Nord : cas Maroc-Espagne*

Le contrôle des frontières est évidemment bon gré mal gré la responsabilité de tous les pays qui se trouvent concernés par la migration irrégulière, soient par l'implication de leurs nationaux ou pour être le pays récepteur ou de transit.

D'un côté nous avons les pays du Maghreb et d'un autre, l'Union européenne. Nous essayerons de projeter la lumière brièvement sur le contrôle global Sud-Nord, cependant nous détaillerons le modèle maroco-espagnol dans la lutte et le contrôle du flux migratoire dans son volet irrégulier.

4.1. *Control global : Sud-Nord*

Quand nous parlons du contrôle des frontières Sud-Nord, nous entendons la responsabilité et l'engagement des parties concernées. Il n'y a aucunement de doute que la responsabilité devrait être parfaitement partagée. Cependant face au durcissement de la politique européenne de la migration et l'extériorisation du contrôle de ses frontières, ces pays du Sud, se sont transformés en frontière sud de l'UE. Nous nous trouvons face à des pays du sud qui assument, bon gré mal gré, le rôle de Gendarme pour le compte de l'UE bien qu'ils refusent incessamment de le reconnaître. Ils se trouvent continuellement sous à la pression à la fois de l'UE et des flux migratoires qui pèsent sur leur secteur, social, économique et sécuritaire. Leur gouvernement ne cesse de refuser catégoriquement l'installation de centres de rétention sur leurs territoires que les dirigeants de l'UE désirent aménager à l'extérieur de son territoire pour sous-traiter un phénomène qui est tout à fait naturel chez l'Homme qui n'est autre que de se déplacer d'un point à un autre.

Dans la conclusion du Conseil Européen, adoptée à l'occasion du sommet du Conseil Européen des 28 à Bruxelles le 28 juin 2018⁶⁰, le Conseil et la Commission sont invités à examiner le concept de plateformes régionales de débarquement qui accueillent les migrants et les réfugiés, en coopération étroite avec les pays tiers concernés, qui sont bien évidemment les pays d'Afrique du Nord, à côté bien sûr du Haut-Commissariat aux Réfugiés (HRC) et de l'Organisation Internationale pour la Migration(OIM). Ces

⁵⁸ Lire le témoignage d'un journaliste espagnol sur les « trous noirs » de la prostitution infantile à Tanger. Publié sur le monde espagnol le 6 mars 2018 et consulté la dernière fois le 28 juin 2019. <https://www.elmundo.es/cronica/2018/03/06/5a9c54b2ca4741b7478b463e.html>

⁵⁹ Dans l'absence d'une procédure à suivre au cas où les forces de l'ordre retrouvent des mineurs non-accompagnés, la situation est traitée cas par cas. Ce vide est rempli dans la mesure de leurs possibilités par les organisations internationales et les ONG. Lire un article en relation publié le 11 février 2019 et consulté pour la dernière fois le 28 juin 2019. <http://migration.ma/protection-mineurs-non-accompagnes-maroc/>

⁶⁰ Lire EUCO 9/18 : Conclusions de la Réunion du Conseil européen (28 juin 2018).

Plateformes régionales de débarquement devraient permettre un traitement rapide pour distinguer les migrants économiques de ceux qui ont besoin d'une protection internationale, et réduire de la sorte l'encouragement à entamer des voyages aussi périlleux que celui de traverser la Méditerranée. En contrepartie, les pays concernés bénéficieront des financements nécessaires pour mener à bien un tel plan, comme l'avaient déjà déterminé les pays membres de l'UE auparavant. Les ministères des affaires étrangères des trois pays refusent catégoriquement d'installer sur leurs territoires d'un centre de rétention ou de sort de plateformes régionales de débarquement ou de tri de migrant à sous-traiter ce dossier. Cependant, les 28 États européens ne font pas seulement face au refus maghrébin, vu que l'OIM a estimé après la rencontre susmentionnée que les centres de gestion des demandeurs d'asile devaient être situés en Europe, et non à l'étranger.

Avant d'achever cette partie, il serait judicieux de s'arrêter sur les conséquences du durcissement de la politique européenne d'immigration et l'éloignement du flux migratoire du territoire européen aussi loin que possible de sa frontière du sud. Dans le cas du Maroc, il paraît que le Nord du pays s'est transformé en territoire de l'UE. Les autorités œuvrent pour déplacer en masse les candidats à la migration clandestine, qui ont simplement commis le crime de rêver d'un avenir meilleur dans leur paradis choisi, vers le sud du pays comme moyen gestions du flux et moyennant des raids menés chaque fois qu'il y a un rassemblement important d'immigrants. Pourtant, la loi marocaine fait référence à la reconduite à la frontière et à l'expulsion mais en aucun le législateur a stipulé l'éloignement des immigrés du nord vers des villes du sud. Une opération qui se déroule fréquemment dans l'absence de toute garantie du respect des droit de l'Homme, l'être humain avant qu'il ne soit un migrant clandestin⁶¹. Lors de ces opérations, les objets personnels confisqués (argent, téléphone portable, document personnel) ne font l'objet d'aucun procès-verbal et aucun papier n'est signé. Il pourrait y avoir parmi des immigrés en situation légale ou bien même des réfugiés que la délégation d'ACNUR avait octroyé ce statut. Les conditions dans lesquelles se font ces raids ne donne l'occasion à personne de s'informer sur sa situation ou de revendiquer ses droits. Malheureusement, les femmes n'échappent pas non plus à la chasse aux migrants⁶².

La situation en Algérie ne laisse à rien à envier à ceux du Maroc, non seulement ils sont éloignés mais, aussi interdit de prendre le transport commun⁶³.

Il ne serait possible d'omettre de signaler que le durcissement de la politique d'immigration fait le bonheur des passeurs dans ces pays de Maghreb. Pourtant, et selon un travail réalisé par le UNHCR en collaboration avec le Conseil Supérieurs des recherches scientifique de l'Espagne (CSIC) et publié par UNHCR en janvier 2019⁶⁴, les passeurs ne

⁶¹ Les associations et ONG ne cessent de dénoncer le traitement inhumain réservé aux immigrants irréguliers. Tel est le cas de l'association marocaine des droits de l'Homme lors de son rapport publié sur son site officiel. <https://www.amdh.ma/contents/display/241> consulté le 28 juin 2019.

⁶² C'est le cas d'une femme enceinte lors d'un voyage forcé vers Tiznit. Pour savoir plus sur ce déplacement, lire l'article de Observers France 24, <https://observers.france24.com/fr/20180817-maroc-espagne-tanger-migrants-deplaces-police> consulté pour la dernière fois le 29 juin 2019.

⁶³ C'est le cas d'une directive émise par la délégation du transport de Mostaganem, qui interdisaient au transporteur de voyageur terrestre d'embarquer dans leurs véhicule les migrants clandestins subsahariens <https://www.algerie-focus.com/2017/09/migrants-subsahariens-interdits-de-transport-racisme-detat/?cn-reloaded=1&cn-reloaded=1> consulté la dernière fois le 29 juin 2019.

⁶⁴ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Refugees and Migrants Arriving in Spain*, January 2019, available at: <https://www.refworld.org/docid/5c667adc7.html> consulté le 29 juin 2019. L'exercice de profilage est le résultat d'un partenariat entre le CDCI et le HCR. Réfugiés et migrants arrivant en Espagne.

sont pas les seuls à soumettre ces migrants à la violence, maltraitance ou autre sorte d'abus, en première place nous trouvons la police et les forces de sécurité suivi par les inconnus alors que la troisième place est occupée par les passeurs. Pour ce qui est des lieux où ces abus ont lieu, le Maroc occupe la première place et suivi par l'Algérie.

En d'autres mots, les mesures prises pour gérer le flux migratoire Sud-Nord ne réservent aucune place au respect des droits de l'Homme. Pourtant l'UE ne cesse de plaider pour le respect et la protection des droits de l'Homme qui représente un des piliers à remplir pour adhérer son organisation.

4.2. *Le Contrôle bilatéral : Maroc-Espagne*

Certes, le contrôle reste une responsabilité partagée. Car, si le Maroc représente pour le migrant le dernier point sur le continent africain qui le sépare de son rêve, l'Espagne, c'est le début de sa réalisation. Dans ce contexte, la coopération et coordination restent vitales pour mieux contrôler ce flux, qui reste malgré tout un phénomène naturellement humain.

Pour concrétiser cette coopération et coordination, trois accords ont été signés avant même que le flux ne connaisse son essor et avant même que l'UE n'ait fermé et extériorisé ses frontières.

Le premier accord concerne la circulation des personnes, le transit et la réadmission des étrangers entrés illégalement. Signé le 13 février 1992⁶⁵. La réadmission des nationaux de pays tiers ne peut avoir lieu que s'il est prouvé que le territoire de l'État sollicité ait été utilisé pour le départ vers la partie demandant. C'est la politique des pieds mouillés⁶⁶, alors que la réadmission des nationaux de ces deux pays ne pose aucun problème.

Le deuxième accord vise la coopération en matière de la prévention de l'immigration clandestine, de protection et de retour concerté des mineurs non accompagnés, signé le 6 mars 2007⁶⁷. En vertu de cet accord, il est possible de rapatrier les mineurs marocains non accompagnés et veiller à leur retour au sein de leurs familles.

Nonobstant, cet accord, et jusqu'au début de cette année, n'a jamais été activé, mais ce n'est que pendant le mois d'octobre 2018, que les parties concernées ont entamé des négociations pour sa mise en pratique. Dans certaines communautés autonomes, les préparations sont en cours de localisation des mineurs qui pourraient être visés par le refoulement ou la réadmission qui est le terme utilisé dans ce cas.⁶⁸

Il convient de signaler que ces mineurs sont sous la tutelle de la communauté autonome et ils ne peuvent être expulsés que s'ils sont réclamés par leurs familles dans leurs pays d'origine.

Le dernier accord concerne la coopération policière transfrontalière, signé le 16 novembre 2010⁶⁹. L'objectif de cet accord est d'établir une coopération transfrontalière

⁶⁵ Il n'est entré en vigueur que le 21 octobre 2012.

⁶⁶ En quelque sorte la version américaine inversé de *Wet-foot dry-foot*, appliquée dans la politique migration cubaine. L'ex-président Obama avait mis fin à cette politique le 12 janvier 2017 et qui était resté en vigueur pendant une vingtaine d'années.

⁶⁷ En vigueur depuis le 2 mars 2012.

⁶⁸ Par exemple en France et pour localiser les mineurs marocains non accompagnés, la police marocaine s'y est déplacé pour essayer de les identifier dans les rues de Paris. Pour plus d'information accéder à ce site web <http://www.rfi.fr/afrique/20180722-france-policiers-marocains-paris-identifier-jeunes-mineurs-errance>, consulté la dernière fois le 5 juillet 2019.

⁶⁹ Entré en vigueur le 20 mai 2012.

entre leurs services de police. Par la création de centres de coopération de la police (CCP), ou par la coopération directe entre les autorités compétentes.

Le CCP en question, est responsable du développement de la coopération policière transfrontalière afin de prévenir et de coordonner la lutte contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière, en particulier le crime organisé, le trafic de drogue et d'armes, l'immigration clandestine et le trafic d'êtres humains. Dans ce cadre, deux centres de coopérations policières ont été inaugurés le 28 mai 2012 respectivement à Algésiras et à Tanger.

L'Espagne et le Maroc entretiennent un dialogue constant et fluide sur les questions de migration, qui repose sur un mécanisme institutionnalisé sous forme du groupe migratoire mixte permanent Hispano-marocain, créé le 19 novembre 2003. Il intègre, sous la présidence du Secrétariat d'État à la migration du Ministère du travail, des migrations et de la sécurité sociale, les responsables des départements ministériels concernés (ministères du Travail et de la Migration et de la Sécurité sociale, de l'Intérieur et des Affaires étrangères, Union européenne et Coopération).

Le thème de la migration irrégulière est aussi présent lors des réunions annuelles de Haut niveau entre l'Espagne et le Maroc, née à la suite de l'accord d'amitié, de coopération et de bon voisinage entre le Maroc et l'Espagne. À cet effet, des discussions sur la gestion et le contrôle du flux migratoire ont été abordé lors de la 7^{ième} réunion en 2005 et durant laquelle les deux délégations se sont engagées à coopérer davantage pour réduire le nombre d'immigrants illégaux qui se dirigent vers l'Espagne. En 2008 lors de la 8^{ième} réunions c'est le sujet de la gestion des mineurs qui a été abordé, alors que lors de la dernière 11^{ième} réunion le 11 du juin 2015, les parties ont réaffirmé leur engagement à renforcer davantage la collaboration entre les services de sécurité des deux pays notamment en matière de lutte contre la migration irrégulière.

La 18^{ième} réunion a eu lieu le 14 septembre 2018 était l'occasion pour les deux gouvernements de souligner le rôle primordial de leur collaboration bilatérale dans la gestion des flux migratoires.

Sur le plan opérationnel, nous signalons la formation des patrouilles mixte entre la gendarmerie royale et la guardia civil pour mener des opérations mixtes de surveillance des espaces terrestres, maritimes et aériens au niveau des secteurs de Lâayoune et des îles Canaries depuis février 2004.

L'expérience de cette patrouille mixte a été étendue au détroit Algésiras-Tanger, au début du novembre 2004. Par la suite l'expérience a été étendue sur l'axe Almeria-Nador et Granada-Al-Hoceïma. Cette pratique c'est avéré fructueuse dans la lutte contre l'immigration clandestine et la traite des personnes.

Pour assurer une meilleure coordination entre les deux gendarmeries, des officiers de liaison marocains ont été affectés à Madrid, aux îles Canaries et à Algésiras auprès du Centre assurant l'exploitation du Système de surveillance externe intégré (SIVE)⁷⁰, mis en place par l'Espagne dans le cadre de la protection du détroit de Gibraltar en 2002, pour être ensuite étendu aux autres zones littorales sensibles, dont l'archipel des Canaries.

Il reste à signaler que le résultat de la coopération marocaine se reflète notablement sur la baisse du flux des arrivées. A titre d'illustration, les dernières statistiques du mois d'avril 2019 montre une baisse de 52% par rapport au mois d'avril 2018.

⁷⁰ Sistema Integrado de Vigilancia Exterior. Il y a environ 25 stations SIVE fin 2007.

5. Conclusion

Le fait de se déplacer d'un point à un autre est né avec l'Homme depuis que notre monde a été créé. Il a tendance à chercher une vie meilleure ou tout simplement découvrir et connaître d'autres endroits que le sien. Sans doute, la coopération et la coordination permettraient une meilleure gestion de ce mouvement qui reste strictement naturel et humain. Néanmoins, les mesures prises par les parties concernées sont dans sa totalité sécuritaires. Nous lisons nulle part dans la politique européenne de la migration, une préoccupation humaine pour ce migrant ou bien des directions claires pour que le respect et la protection de leur droit en tant qu'être humain avant qu'il ne soit un migrant irrégulier, prévalent sur toutes autres mesures. Malheureusement, nous continuons d'entendre certains dirigeants des pays de l'UE parler des ressortissants du continent africains comme une menace pour la paix et la sécurité sociales de leurs pays dont l'arrivée doit être absolument endiguée. Pourtant, ils omettent de reconnaître qu'ils sont derrière les problèmes économiques et politiques desquelles ces migrant fuient⁷¹.

Au milieu de cette politique européenne, se trouvent des pays qui bon gré mal gré agissent en tant que Gendarme de l'UE, quand bien même ils le réfutent continuellement. Si les trois pays résistent jusqu'à présent à la pression européenne dans le cadre de la construction des zones ou centres de rétention administrative (CRA) ou bien des plateformes régionales de débarquement, à leurs tours ils continuent à traiter ou plutôt sous-traiter ce dossier du flux migratoire à leurs manières sans pourtant se préoccuper pour les conditions inhumaines dans lesquelles les immigrants irréguliers sont déplacés en masse et abandonnés à leur sort, ou détenus dans l'attente de leurs expulsions. Connaissant les violations des droits de l'Homme qui ont lieu dans certains CRA de l'Espagne (CIE)⁷², il serait facile de deviner le sort qu'attendrait des personnes dont le seul crime est celui d'être un migrant, dans le cas de leurs installations dans ces pays.

Dans l'ensemble, l'UE valorise le rôle du Maroc dans le contrôle du flux arrivant à l'Europe principalement grâce à sa collaboration et coordination avec l'Espagne⁷³.

⁷¹ Pensant à ces quatorze pays Le Bénin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, la Guinée-Bissau, le Mali, le Niger, le Sénégal et le Togo qui sont membres de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA) et le Cameroun, la République Centrafricaine, la République du Congo, le Gabon, la Guinée équatoriale et le Tchad sont membres de la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC) qui sont toujours contrôlés par la France moyennant le Franc de la communauté africaine. Les citoyens de ces pays continuent à risquer leur vie pour un avenir meilleur alors que leurs pays ont l'obligation de déposer 50 % de leurs réserves de change au Trésor français.

⁷² Plusieurs CIE ont fait l'objet de plainte aussi bien par les détenus que par les ONG ou associations œuvrant dans le domaine des migrants et principalement les irréguliers. Il serait possible de consulter un rapport sur l'état de certain CIE sur ce site, consulté le 1 juillet 2018 https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/AdvanceDocs/APDHA3Spain94_fr.pdf, aussi consulter les sites suivants consultés le 1 juillet 2019, https://www.cope.es/religion/actualidad-religiosa/iglesia-en-espana/noticias/los-jesuitas-denuncian-posibles-vulneraciones-derechos-los-cie-20190606_430980; https://www.elespanol.com/espana/tribunales/20190603/cie-aluche-denuncian-policia-compresas-atencion-sanitaria/402710504_0.html; https://www.eldiario.es/desalambre/internos-CIE-quejaron-Policia-cacheo_0_905009592.html.

⁷³Le ministère de l'Intérieur espagnol a saisi l'occasion du forum Dialogue Euro-Africain pour la migration et le développement, célébré le 1 juillet 2019, pour confirmer que l'Espagne est un partenaire privilégié de son

Toutefois, face à une coordination et coopération verticales Sud-Nord, nous constatons l'absence de son homologue horizontale entre le Maroc et l'Algérie qui pourraient inmanquablement aboutir à l'anéantissement des réseaux, qui sont considérablement actifs, du trafic de migrants de part et d'autre de leurs frontières terrestres qui sont fermées à tout usage depuis 1994.

ABSTRACT : Maghreb-europe facing migratory flow control: morocco's role

Moving from one point to another is born with Man since our world was created. He tends to look for a better life or simply to discover and know other places than his own. He keeps moving from one place to another in search of a better future. There remains such a strong aspiration that no measure could stop him even though he would be able to leave his life there. It is not surprising to see how migrants spent long years in a single transit country before reaching their desired end destination. Given their proximity to the European continent, Morocco, Algeria and Tunisia are experiencing a strong migration of citizens from all over the continent of Africa. While they continue to be migrant-sending countries, they have also become receivers since European Union has tightened its migration policy. Each of these countries has its own standard vis-à-vis non-resident foreigners in the country as well as access to their territory. Whereas Tunisia is open enough without visa for several African countries, Algeria is almost closed without visas which imposes it on the majority of African countries. There is no doubt, cooperation and coordination would allow better management of this movement which remains strictly natural and human. Nevertheless, the measures taken by the parties concerned are in their entirety security. We read nowhere in the European migration policy, a human concern for this migrant or clear directions for the respect and protection of their right as a human being before he is an irregular migrant, prevail on all other measures.

pays dans la lutte contre l'immigration clandestine et les réseaux criminels de traite des êtres humains
http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/10525827

**LA DISCIPLINA ITALIANA SUL TRATTENIMENTO DEI RICHIEDENTI ASILO A FINI
D'IDENTIFICAZIONE E LA SUA CONFORMITÀ AGLI OBBLIGHI INTERNAZIONALI DERIVANTI
DALLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI**

GIANFRANCO GABRIELE NUCERA*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Considerazioni generali sul trattenimento a fini d'identificazione. – 3. Il trattenimento del richiedente protezione internazionale come restrizione alla libertà personale ex art. 5 della CEDU – 4. I criteri generali di valutazione della compatibilità delle forme di trattenimento con la CEDU. – 5. Questioni giuridiche connesse ai luoghi del trattenimento. – 6. Sulla durata del trattenimento: aspetti procedurali e sostanziali. – 6.1. Aspetti procedurali relativi all'impossibilità di identificare il richiedente. – 6.2. Sul ricorso avverso al trattenimento. – 7. Conclusioni.

1. *Premessa*

Sin dalla sua introduzione nell'ordinamento italiano, avvenuta con la L. 40/1998¹, l'istituto del "trattenimento" dello straniero irregolare, inizialmente a fini di esecuzione dell'espulsione, ha subito diverse modifiche normative². Da ultimo, in materia è intervenuta la L. 132/2018 di conversione del D.l. 113/2018 (c.d. Decreto sicurezza). All'interno di questa legge di conversione, tre articoli in particolare modificano il D.lgs. 286/1998 (Testo unico immigrazione) nella parte riguardante il trattenimento e l'art. 6 del D.lgs. 142/2015, di recepimento della direttiva 2013/33/UE sull'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, sulle procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale³.

L'intervento legislativo sulla disciplina del trattenimento riguarda vari aspetti. In primo luogo, l'art. 2 della L. 132/2018 prolunga la durata massima del trattenimento dello straniero

* Assegnista di ricerca in Diritto internazionale, Sapienza Università di Roma.

¹ L. 6 marzo 1998, n. 40, "Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero", Art. 12.

² In seguito alla L. 40/1998, modifiche alla disciplina del trattenimento dello straniero sono intervenute con: il D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero"; la L. 30 luglio 2002, n. 189, "Modifica alla normativa in materia di immigrazione e asilo"; la L. 15 luglio 2009, n. 94, "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica"; L. 2 agosto 2011, n. 129, Conversione in legge del decreto-legge 23 giugno 2011, n. 89, di attuazione alla 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"; la L. 13 aprile 2017, n. 46, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13, recante disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale".

³ Sull'evoluzione del diritto alla protezione internazionale in Italia si veda S. MARCHISIO, *Art. 10.III (Costituzione)*, in D. MANZIONE (a cura di), *Codice dell'immigrazione e asilo*, Milano, 2018, p. 3 ss.

nei Centri di permanenza per il rimpatrio (CPR) da 90 a 180 giorni. Tale norma modifica ancora una volta i termini temporali massimi del trattenimento dello straniero finalizzato all'espulsione che, nel 2012, avevano conosciuto un andamento uguale e contrario, vale a dire erano stati ridotti da 180 a 90 giorni in ragione di due motivi: *in primis*, si riconosceva l'impossibilità di procedere all'identificazione (sempre a fini di espulsione) se non si era stati in grado di farlo in tre mesi e, *in secundis*, si prendeva atto della necessità di lasciare spazio ad altre persone trattenute per via della poca disponibilità di posti nei Centri. Il D.l. 13/2017 (c.d. Decreto Minniti-Orlando), poi convertito con la L. 46/2017, interveniva su questo secondo aspetto, prevedendo la costruzione di nuovi CPR, senza tuttavia modificare i termini temporali del trattenimento, che dunque restava entro il limite massimo dei 90 giorni⁴.

In merito all'aumento dei posti nei CPR, il D.l. 113/2018 dispone la costruzione di nuovi centri, nonché l'adeguamento e la ristrutturazione di quelli esistenti. Eccezionalmente, e per un periodo non superiore a tre anni, per la realizzazione di tali interventi viene autorizzato il ricorso alla procedura negoziata, senza la pubblicazione di bandi di gara, con invito rivolto ad almeno cinque operatori economici. In fase di conversione del Decreto si è precisato che, in merito a tali procedure, l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) svolge l'attività di vigilanza collaborativa attuata previa stipula di protocolli di intesa con le stazioni appaltanti richiedenti, finalizzata a supportare le medesime nella predisposizione degli atti e nell'attività di gestione dell'intera procedura di gara, come previsto dall'art. 213, comma 3, lett. h), del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

In aggiunta alla previsione dell'aumento quantitativo dei CPR, l'art. 4 della Legge 132/2018 integra le disposizioni sulle modalità di esecuzione dell'espulsione dello straniero, disponendo che, in attesa della definizione del procedimento di convalida, la persona espulsa è trattenuta in un CPR, salvo alcuni casi in cui il giudice di pace, su richiesta del questore, può autorizzare la temporanea permanenza dello straniero in strutture diverse e idonee nella disponibilità dell'autorità di pubblica sicurezza. La legge di conversione specifica che le strutture ed i locali di cui ai periodi precedenti garantiscono condizioni di trattenimento che assicurino il rispetto della dignità della persona.

Gli artt. 2 e 4 precedentemente citati si riferiscono al trattenimento degli stranieri in attesa di convalida o di esecuzione dell'espulsione⁵. L'art. 3 della Legge 132/2018 è invece una norma non già diretta alla categoria ampia degli stranieri, bensì a quella più ristretta dei richiedenti protezione internazionale. Tale articolo disciplina i casi di trattenimento per l'identificazione dei richiedenti asilo, per il tempo necessario, comunque non superiore a 30 giorni, negli *hotspots* (punti di crisi) e nei Centri di primo soccorso e accoglienza e, ove non sia stato possibile verificarne l'identità o la cittadinanza, per un ulteriore periodo massimo di 180 giorni all'interno di un CPR. Tale fattispecie di trattenimento si aggiunge dunque alle misure detentive summenzionate.

⁴ Cfr. L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017 (https://www.penalecontemporaneo.it/pdf-viewer/?file=%2Fpdf-fascicoli%2FDPC_3_2017.pdf#page=278).

⁵ Per un approfondimento su tali aspetti si veda G. COLAVECCHIO, *Crimmigration practices. La detenzione dei migranti in Italia dopo il "Decreto Sicurezza" alla luce del diritto internazionale e dell'Unione europea*, in *Democrazia e Sicurezza*, 2019, p. 113 ss.

Benché tutte queste novità legislative pongano diversi dubbi circa la loro conformità agli obblighi internazionali dell'Italia, in particolare, al sistema della Convenzione europea dei diritti umani (CEDU)⁶ come interpretata negli anni dalla Corte di Strasburgo, soprattutto in relazione agli artt. 3 (nella parte relativa al divieto di trattamenti inumani e degradanti) e 5 (divieto di privazione della libertà personale) della CEDU, si ritiene opportuno soffermare l'attenzione su una misura specifica: l'art. 3 della Legge 132/2018 che riguarda il trattenimento del richiedente asilo a fini d'identificazione.

È opportuno ricordare che l'art. 8, par. 1, della Direttiva 2013/33/UE (cd. "Direttiva accoglienza"), recepita in Italia con il D.lgs. 142/2015, vieta di trattenere un richiedente asilo per il solo fatto di aver presentato una domanda di protezione. Il par. 3, lett. a) della Direttiva consente il trattenimento del richiedente per determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza, ma la normativa statale deve specificare i motivi del trattenimento. La normativa europea ammette dunque tale forma di trattenimento, ma concepandola come una deroga al regime generale e purché l'ordinamento nazionale disciplini tassativamente i motivi, non ripetendo dunque in modo generico la previsione della stessa Direttiva⁷.

È opportuno sottolineare fin d'ora come nel presente contributo si è scelto di non affrontare nel dettaglio l'argomento della compatibilità della norma in esame con il diritto dell'Unione europea, né gli eventuali profili di incostituzionalità che la disciplina sul trattenimento del richiedente asilo potrebbe sollevare⁸.

2. Considerazioni generali sul trattenimento a fini d'identificazione

Da un punto di vista più generale, è importante osservare che la mancanza di documenti da parte del richiedente protezione internazionale è una condizione abbastanza frequente, spesso connessa alle circostanze che hanno portato alla fuga dal Paese di origine. Nonostante l'assenza di documenti, la persona intenzionata a richiedere protezione dichiara le proprie generalità, che vengono riportate nel "Verbale delle dichiarazioni degli stranieri che chiedono in Italia il riconoscimento dello status di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951" (il c.d. modulo C3)⁹. Tuttavia, il richiedente può non essere creduto, soprattutto in situazioni ove

⁶ Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata in Italia con Legge 4 agosto 1955, n. 848. Per approfondimenti sul sistema della CEDU si rimanda a C. ZANGHÌ, L. PANELLA, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*^A, Torino, 2019, p. 164 ss.

⁷ Sul punto si veda R. PALLADINO, *La detenzione dei migranti: regime europeo, competenze statali e diritti umani*, Napoli, 2018; A. DEL GUERCIO, *La detenzione amministrativa dei richiedenti asilo nel diritto dell'UE e in quello italiano*, in G. CATALDI, A. DEL GUERCIO, A. LIGUORI (a cura di), *Il diritto di asilo in Europa*, Napoli, 2014, p. 59 ss.

⁸ Per l'analisi di tali aspetti si rimanda a G. CAGGIANO, *Le recenti modifiche della legge "Salvini" su immigrazione e asilo nella prospettiva del diritto dell'Unione europea e della CEDU*, in *I Post di Aisdue*, 2019, p. 19 ss. (https://www.aisdue.eu/web/wp-content/uploads/2019/04/001A_Caggiano.pdf); S. CURRERI, *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. "decreto sicurezza")*, in *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 22/2018, p. 1 ss.

⁹ Ancora prima di compilare il modulo C3, lo straniero viene identificato nel cd. fotosegnalamento, ne vengono prese le impronte digitali e i dati confluiscono poi nel sistema EURODAC. Questa è una prassi che riguarda tutti, non solo i richiedenti asilo.

sussistono elementi che potrebbero sollevare dubbi quali, ad esempio, l'incoerenza tra la lingua parlata e la zona di provenienza oppure una situazione in cui vi siano dubbi tra l'età dichiarata e quella apparente del richiedente, soprattutto in relazione a minori¹⁰. Talvolta, potrebbe addirittura essere messa in discussione anche l'autenticità del documento presentato. Si tratta dunque di situazioni nelle quali dovrebbero sussistere elementi concreti che mettano in dubbio la veridicità di quanto dichiarato. Ancora, potrebbero sussistere casi in cui la persona manifesta la volontà di presentare domanda di protezione ma deve ancora essere identificata. In questi casi, riguardanti soprattutto situazioni di afflussi massicci, si è delineato il c.d. "approccio *hotspot*"¹¹.

Dal punto di vista sostanziale, un trattenimento di questo tipo del richiedente protezione internazionale parrebbe a prima vista in contrasto con l'art. 31 della Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato, poiché *de facto* sanziona l'ingresso e il soggiorno del richiedente asilo, potenzialmente rifugiato fintanto che non ne viene riconosciuto in modo meramente dichiarativo l'eventuale *status*, allorché sussistano dubbi sulla veridicità delle sue generalità¹².

3. Il trattenimento del richiedente protezione internazionale come restrizione alla libertà personale ex art. 5 della CEDU

Preliminare ad una valutazione concreta della compatibilità di tale forma di trattenimento con la CEDU è l'individuazione della norma di riferimento della Convenzione, vale a dire se il trattenimento a fini d'identificazione rientri nella disciplina prevista dall'art. 5 in materia di privazione della libertà personale o in quella dell'art. 2 del Protocollo 4 in materia di libertà di circolazione.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha chiarito in più occasioni che, per stabilire quale sia la tutela applicabile tra le due menzionate, occorre valutare la situazione personale del ricorrente insieme ad una serie di altri elementi quali il tipo, la durata, gli effetti e le modalità di esecuzione della misura. La differenza tra le due forme di restrizione della libertà risiede nel grado e nell'intensità della misura e non nella sua natura o forma¹³. Non rileva, ai fini di

¹⁰ Cfr. J. MOYERSOEN, *Minori non accompagnati: l'articolata ed ostica questione dell'accertamento dell'età*, in *Minorigiustizia*, 2017, p. 78 ss.; L. MANCA, G. G. NUCERA, *Unaccompanied Minors in Italy*, in R. ROBKOPF (ed.), *Unaccompanied Minors in International, European and National Law*, Berlin, 2016, p. 211 ss.

¹¹ *Infra*, par. 5. Cfr. F. CASOLARI, *The EU's Hotspot Approach to Managing the Migration Crisis: A Blind Spot for International Responsibility?*, in *It. YB Int. Law*, 2016, p. 109 ss.; L. SCHIANO DI PEPE, *Trattenimento in un "hot spot" e privazione della libertà personale*, in G. CAGGIANO (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, 2018, p. 307 ss.

¹² Cfr. P. DE BRUYCKER, E. TSOURDI, *The Challenge of Asylum Detention to Refugee Protection*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2016, p. 1 ss.; G. S. GOODWIN-GILL, *L'article 31 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés: l'absence de sanctions pénales, la detention et la protection*, in E. FELLER, V. TÜRK, F. NICHOLSON (dir.), *La protection des réfugiés en droit international*, Bruxelles, 2008, p. 223 ss.; S. MARCHISIO, *Rifugiati, profughi e altre esigenze di protezione nel diritto comunitario*, in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*. IX Convegno SIDI, 17-18 giugno 2001, Napoli, 2005, p. 327 ss.; A. C. HELTON, *The Detention of Refugees and Asylum-Seekers. A Misguised Threat to Refugee Protection*, in G. LOESCHER, L. MONHAM (eds.), *Refugees and International Relations*, Oxford, 1989, p. 135 ss.

¹³ Si vedano a tal proposito le sentenze della Corte nei casi: *Engel and Others v. The Netherlands*, 8 June 1976, no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72), para. 59; *Guzzardi v. Italy*, 6 November 1980, no. 7367/76, para.

stabilire se si tratta di privazione della libertà personale o della libertà di circolazione, la finalità di pubblico interesse, quale potrebbe essere la tutela della comunità da una persona ritenuta pericolosa. Neanche la durata del trattenimento deve essere tenuta in considerazione al fine di stabilire se vi sia stata o meno privazione della libertà personale¹⁴.

I fattori da tenere in considerazione riguardano invece situazioni oggettive, come ad esempio se sussistono elementi di coercizione o se la struttura ove avviene il trattenimento è chiusa¹⁵, o soggettive, vale a dire se la condizione di trattenimento produce sofferenze fisiche o psichiche¹⁶.

Nel caso di trattenimento di un richiedente asilo in un *hotspot* o in un CPR per la sua identificazione è certamente difficile stabilire in astratto, e in linea generale, se possano sussistere elementi soggettivi che possano ricondurre tale fattispecie sotto il cappello dell'art. 5 CEDU o dell'art. 2 del Protocollo 4. Da un altro punto di vista, tuttavia, tale situazione presenta sicuramente elementi oggettivi di coercizione, in quanto la persona non può uscire liberamente, né può essere assimilabile ad altre forme di sorveglianza speciale¹⁷. In tal senso, la fattispecie prevista dall'art. 3 della L. 132 costituisce una forma di privazione della libertà personale e dunque soggetta alle rigorose garanzie procedurali e sostanziali previste per essere compatibile con la previsione della Convenzione e con gli standard elaborati dalla Corte di Strasburgo. La Corte infatti ha sempre sottolineato che questa disposizione «(...) enshrines a fundamental human right, namely the protection of the individual against arbitrary interferences by the State with his right to liberty»¹⁸ ed è uno dei diritti più importanti nelle società democratiche contemporanee per cui lo Stato ha l'obbligo positivo di adottare tutte le misure per proteggere le persone sotto la sua giurisdizione da tale violazione¹⁹.

4. I criteri generali di valutazione della compatibilità delle forme di trattenimento con la CEDU

Nel merito, e in relazione alla CEDU, per valutare gli aspetti di compatibilità dell'art. 3 della L. 132 con la Convenzione, è opportuno considerare, in primo luogo, alcuni parametri generali quali la necessità, ragionevolezza e proporzionalità dei provvedimenti. Tali principi

92-93; *Storck v. Germany*, 16 June 2005, no. 61603/00, para. 71; *Medvedev and Others v. France* [GC], 29 March 2010, no. 3394/03, para. 73; *Austin and Others v. United Kingdom* [GC], 15 March 2012, no. 39692/09, 40713/09, 41008/09, par. 57.

¹⁴ Questi aspetti tuttavia diventano rilevanti nel corso della successiva valutazione sulla compatibilità della privazione della libertà alla luce dell'art. 5.1 della CEDU. Si vedano i casi: *Enborn v. Sweden*, 25 January 2005, no. 56529/00, para. 33; *A. and Others v. the United Kingdom* [GC], 19 February 2009, no. 3455/05, para. 166; *M. v. Germany*, 17 December 2009, no. 19359/04.

¹⁵ *Foka v. Turkey*, 24 June 2008, no. 28940/95; *Nolan and K. v. Russia*, 12 February 2009, no. 2512/04.

¹⁶ *Guzgardi v. Italy*, cit.; *H.L. v. United Kingdom*, 5 October 2004, no. 45508/99.

¹⁷ *Raimondo v. Italy*, 22 February 1994, no. 12954/87.

¹⁸ *Winterwerp v. the Netherlands*, 24 October 1979, no. 6301/73, para. 37; *Brogan and Others v. the United Kingdom*, 29 November 1988, no. 1120984, 1123484, 1126684, 1138685, para. 58.

¹⁹ *El-Masri v. "The Former Yugoslav Republic of Macedonia"*, 13 December 2012, no. 39630/09, para. 239.

sono i criteri di valutazione della giurisprudenza ormai consolidata della Corte europea dei diritti umani in materia di privazione della libertà personale, *ex art. 5 della CEDU*²⁰.

Secondo tale giurisprudenza, è necessario, in primo luogo, che i provvedimenti limitativi della libertà personale abbiano una base legale nel diritto interno. La valutazione della Corte europea tiene conto anche della qualità della formulazione della norma, vale a dire la precisione nell'indicazione delle fattispecie tassative che comportano il trattenimento così come la prevedibilità della sua applicazione.

La qualità della formulazione della norma è un elemento fondamentale nel processo di valutazione e necessario a tutelare la persona dal pericolo di arbitrarità nell'esecuzione della legge. Secondo la Corte: «any deprivation of liberty should be in keeping with the purpose of Article 5, namely to protect the individual from arbitrariness»²¹.

Nella sentenza sul caso *Khlaifia et al. c. Italia*, la Grande Camera ha ricordato che è essenziale che le condizioni di privazione della libertà in virtù del diritto interno siano definite chiaramente e che la legge stessa sia prevedibile nella sua applicazione, in modo da soddisfare il criterio di «legittimità» stabilito dalla Convenzione, che esige che ogni norma sia sufficientemente precisa in modo da consentire al soggetto di prevedere, ad un livello ragionevole nelle circostanze della causa, le conseguenze che possono derivare da un determinato atto²². Esiste una cospicua giurisprudenza della Corte su questi aspetti e la pertinenza di tale principio è ormai pacifica, in quanto esso è stato ribadito dalla Corte in numerose pronunce²³.

Il criterio della base legale, ovvero che la norma sia prevista dalla legge, è certamente rispettato nella fattispecie disciplinata dall'art. 3 della Legge 132. Tuttavia, come ribadito in precedenza, occorre anche che tali norme siano chiaramente definite e idonee a evitarne un uso arbitrario.

Il trattenimento *ex art. 3* ha un carattere facoltativo, poiché la norma non definisce precisamente i casi eccezionali in cui deve essere adottato un provvedimento. Peraltro, come precedentemente affermato, la situazione di eccezionalità alla base della decisione di

²⁰ In generale, sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di diritto alla libertà e alla sicurezza si veda: M. PISANI, *Commento all'art. 5*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 115 ss.; M. GIALUZ, *Art. 5: Diritto alla libertà e alla sicurezza*, 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*, Padova, 2012, p. 106 ss.; W. A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, 2015, p. 219 ss.

²¹ *Kemmache v. France*, 24 November 1994, no. 20968/92, para. 42.

²² *Khlaifia and Others v. Italy* [GC], 15 December 2016, no. 16483/12, para. 64. Sul caso *Khlaifia*, si vedano i contributi di: M. R. MAURO, *A Step Back in the Protection of Migrant's Rights: the Grand Chamber's Judgment in Khlaifia v. Italy*, in *It. YB Int. Law*, 2017, p. 289 ss.; G. G. NUCERA, *Ancora sul caso Khlaifia e a. c. Italia: la pronuncia della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 1, 2017, p. 119 ss.; A. SACCUCCI, *I «ripensamenti» della Corte europea sul caso Khlaifia: il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di espulsioni collettive «alla prova» delle situazioni di emergenza migratoria*, in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 552.

²³ *Amuur v. France*, 25 June 1996, no. 19776/92; *Dougoz v. Greece*, 6 June 2001, 40907/98; *Baranowski v. Poland*, 2 January 2008, no. 28358/95, para. 50-52; *Steel and Others v. the United Kingdom*, 23 September 1998, no. 24838/94, para. 54; *Ječius v. Lithuania*, 21 June 2002, no. 34578/97, para. 56; *Paladi v. Moldova* [GC], 10 March 2009, no. 39806/05, para. 74; *Mooren v. Germany* [GC], 9 July 2009, no. 11364/03, para. 76; *Azimov v. Russia*, 9 September 2013, no. 67474/11, para. 164.

trattenimento, come nei casi l'assenza di documenti, è una situazione diffusa tra i richiedenti asilo. La concessione di un potere discrezionale molto ampio all'autorità di pubblica sicurezza, attraverso la formulazione contenuta nell'articolo, "può essere trattenuto", non è idonea a disciplinare in modo tassativo le situazioni in cui tale potere deve essere esercitato, generando incertezza nell'applicazione ed un'alta probabilità di conseguenti prassi difformi. Il rischio evidente è peraltro quello di un uso generalizzato del trattenimento contrastante con i principi di necessità, proporzionalità e ricorso a esso solo come misura di ultima istanza²⁴. Sono questi infatti i criteri che concorrono nel merito a valutare se la misura possa essere considerata arbitraria.

Il concetto di "arbitrarietà" è un parametro che non deve essere valutato in relazione alla conformità con la norma interna ma in base ad altri criteri quali: l'idoneità dei luoghi in cui la persona è trattenuta; la condotta del trattenimento in buona fede, lo stretto collegamento con la finalità della misura, la ragionevole durata del trattenimento rispetto allo scopo²⁵.

5. *Questioni giuridiche connesse ai luoghi del trattenimento*

Un ulteriore piano di analisi riguarda dunque i luoghi del trattenimento. Nella disposizione citata, così come nelle altre normative che fanno riferimento ai punti di crisi, non vengono disciplinate le modalità e le condizioni del trattenimento. È importante sottolineare che la disciplina dei c.d. *hotspots* rimane affidata a comunicazioni della Commissione europea, a circolari interne e ad altri documenti non vincolanti quali le *Standard operating procedures* (SOPs), dunque strumenti certamente non idonei a regolare misure private della libertà personale degli individui. Peraltro, anche sull'applicazione delle procedure standard la prassi appare non troppo uniforme²⁶.

Gli *hotspots*, peraltro, sono strutture ideate per ospitare persone per un brevissimo arco temporale, e sono inadatte a trattenere queste stesse persone per un periodo prolungato di tempo, sia sotto il profilo delle condizioni materiali di accoglienza, che rispetto alla qualità dei servizi erogati. In tal senso, si è espresso anche il Garante Nazionale per i diritti delle persone

²⁴ *Chahal v. United Kingdom*, 15 November 1996, no. 22414/1993, para. 112. Cfr. Conseil de l'Europe, *Aspects juridiques et pratiques des alternatives efficaces à la rétention dans le context des migrations*. Analyse du Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH). Adoptée le 7 décembre 2017. Sul criterio della proporzionalità nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo si veda E. CANNIZZARO, F. DE VITTOR, *Proportionality in the European Convention on Human Rights*, in R. KOLB, G. GAGGIOLI (eds.), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Cheltenham-Northampton, 2013, p. 125 ss.

²⁵ Cfr. L. LAVRYSEN, *European Asylum Law and the ECHR: An Uneasy Coexistence*, in *Goettingen Journal of International Law*, 2012, pp. 197-242;

²⁶ Si veda, Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Rapporto sulle visite tematiche effettuate nei Centri di permanenza per il rimpatrio (CPR) in Italia*, feb.-mar. 2018, pp. 12-13, disponibile al sito <http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/c30efc290216094f855c99bfb8644ce5.pdf>. Cfr. S. PENASA, *L'approccio 'hotspot' nella gestione delle migrazioni: quando la forma (delle fonti) diviene sostanza (delle garanzie)*. *Efficientismo e garantismo delle recenti politiche migratorie in prospettiva multilivello*, in *Rivista AIC*, 2017, p. 1 ss. (https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/2_2017_Penasa.pdf).

private della libertà personale nel Rapporto tematico su CIE e *hotspot* 2016/2017 e nelle Raccomandazioni relative agli standard per la privazione della libertà delle persone migranti²⁷.

Occorre ricordare, in questa sede, l'art. 10 *ter* del D.lgs. 286/98 introdotto con la L. 46/2017 di conversione del c.d. Decreto Minniti-Orlando, secondo cui lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna, ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare (qualsiasi straniero, non solo il richiedente asilo), è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza e per le operazioni di rilievo dattiloscopico anche ai fini del Regolamento EURODAC, presso i "punti di crisi" allestiti nell'ambito delle strutture di cui alla L. 563/95 (c.d. "Legge Puglia") e presso i Centri governativi di prima accoglienza.

Siccome la durata della permanenza presso questi punti di crisi può essere anche di alcuni giorni o settimane, in assenza di norme che disciplinano questa forma di trattenimento, prima della L. 46/2017, di fatto, l'Italia ha gestito il fenomeno degli sbarchi degli ultimi anni attraverso forme di detenzione arbitraria. Nel caso *Khlaifia et al. c. Italia*, infatti, la Grande Camera aveva rilevato l'assenza della necessaria base giuridica per il trattenimento dei ricorrenti. Secondo la normativa italiana, infatti, non era consentita la privazione della libertà in strutture di accoglienza, quali i centri di primo soccorso e accoglienza (CPSA), ma solo all'interno dei centri di identificazione ed espulsione (CIE) e solo in precise circostanze, disciplinate dalla legge. Tantomeno l'accordo tra Italia e Tunisia sulla riammissione degli stranieri concluso nell'aprile 2011, richiamato dal governo italiano, poteva essere considerato come una base giuridica adeguata alla detenzione dei ricorrenti, poiché esso non conteneva riferimenti alla privazione della libertà²⁸.

La Legge 132/2018, in qualche modo, dà una legittimazione giuridica al trattenimento in questi punti di crisi, identificando i termini temporali del trattenimento, senza tuttavia fare un passo ulteriore e regolamentare la disciplina di dettaglio. Tale mancanza di regolamentazione contribuisce a quella indeterminatezza che solleva problemi di conformità con il criterio della legittimità della norma che dovrebbe essere precisa e tassativa.

Sempre nel caso *Khlaifia et al. c. Italia*, la Corte ha ricordato che, al fine di valutare la legittimità della misura detentiva deve essere effettuata una valutazione caso per caso, tenendo in debita considerazione una serie di criteri quali il tipo, la durata, gli effetti e le modalità di attuazione della misura in questione. Inoltre, la valutazione sulla natura costringente delle misure imposte non può essere alterata né dalla loro classificazione nell'ordinamento interno né dalla loro finalità dichiarata. Nel caso di specie, la detenzione "di fatto" era stata confermata anche dal *Report of the Ad Hoc SubCommittee on the large-scale arrival of irregular migrants, asylumseekers and refugees on Europe's southern shores* dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa²⁹ e dal Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e

²⁷ Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Rapporto sulle visite nei Centri di identificazione ed espulsione e negli hotspot in Italia (2016/2017)* disponibile al sito: <http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/6f1e672a7da965c06482090d4dca4f9c.pdf>; *Norme e normalità. Standard per la privazione della libertà delle persone migranti. Raccolta delle Raccomandazioni 2016-2018*, disponibile al sito <http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/ef9c34b393cd0cb6960fd724d590f062.pdf>.

²⁸ G. G. NUCERA, *Ancora sul caso Khlaifia e a. c. Italia*, cit., p. 120.

²⁹ Council of Europe: Parliamentary Assembly, *Report on the visit to Lampedusa (Italy), 23-24 May 2011*, 30 September 2011, AS/MIG/AHLARG (2011) 03 REV 2.

trattenimento per migranti in Italia della Commissione straordinaria per i diritti umani del Senato italiano³⁰.

In merito alle condizioni materiali, i punti di crisi, a causa della loro natura oggettiva di luoghi chiusi, condizione che li accomuna ai centri di permanenza per il rimpatrio, appaiono assimilabili *de facto* a luoghi di detenzione, richiedendo pertanto un grado maggiore di controllo e tutela per i diritti delle persone ivi trattenute. Questo porrebbe ulteriori interrogativi in merito alla compatibilità di tali luoghi con gli *standard* internazionali³¹, da un lato, e sull'attività ispettiva che il Garante per i diritti dei detenuti e delle persone private della libertà personale dovrebbe svolgere³², dall'altro lato.

L'idoneità del luogo e delle condizioni materiali del trattenimento è un criterio essenziale utilizzato dalla Corte nel valutare eventuali violazioni della CEDU³³. La Corte ha spesso fatto riferimento all'effetto complessivo della misura di trattenimento sul ricorrente, considerando dunque sia elementi soggettivi, quali le situazioni di vulnerabilità personale e/o familiare, sia elementi oggettivi sulla condizione materiale, quali la dimensione del luogo e il numero di persone in esso trattenute, l'accesso a locali per la pulizia e a strutture sanitarie, l'accesso all'aria aperta.

Benché non si tratti formalmente di strutture carcerarie, la situazione di privazione della libertà personale di fatto ci conduce a ritenere applicabile l'articolo 3 della CEDU, che pone a carico delle autorità un obbligo positivo, che consiste nell'assicurare che ogni persona sia detenuta in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non sottopongano l'interessato ad uno stato di sconforto, né ad una prova d'intensità che ecceda l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della reclusione, la salute e il benessere del detenuto siano assicurati adeguatamente³⁴.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul punto presenta un orientamento consolidato. Le condizioni necessarie per adempiere agli obblighi positivi citati sono state valutate dalla Corte in numerose sentenze³⁵. Si deve comunque considerare che il richiedente protezione internazionale, come ricordato nelle sentenze *Peers*, *Dougoz e S.D.*, tutte e tre nei

³⁰ Senato della Repubblica, XVI legislatura, Commissione straordinaria per i diritti umani, *Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per migranti in Italia*, 6 marzo 2012, disponibile al sito https://www.senato.it/documenti/repository/commissioni/dirittiumani16/Rapporto_carceri712.pdf.

³¹ Si veda la sentenza della Corte di Strasburgo nel caso *Torreggiani and Others v Italy*, 8 January 2013, no. 43517/09.

³² In merito, il Garante ha espresso «(...) forte preoccupazione per la previsione di tali nuovi luoghi di trattenimento sotto il profilo della loro inadeguatezza strutturale o della loro completa indeterminazione con conseguente oggettiva impossibilità del Garante nazionale di esercitare il proprio potere e dovere di accesso, visita e controllo», *parere del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale sul Decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113*, 15 ottobre 2018, p. 5, disponibile al sito <http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/17ebd9f9895605d7cdd5d2db12c79aa4.pdf>.

³³ *Saadi v. United Kingdom* [GC], 29 January 2008, no. 13229/03, para. 68.

³⁴ Questi elementi sono stati confermati dalla Corte nella sentenza *Torreggiani*. Cfr. G. DELLA MORTE, *La situazione carceraria italiana viola "strutturalmente" gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza "Torreggiani c. Italia")*, in *Dir. um. dir. int.*, 2013, p. 147 ss.

³⁵ Oltre alla sentenza *Torreggiani*, si vedano anche *Kudła c. Polonia* [GC], 26 October 2000, no. 30210/96, para. 94; *Norbert Sikorski c. Polonia*, 22 October 2009, no. 17599/05, para. 131.

confronti della Grecia, è una persona particolarmente vulnerabile a causa delle esperienze di persecuzione e fuga dal Paese di origine³⁶. Pertanto, questa situazione di partenza potrebbe accrescere in modo significativo il disagio derivante dalla situazione di trattenimento. La centralità della condizione di vulnerabilità del richiedente nel valutare l'applicabilità dell'art. 3 delle CEDU, in relazione ai trattamenti inumani e degradanti, è stata confermata dalla Grande Camera anche nella sentenza sul caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*³⁷.

È evidente che il trattenimento di un richiedente asilo, in quanto persona con esigenze specifiche, deve avvenire in strutture attrezzate. A tal proposito, numerose sentenze della Corte di Strasburgo hanno confermato gli standard di tutela elevati che devono essere garantiti a persone vulnerabili³⁸. A tal proposito, nella sentenza sul caso *Thimotheaves c. Belgio*, la Corte ha ricordato che: «(...) décisions généralisées ou automatiques de placement en détention des demandeurs d'asile sans appréciation individuelle des besoins particuliers des intéressés pouvaient poser problème au regard de l'article 5 § 1 f). Corrélativement, la Cour a estimé que les autorités compétentes devaient rechercher s'il était possible de leur substituer une autre mesure moins radicale. Cette exigence vise à détecter si les intéressés présentent une vulnérabilité particulière qui s'oppose à la détention»³⁹. Tale valutazione è necessaria, ad esempio, nei casi di minori stranieri non accompagnati⁴⁰, persone con problemi di salute⁴¹, persone vulnerabili per il loro orientamento sessuale⁴² e, comunque, in tutti i casi in cui vi sia una politica generalizzata di detenzione dei migranti⁴³.

Rispetto ai parametri summenzionati, la clausola di invarianza finanziaria contenuta nella Legge 132/2018 pone qualche perplessità in relazione all'obbligo dello Stato di garantire condizioni di trattenimento dignitose poiché non si capisce, a condizioni materiali invariate,

³⁶ *Peers v. Greece*, 19 April 2001, no. 28524/95; *Dougoz v. Greece*, 6 June 2001, no. 40907/98; *S.D. v. Greece*, 11 September 2009, no. 53541/07.

³⁷ *M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC], 21 January 2011, no. 30696/09.

³⁸ Cfr. J. PÉTIN, *Exploring the Role of Vulnerability in Immigration Detention*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2016, pp. 91-108. Si vedano anche i casi: *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, 12 October 2006, no. 13178/03; *Muskhadzhiyeva and Others v. Belgium*, 19 January 2010, no. 41442/07; *Kanagaratnam v. Belgium*, 13 December 2011, no. 15297/09; *Popov v. France*, 19 January 2012, no. 39472/07, 39474/07; *Price v. United Kingdom*, 13 August 2001, no. 33394/96.

³⁹ *Thimotheaves v. Belgium*, 4 April 2017, no. 39061/11, para. 73.

⁴⁰ *Muskhadzhiyeva and Others v. Belgium*, cit., para. 74; *Kanagaratnam v. Belgium*, cit., para. 94; *Popov v. France*, cit., para. 119; *A.B. and Others v. France*, 12 July 2016, no. 11593/12, para. 123; *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, cit., para. 99-104; *Rabimi v. Greece*, 5 July 2011, no. 8687/08, para. 108-110; *Housein v. Greece*, 24 October 2013, no. 71825/11, para. 76. Cfr. C. DANISI, *Il principio del preminente interesse del minore in ambito migratorio: verso una convergenza?*, in G. NESI (a cura di), *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza?*, XXII Convegno SIDI, 8-9 giugno 2017, Napoli, 2018, pp. 507-530, specie p. 517 ss.; M. PERTILE, *La detenzione amministrativa dei migranti e dei richiedenti asilo nella giurisprudenza della Corte europea per i diritti umani: dal caso Mubilanzila al caso Muskhadzhiyeva*, in *Dir. um. dir. int.*, 2010, p. 457 ss.

⁴¹ *Yob-Ekale Mwanje v. Belgium*, 20 December 2011, no. 10486/10, para. 124.

⁴² *O.M. v. Hungary*, 5 October 2016, no. 9912/15.

⁴³ *Rusu v. Austria*, 2 October 2008, no. 34082/02, para. 57-58; *Suso Musa c. Malte*, 23 July 2013, no. 42337/12, para. 100; *Nabil and Others v. Hungary*, 22 September 2015, no. 62116/12, para. 40-43; *Abdullabi Elmi and Aweys Abubakar c. Malte*, 22 November 2016, no. 25794/13, 28151/13, para. 146; *Ilias and Ahmed v. Hungary*, 14 March 2017, no. 47287/15.

come si possa garantire un'assistenza e dei servizi adeguati durante tutta la durata del trattenimento.

6. Sulla durata del trattenimento: aspetti procedurali e sostanziali

Un ulteriore problema, forse il più evidente, riguarda la durata del trattenimento. Il parametro principale individuato dalla Corte europea per i diritti umani, al fine di verificare l'arbitrarietà di una misura restrittiva della libertà personale, è la ragionevole durata. La valutazione condotta dalla Corte di Strasburgo sulla durata del trattenimento dipende dalla normativa nazionale, dalla finalità che essa persegue e dalle circostanze concrete del caso⁴⁴.

Le Linee guida dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR) sulla detenzione dei richiedenti asilo raccomandano che i termini massimi della detenzione ai fini della verifica dell'identità siano devono essere estremamente limitati, dato che la mancanza di documenti può comportare – ed è tra le principali cause – un periodo di detenzione indeterminato o prolungato⁴⁵. Talvolta la situazione in analisi può riguardare, come già ricordato, anche una persona provvista di documenti, se l'autorità ha dubbi circa l'autenticità della documentazione⁴⁶.

I termini temporali previsti dal provvedimento (30 giorni negli *hotspot* e, se le esigenze identificative permangono, fino a 180 giorni nei CPR, per un totale di 7 mesi) non soddisfano tale requisito e sono manifestamente eccessivi, soprattutto se si considerano le azioni concrete da realizzare e le possibilità dell'autorità di identificare la persona, una volta esperite le misure *standard* per il riconoscimento di un individuo.

Nel concreto, se un richiedente protezione internazionale è sprovvisto di documenti, cosa può fare l'autorità di pubblica sicurezza, nel momento in cui la persona non sia in grado di dare un contributo sostanziale al procedimento di identificazione? Gli strumenti più utili per la verifica delle generalità sono sicuramente le banche dati, quali quelle esistenti nell'ambito dell'Unione europea, come SIS, EURODAC e VIS, o dell'INTERPOL, e simili⁴⁷. Tali attività di verifica svolte attraverso questi sistemi digitali, tuttavia non sembrano necessitare di tempi estremamente lunghi come quelli previsti dalla Legge 132.

È evidente peraltro che non è possibile, nel caso dei richiedenti protezione internazionale, fare riferimento alle autorità del Paese d'origine, dalle quali la persona fugge, dunque ci si chiede quali siano gli strumenti a disposizione dello Stato, oltre a quelli già indicati,

⁴⁴ *Louled Massoud v. Malta*, 27 October 2010, no. 24340/08, para. 66-67; *Mathloom v. Greece*, 24 April 2012, no. 48883/07, para. 70; *Auad v. Bulgaria*, 11 January 2012, no. 46390/10, para. 130-135.

⁴⁵ UNHCR, *Linee Guida sui criteri e gli standard applicabili relativamente alla detenzione dei richiedenti asilo e sulle misure alternative alla detenzione*, 2012.

⁴⁶ *Supra*, par. 2.

⁴⁷ C. FAVILLI, *La politica dell'Unione in materia d'immigrazione e asilo. Carenze strutturali e antagonismo tra gli Stati membri*, in *Quad. cost.*, 2018, p. 361 ss.; E. L. MESZAROS, *An Assessment of the Existing Databases and Instruments for Registering and Monitoring Immigrants in the EU: The Schengen Information System (SIS), the Visa Information System (VIS), Eurodac and the Creation of Frontex*, in *Eurotimes*, 2018, p. 67 ss.; E. COLOMBO, *EU Databases and the Exchange of Information to Combat Illegal Immigration*, in *European Criminal Law Review*, 2014, p. 236 ss.

per verificare l'identità del richiedente protezione internazionale. In relazione alla finalità, ove ci si trovi di fronte a questa situazione di fatto in cui non si palesa una evidente possibilità di identificare la persona, verrebbe a mancare il presupposto per il trattenimento.

6.1. *Aspetti procedurali relativi all'impossibilità di identificare il richiedente*

Da un punto di vista procedurale, il questore (così come negli altri casi di trattenimento previsti) deve adottare un formale provvedimento di trattenimento, e dovrà chiederne la convalida ai giudici delle sezioni specializzate del Tribunale competente i quali, evidentemente, dovranno recarsi nell'*hotspot* per effettuare l'udienza di convalida. Alla scadenza del termine dei 30 giorni, se perdurano le ragioni del trattenimento, cioè la necessità dell'identificazione o della verifica della cittadinanza del richiedente, il questore può disporre il trattenimento del richiedente nei CPR chiedendo una nuova convalida alla medesima sezione specializzata del Tribunale competente per territorio. In questo caso, si dovrà dimostrare la presenza di elementi concreti che possano portare all'identificazione o, in assenza, di questi, si dovrà procedere al rilascio.

Come ho rilevato in precedenza, se il richiedente è presente in una delle banche dati menzionate questo non verrà trattenuto, almeno ai sensi di questa norma. Nell'ipotesi, invece, in cui la difficoltà deriva da condotte del richiedente, ad esempio se la persona rifiuta di sottoporsi ai rilievi fotodattiloscopici, il trattenimento verrà effettuato ai sensi dell'art. 10 *ter*, c. 3, TU 286/98, introdotto dalla L. 46/2017, che trova applicazione nei confronti degli stranieri (anche richiedenti asilo) che rifiutano reiteratamente di essere sottoposti al fotosegnalamento. Si tratta di due fattispecie "simili", almeno in relazione alla finalità, per le quali è necessario accertare quando si effettua il trattenimento del richiedente per una difficoltà oggettiva o per il comportamento doloso della persona.

La differenza non è solo formale, ma sostanziale e immotivatamente diversificata e punitiva nei confronti del richiedente che si trova in condizione oggettiva di impossibilità di accertare l'identità, arrivando al paradosso che in quest'ultima ipotesi il trattenimento può arrivare a 210 giorni totali contro i 30 giorni del trattenimento ex art. 10 *ter* del TU. Questa diversificazione pone l'accento sul problema della ragionevolezza della misura rispetto allo scopo perseguito, nel momento in cui esistono misure meno drastiche e ragionevoli che mirano al raggiungimento dello stesso fine.

6.2. *Sul ricorso avverso al trattenimento*

Un altro aspetto riguarda l'eventuale ricorso avverso al trattenimento ex art. 3 della L. 132/2018. Esiste infatti una giurisprudenza consolidata da parte della Corte di Strasburgo che lega la valutazione del caso concreto di trattenimento alla diligenza dello Stato nel compiere tutte le procedure necessarie che giustificano la durata del trattenimento. Mi riferisco, in particolare, al *case-law* della Corte in materia di espulsione e rimpatrio dello straniero⁴⁸. In tali

⁴⁸ Sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo verso una sempre maggiore tutela dei diritti individuali dei richiedenti protezione internazionale, soprattutto in casi di espulsione, si veda L. PANELLA, *La*

casi, secondo la Corte, lo Stato deve dimostrare di essersi adoperato attivamente per organizzare l'allontanamento, compiere passi concreti e fornire prove – senza fare riferimento solo alle proprie dichiarazioni – degli sforzi messi in atto⁴⁹.

Nel caso del trattenimento per identificazione, lo Stato ha dunque l'onere di dimostrare di aver svolto concretamente tutte le attività necessarie per identificare la persona.

Un altro parametro utilizzato dalla Corte europea, sempre nei casi di procedure di espulsione, è quello dell'esistenza di una prospettiva realistica di esecuzione dell'espulsione⁵⁰, legata alle opportune azioni in vista di tale espulsione. Ove tale prospettiva non sia realistica, la misura di trattenimento viene qualificata dalla Corte di Strasburgo come arbitraria.

Per analogia, nel caso del trattenimento del richiedente per identificazione, è lecito ritenere che, ai fini di un trattenimento così perdurante nel tempo, sia necessaria una reale prospettiva di riuscire a identificare la persona, sempre considerando le azioni concrete che uno Stato può porre in essere in situazioni in cui si trova impossibilitato a contattare le autorità diplomatiche e consolari del Paese di origine del richiedente.

7. Conclusioni

Dall'analisi effettuata, risulta evidente la presenza di taluni profili che potrebbero rivelarsi in contrasto con le disposizioni della Convenzione europea dei diritti umani. In particolare, le possibili violazioni attengono soprattutto all'art. 5 sul divieto di privazione della libertà personale sotto almeno tre profili⁵¹.

In primo luogo, la violazione del divieto di privazione della libertà personale potrebbe sussistere nella misura in cui il trattenimento a fini d'identificazione verrebbe qualificato come "arbitrario" in relazione alla mancanza di previsioni tassative nelle quali il questore deve esercitare il potere di trattenimento. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo su questo punto presenta un orientamento costante e univoco e non ammette situazioni nelle quali la legge riguardante privazioni della libertà personale possa creare incertezze nella sua applicazione.

Un secondo elemento problematico si presenta in relazione alla ragionevolezza della durata, in particolare in relazione alla diligenza dello Stato nel condurre l'attività d'identificazione nel periodo in cui la persona viene trattenuta. L'applicazione, per analogia, dei principi elaborati dalla Corte europea in materia di espulsione, induce a rilevare la presenza di

giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e quella della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di immigrazione a confronto: un contrasto insanabile?, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 3, 2018, p. 276 ss..

⁴⁹ *Singh v. Czech Republic*, 25 January 2005, no. 60538/00.

⁵⁰ Si vedano i casi: *Mikolenko v. Estonia*, 8 October 2009, no. 10664/05; *M. and Others v. Bulgaria*, 26 July 2011, n. 41416/08, para. 75-76; *Popov v. France*, 19 January 2012, no. 39472/07, 39474/07.

⁵¹ Come già sostenuto in dottrina: «freedom must be the rule, detention must remain an exception» (M. DI FILIPPO, *The Human Right to Liberty in the Context of Migration Governance: Some Critical Remarks on the Recent Practice in the Light of the Applicable Legal Framework*, in IIIHL, *Deprivation of Liberty and Armed Conflicts: Exploring Realities and Remedies*, 41st Round Table on Current Issues of International Humanitarian Law, Milano, 2019, p. 240).

una oggettiva difficoltà dell'autorità pubblica di poter dimostrare di aver agito con la dovuta diligenza ove si decida di trattenere il richiedente asilo non identificato oltre i primi 30 giorni.

Infine, proprio per le modalità e l'eccessiva durata, la misura non appare necessaria e proporzionale alla finalità perseguita, in quanto punitiva di una condizione di difficoltà oggettiva del richiedente asilo che non può essere identificato per motivi esterni alla sua volontà, soprattutto se paragonato al trattenimento per identificazione i art. 10 del Testo Unico sull'immigrazione.

Ad ogni modo, occorrerà aspettare che si sviluppi la prassi su questa normativa ancora relativamente recente e che si pronunci al riguardo la Corte di Strasburgo, in modo da chiarire i profili di potenziale incompatibilità e contrasto con la CEDU precedentemente evidenziati. Tuttavia, allo stato attuale, non sono noti casi di trattenimento di richiedenti asilo a fini di identificazione *ex art. 6.3 bis* del D.lgs. 142/2015.

ABSTRACT: The Italian Legislation on the Detention of Asylum Seekers for Identification Purposes and Its Compliance with the International Obligations of the European Convention on Human Rights

Since the adoption of the Law 40/1998, the institution of the “detention” of migrants has experienced several modifications. Lastly, Art. 3 of the Law 132/2018 introduces the detention for the identification of asylum seekers, for the necessary time, in any case not exceeding 30 days, in hotspots and, where it is not possible to verify their identity, for a further maximum period of 180 days within a centre for repatriation.

This provision raises doubts about its compliance with Italian international obligations, particularly with Art. 5 of the European Convention on Human Rights as interpreted over the years by the Court of Strasbourg. An assessment of this compliance shall take into account necessity, reasonableness and proportionality of the measures adopted.

The paper therefore aims at evaluating the detention of asylum seekers for the purpose of identification in light of international human rights standards, as developed in the jurisprudence of the European Court of Human Rights.

LA GUARDIA EUROPEA DE FRONTERAS Y COSTAS EN LA GESTIÓN INTEGRADA DE LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LA UNIÓN EUROPEA

LUCIA IONE PADILLA ESPINOSA*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Prevención de crisis e intervención en las fronteras exteriores. – 3. El nuevo cuerpo permanente de guardias de fronteras y costas. – 4. El refuerzo del mandato de la Agencia en materia de retorno. – 5. El papel reforzado de la GEFC en la cooperación con países no pertenecientes a la UE. – 6. Conclusiones.

1. *Introducción*

La creación de un espacio común sin fronteras interiores implica la responsabilidad compartida de proporcionar un alto nivel de seguridad y una eficaz gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea (UE). Tal y como ha vuelto a insistir la Comisión Europea recientemente, solamente podemos tener un espacio Schengen sin fronteras internas si sus fronteras exteriores están eficazmente protegidas¹. Bajo el convencimiento de que para garantizar una efectiva gestión de las fronteras externas se requiere, entre otras estructuras y mecanismos, de un instrumento diseñado para reforzar la coordinación de la cooperación operativa entre los Estados Miembros (EM), nace en 2004 la agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras externas de la UE, tradicionalmente conocida como Frontex². Desde su creación ha sufrido varias modificaciones de calado, la última en mitad de la llamada crisis de los refugiados.³ El aumento sin precedentes de migrantes y refugiados que han llegado a nuestro continente en los últimos años se ha puesto a prueba la capacidad de la UE para gestionar las fronteras comunes. La denominada crisis de los refugiados ha revelado las debilidades y carencias de las

* Área Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Huelva, España

¹ Comisión Europea – Estado de la Unión 2018 – *Una Guardia Europea de Fronteras y Costas reforzada y totalmente equipada*, 12 de septiembre de 2018. Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-5712_es.htm última visita junio 2019.

² Reglamento 2004/2007/CE del Consejo, de 26 de octubre de 2004, *por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea*, (DOUE L 349 de 25 de noviembre de 2004).

³ En Reglamento de Frontex ha experimentado dos reformas de cara a solventar las deficiencias y carencias que se encontraban en su regulación. En 2007 se llevó a cabo la primera reforma con la finalidad de incorporar equipos de intervención rápida: Reglamento (CE) 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 *por el que se establece un mecanismo para la creación de equipos de intervención rápida en las fronteras y que modifica el Reglamento (CE) n° 2007/2004 del Consejo por lo que respecta a este mecanismo y regula las funciones y competencias de los agentes invitados* (DOUE L 199/30 de 31 de julio de 2007). La segunda reforma se produjo en 2011 y pretendía fortalecer el mandato de la Agencia en lo relativo a la protección de los derechos fundamentales. Reglamento (UE) 1168/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 *que modifica al Reglamento (CE) 2007/2004 del Consejo, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea* (DOUE L 304/1 de 22 de noviembre de 2011).

estructuras existentes, que han demostrado ser insuficientes para garantizar una gestión eficaz e integrada de las fronteras compatible con las obligaciones internacionales. En concreto, se ha evidenciado las limitaciones de Frontex caracterizadas principalmente por una dependencia de la voluntad estatal que ha supuesto una persistente traba en la operatividad de la Agencia añadido a las críticas de su mandato en relación con el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos fundamentales⁴.

Por todo ello, en 2016 se decide la creación de la Agencia europea de la Guardia Europea de Fronteras y Costas⁵ (GEFC) para garantizar la aplicación efectiva de la gestión fronteriza, proporcionar apoyo operativo e intervenir en aquellas situaciones desproporcionadas que surjan en la frontera y que puedan poner en peligro el correcto funcionamiento del espacio Schengen y por ende, de la libre circulación⁶. Así, Frontex ha evolucionado hacia una GEFC, con plena continuidad de sus actividades y funciones pero contando con un mandato reforzado.

El Reglamento 2016/1624 establece la creación de una GEFC compuesta por una Agencia europea de la GEFC y las autoridades de los EM responsables en última instancia de la gestión de las fronteras⁷. Por lo tanto, la Agencia apoya la aplicación de las medidas de la UE relacionadas con la gestión fronteriza mediante el refuerzo, la coordinación y la evaluación de las acciones emprendidas por los EM⁸.

⁴ Para una aproximación al desarrollo de la Agencia Frontex, Véase: F. ESTEVE GARCIA, *El rescate como nueva función europea en la vigilancia del Mediterráneo*, en *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 2015, p. 153 ss.; S. MARINAI, *The interception and rescue at sea of asylum seekers in the light of the new EU legal framework*, en *Rev. der. com. eur.*, 2016, p. 901 ss.; J. A. QUINDIMIL LÓPEZ, *La Unión Europea, Frontex y la Seguridad en las Fronteras Marítimas, ¿Hacia un Modelo Europeo de Seguridad Humanizada en el Mar?*, en *Rev. der. com. eur.*, 2012, p. 57 ss.; A. SÁNCHEZ LEGIDO, *Externalización de controles migratorios versus derechos humanos*, en *Rev. elec. est. int.*, 2019, p. 1 ss.; S. PEERS, *The Reform of Frontex: Saving Schengen at Refugees' Expense?*, en *EU Law Analysis blog*, 2015; C. SOLER GARCÍA, *La Guardia Europea de fronteras y costas: ¿Un avance respecto a Frontex? Una valoración provisional*, en *Rev. elec. est. int.*, 2017, p. 1 ss.; M. URREA CORRES, *El control de fronteras exteriores como instrumento para la seguridad: una aproximación al nuevo marco jurídico de Frontex*, en *Revista del instituto español de estudios estratégicos*, 2012, p. 155 ss.; C. PÉREZ GONZÁLEZ, *De Frontex a la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas: ¿Cambia todo para que todo siga igual?*, en C. BLASI CASAGRAN y M. ILLAMOLA DAUSA (coords). *El control de las agencias del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

⁵ Reglamento(UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de Septiembre de 2016 *sobre la guardia Europea de Fronteras y Costas, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE) n.º 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo*, (DOUE L 251, de 16 de Septiembre de 2016). En adelante, Reglamento 2016/1624. Para comprender el nacimiento de la GEFC, véase: las conclusiones del Consejo Europeo de 25 y 26 de julio de 2015 (EUCO 22/15) donde se abogaba por una mayor solidaridad y compromiso por parte de los Estados miembro para la gestión de las migraciones y control fronterizo, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-22-2015-INIT/es/pdf>. Del mismo modo se presentan las Conclusiones del Consejo Europeo de 16 de octubre de 2015 /EUCO 26/15 <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-26-2015-INIT/es/pdf>. Ambas conclusiones fueron el paso previo a la propuesta de Reglamento presentado por la Comisión a finales de diciembre de 2015: COM(2015) 671 final, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, *sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 2007/2004, el Reglamento (CE) n.º 863/2007 y la Decisión 2005/267/CE, de 15 de diciembre de 2015*, COM(2015) 240 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, la guardia Europea de Fronteras y una gestión eficaz de las fronteras exteriores de la Unión Europea de 15 de diciembre de 2015.

⁶ Véase considerando número 2 del Reglamento 2016/1624.

⁷ Artículo 3 del Reglamento 2016/1624.

⁸ Considerando número 6 del Reglamento 2016/1624. En este sentido, véase P. BRUYCKER, *The European Border and Coast Guard: a new Model Built on an Old logic*, en *European Papers*, 2016, p. 564 ss.

Se establece que la función clave de la Agencia debe ser elaborar una estrategia técnica y operativa para la aplicación de una gestión integrada de las fronteras, supervisar el funcionamiento efectivo del control fronterizo, proporcionar mayor asistencia técnica y operativa a los EM mediante operaciones conjuntas e intervenciones fronterizas rápidas, garantizar la ejecución de medidas en situaciones que requieran de acciones urgentes en las fronteras exteriores, así como prestar un apoyo mayor en las operaciones de búsqueda y salvamento de personas en el mar y en las operaciones e intervenciones de retorno⁹. Además, la gestión integrada de las fronteras va más allá de los controles fronterizos realizados en las fronteras exteriores incluyendo medidas con y en terceros países.

Aunque la GEFC ha supuesto todo un hito en la gestión de las fronteras europeas y ha introducido mejoras, la Comisión considera un imperativo que la Agencia responda plenamente al nivel de ambición y a las necesidades de la Unión en materia de seguridad, por lo que en 2018, presenta una propuesta de reforma del Reglamento¹⁰ 2016/1624.

La propuesta pretende abordar dos retos principales. En primer lugar, presenta a la Agencia como garante de la estrategia operativa por la que se implemente la gestión integrada de las fronteras europeas. De otro lado, avanza hacia una mayor autonomía y eficacia operativa de la GEFC. Estas ambiciones apuntan hacia la capacidad operativa completa de la Agencia que contará con su propio equipo y personal, combinado con un presupuesto más generoso y un mandato ampliado en la vigilancia de fronteras, retornos y cooperación con terceros países.

Teniendo en cuenta lo anterior, el objetivo del presente estudio implica un análisis de las novedades más significativas de la normativa que regula la GEFC al hilo de la propuesta de la Comisión. A estos efectos, el texto queda dividido en cuatro apartados. En primer lugar se abordarán los mecanismos de actuación en la prevención de crisis e intervención en las fronteras exteriores (1); a continuación se examinan los medios personales y materiales de los que se sirve la Agencia, en particular, la creación del cuerpo permanente de guardias de fronteras y costas (2); el tercer capítulo se centra en el mandato de la GEFC en materia de retorno (3); en cuarto lugar se analizan las competencias otorgadas a la Agencia europea en relación con la cooperación con países no pertenecientes a la UE. Finalmente, se ofrece una valoración de conjunto del mandato actual de la Agencia en aras de dilucidar si la nueva GEFC supone un verdadero avance en el sistema integrado de las fronteras externas de la UE y superar las limitaciones que presentaba su antecesora Frontex.

2. Prevención de crisis e intervención en las fronteras exteriores

Frontex evaluaba los riesgos para la seguridad de las fronteras exteriores y en base a ello, elaboraba unas pautas a seguir. La nueva GEFC da un paso más allá valorando la capacidad de los EM para hacer frente a cualquier reto que se presente en las fronteras a través de una evaluación de vulnerabilidad.

⁹ Considerando número 12 del Reglamento 2016/1624.

¹⁰ COM (2018) 631 final Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo *sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan la Acción Común n.º 98/700/JAI del Consejo, el Reglamento (UE) n.º. 1052/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo.*

Se realiza una valoración de los equipos, infraestructuras y planes de emergencia para la gestión de posibles futuras crisis en las fronteras. Con los datos recogidos por la Agencia¹¹, el Director Ejecutivo¹² debe determinar las medidas a tomar y recomendarlas al EM¹³ en cuestión, así como fijar un plazo para su adopción. Si no se adopten las medidas en dicho plazo, el caso se someterá al Consejo de Administración¹⁴ para que tome una decisión que resultaría vinculante para el EM¹⁵. Si este siguiera sin tomar las medidas recomendadas o para cuando un EM que se enfrente a un reto concreto y desproporcionado en las fronteras exteriores no haya solicitado a la Agencia ayuda suficiente, o no estuviese realizando las actuaciones necesarias para su aplicación, la Comisión, con el objetivo de otorgar una respuesta unificada y efectiva a escala de la Unión, debe especificar las medidas que deba aplicar la Agencia y exigir al EM implicado su cooperación. A continuación, la Agencia deberá determinar las acciones para ejecutar dichas medidas y elaborar un plan operativo de las mismas junto con el EM. El EM debe cooperar en la ejecución del plan. Para los casos en que un EM no aplique la decisión de la Comisión en 30 días y no coopere con la Agencia, el Reglamento prevé la posibilidad de que la Comisión active el procedimiento por el que se restablecen los controles en las fronteras internas¹⁶. La sanción prevista ante la omisión de los Estados es la exclusión del espacio Schengen. Esta posibilidad de que la Agencia intervenga cuando un EM no es capaz de gestionar sus fronteras es una de las novedades más polémicas e importantes que se incluyen en el Reglamento¹⁷.

A pesar de que la evaluación de vulnerabilidad supone un instrumento útil para hacer frente a los desafíos derivados de la gestión fronteriza, adolece de importantes deficiencias. En particular no prevé la evaluación de otras competencias estatales igualmente importantes que conforman la gestión fronteriza como el desarrollo de las operaciones búsqueda y rescate de personas en peligro en el mar (SAR)¹⁸. Dado que la actividad de

¹¹ Los datos (art. 13.2 Reglamento 2016/1624) son facilitados a la Agencia por parte de los EM. En la propuesta de Reglamento (considerando n. 37), se establece que en caso de no facilitarse a la Agencia la información oportuna y precisa para realizar la evaluación de vulnerabilidad, la Agencia debe poder tener en cuenta este hecho al realizar la evaluación, excepto en aquellos casos en que haya razones debidamente justificadas para la no transmisión de los datos.

¹² El Director Ejecutivo es un órgano independiente encargado de gestión de la Agencia. Para conocer sus funciones véase artículo 68 del Reglamento (UE) 2016/1624.

¹³ Véase Quinto Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo *sobre la puesta en marcha de la Guardia Europea de Fronteras y Costas*, COM (2017) 467, 6 de septiembre de 2017.

¹⁴ El Consejo de Administración es el órgano intergubernamental de la Agencia. Se forma por un representante de cada EM y dos de la Comisión. Artículo 63 del Reglamento (UE) 2016/1624.

¹⁵ Artículo 33 de la propuesta de Reglamento, COM (2018) 631 final.

¹⁶ Procedimiento específico previsto en el artículo 29 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, *por el que se establece un código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen)* (DOUE L 77 de 23 de marzo de 2016). Alertados por los niveles de seguridad interna, en 2017 se acordó la modificación del Código, por lo que el procedimiento referido se regula actualmente en el artículo 26 del Reglamento (UE) 2017/458 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 *por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 en lo relativo al refuerzo de los controles mediante la comprobación en las bases de datos pertinente en las fronteras exteriores* (DOUE L 74/1 de 18 de marzo de 2017).

¹⁷ J. RIJPMMA, *The proposal for an European Border and Coast Guard: evolution or revolution in external border management?*, en *Study for the LIBE Committee of the European Parliament*, 2016, p. 20 ss.

¹⁸ Véase artículo 3, b) de la Propuesta de Reglamento.

búsqueda y rescate de las ONGs son cada vez más obstaculizada¹⁹, se critica la ausencia de evaluación de la capacidad de participación de los EM en dichas operaciones. La inclusión de este aspecto en la evaluación de vulnerabilidad permitiría emitir recomendaciones al EM en caso de deficiencias que darían lugar, en última instancia, a la intervención de la Comisión.

3. *El nuevo cuerpo permanente de guardias de fronteras y costas*

La creación de la GEFC modifica sustancialmente la capacidad de la UE de proteger sus fronteras²⁰. Sin embargo, la dependencia de las contribuciones voluntarias de los EM en cuanto a personal y equipo ha supuesto una limitación persistente en la operatividad de la GEFC. Por ello, la Comisión avanza hacia una gestión plenamente integrada de las fronteras a través de un cuerpo permanente de 10.000²¹ agentes operativos con competencias ejecutivas y equipo propio. El cuerpo permanente estará compuesto de tres categorías de personal operativo, a saber, los miembros del personal estatutario, el personal destinado a la Agencia en comisión de servicio de larga duración por los EM y el personal proporcionado por los EM para despliegues de corta duración. El cuerpo permanente debe desplegarse en el marco de equipos de gestión de fronteras, equipos de apoyo a la gestión de la migración o equipos de retorno²².

A fin de responder al nivel de ambición subyacente a la creación de la GEFC y subsanar las carencias detectadas, la Agencia debe disponer de los propios equipos que necesite para desplegarlos en operaciones conjuntas o en intervenciones fronterizas rápidas. A tal fin, la Comisión ha destinado una dotación significativa de forma que la Agencia pueda adquirir, mantener y utilizar los activos necesarios. Aunque la adquisición de activos propios será un proceso largo, los mismos están diseñados para convertirse en la espina dorsal de los despliegues operativos, solicitando solo contribuciones adicionales a los EM en circunstancias excepcionales²³.

Sin embargo, la novedad más significativa es la atribución de poderes ejecutivos al cuerpo permanente. Los miembros estarán facultados para realizar tareas de control fronterizo, de retorno y aquellas otras competencias ejecutivas reconocidas a los miembros nacionales, tales como la verificación de la identidad y nacionalidad de personas, autorizar o rechazar la entrada en frontera, sellar documentos de viaje o registrar huellas dactilares²⁴. Esta ampliación de funciones ha resultado polémica ya que podría violar las disposiciones de los Tratados que consideran a los EM principales responsables de la seguridad interna y

¹⁹ Para un mayor conocimiento sobre la actual problemática en relación con la actividad de las ONG en el mar, véase: A. SÁNCHEZ LEGIDO, *¿Héroes o villanos?: las ONG de rescate y las políticas europeas de lucha contra la inmigración irregular. (a propósito del caso Open Arms)*, en *Revista General de Derecho Europeo*, 2018.

²⁰ Una de las principales novedades que incorpora el Reglamento 2016/1624 respecto a su antecesora es la creación del contingente de reacción rápida. Un cuerpo permanente a disposición mediante de la Agencia para ser desplegado en cualquier EM desde que se acuerde un plan operativo. Para la creación de este contingente cada EM debía contribuir anualmente hasta alcanzar los 1500 guardia de fronteras u otro personal competente en comisión de servicio. Véase artículo 20 del Reglamento 2016/1624.

²¹ Véase COM(2018) 631 final de 12 de septiembre de 2018, pág. 2.

²² Véase considerando 51 de la propuesta de Reglamento, COM (2018) 631 final.

²³ Véase considerando 62 de la propuesta de Reglamento, COM (2018) 631 final.

²⁴ Véase artículo 55, pár. 3, y artículo 83 de la propuesta de Reglamento, COM (2018) 631 final.

de la gestión de las fronteras²⁵. Por lo tanto, es indudable que un incremento de los poderes y competencias de la Agencia implica un aumento de la responsabilidad en la que incurriría por el desarrollo de dichas funciones. Sin embargo, esta cuestión no aparece desarrollada de forma precisa en la normativa. Es importante que las actividades operacionales de la Agencia cumplan con las obligadas derivadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por lo que sería necesario la inclusión de disposiciones que determinen e imputen a la Agencia por su respectiva responsabilidad en caso de violaciones de derechos.

4. El refuerzo del mandato de la Agencia en materia de retorno

El retorno de los nacionales de terceros países que no cumplan o hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, estancia o residencia en los EM de conformidad con la Directiva de retorno²⁶ es un componente esencial dentro de las prioridades de la UE para gestionar las migraciones. Por ello, la GEFC es entendida como un instrumento clave a fin de hacer operativos los retornos²⁷. A diferencia de su antecesora²⁸ la GEFC debe, sin perjuicio de la responsabilidad de los EM de dictar las decisiones de retorno, intensificar la asistencia técnica y operativa que presta a los EM en el proceso. En concreto, coordina y organiza operaciones de retorno desde uno o varios EM y lleva a cabo “intervenciones de

²⁵ Los artículos 72 y 73 TFUE establecen que las competencias de las que dispone la UE no afectarán al ejercicio de responsabilidades de los EM en relación con el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interna. En base a ello, el artículo 2, pár. 14, del Código de Fronteras Schengen establece como exclusiva de los funcionarios públicos asignados según la legislación nacional, el desarrollo de las tareas de control fronterizo. Por lo tanto, encontramos ante una concesión de poderes ejecutivos a los miembros de la Agencia sin una base legal clara que respalde su actuación que genera preocupaciones desde la perspectiva de los derechos fundamentales, en particular la posibilidad de autorizar o rechazar la entrada en frontera recogido en el anexo II de la propuesta. Véase al respecto: P. DE BRUYCKER, *The European Border and Coast Guard: A new Model Built in an old logic*, en *European Papers: A Journal on Law and Integration*, 2016, p. 559 ss. Meijers Committee standing committee of experts on international immigration, refugee and criminal law CM1817 Comments on the draft for a new Regulation on a European Border and Coast Guard, (COM (2018) 631 final) and the amended proposal for a Regulation on a European Union Asylum Agency (COM(2018) 633 final) disponible en:

https://www.eerstekamer.nl/eu/documenteu/cm1817_notitie_van_de_commissie/f=/vku0ofm4fpqh.pdf
D. FERNÁNDEZ ROJO, *The Umpteenth Reinforcement of FRONTEX's Operational Tasks: Third Time Lucky?*, in EUlwanalysis.blogspot.com <http://eulwanalysis.blogspot.com/2019/06/the-umpteenth-reinforcement-of-frontex.html>.

²⁶ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, *relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular*. (DOUE L 348 de 24 de diciembre de 2008). Véase: Véase Comisión Europea, Estado de la Unión 2018 *Una política de retorno más firme y eficaz*, 12 de septiembre de 2018. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/soteu2018-factsheet-returns-policy_es.pdf. A pesar de que de enero a agosto de 2018, 8966 personas fueron retornadas, la Comisión entiende que los índices de retorno son bajos, por lo que el refuerzo en esta materia es un objetivo primordial de la unión. Véase COM(2019) 126 final p. 12.

²⁷ Véase COM (2018) 631 final, p. 2 s.

²⁸ FRONTEX tan solo recogía en su Reglamento (UE) 1168/2011 la asistencia a los EM para la organización de operaciones de retorno conjuntas. Por ello, en la Reunión del Consejo Europeo de 25 y 26 de junio de 2015 se sugiere a la Comisión la ampliación del mandato de la Agencia en materia de retorno.

retorno” reforzando así, los sistemas nacionales de retorno que requieran de una mayor asistencia²⁹.

En este contexto, la propuesta de reforma de la GEFC prevé fortalecer el papel de la Agencia en materia de retorno ampliando sus funciones. Se dispone que la Agencia apoye a los EM en la aplicación de los procedimientos de retorno de manera más eficaz, en particular a través de la preparación de las decisiones de retorno, aunque la decisión final sigue siendo responsabilidad nacional, identificación de inmigrantes en situación administrativa irregular, así como el desarrollo de otras actividades previas y relativas al retorno como la obtención de la documentación de viaje a través de la cooperación con las autoridades de los terceros países en cuestión³⁰.

Tal expansión de poderes implica un aumento de la responsabilidad en la que podría incurrir la Agencia por las posibles vulneraciones de derechos fundamentales durante el desarrollo de tales operaciones de devolución. El poder de preparar las decisiones de retorno, implica la asunción de una responsabilidad por el contenido de dichas decisiones y el cumplimiento de las garantías de derechos fundamentales. En la práctica resulta muy difícil determinar el alcance de la responsabilidad que tendría la Agencia por el contenido de las mismas ya que la decisión final de retorno es competencia estatal. Por lo tanto, aunque el Reglamento prevé que las actividades relacionadas con el retorno se llevarán a cabo en cumplimiento de los derechos fundamentales, lo cierto es que las garantías que evidencien un control eficaz de los mismos no son adecuadas y siguen siendo insuficientes³¹.

La norma debería recoger mecanismos adicionales de protección de las obligaciones internacionales, como por ejemplo, el desarrollo de una verificación a la decisión final de retorno por parte de la Agencia. Ello supondría una garantía para los nacionales de terceros Estados de recibir una decisión acorde con la Directiva y ante indicios de vulnerabilidad, cabría apelación ante los tribunales.³²

²⁹ Una vez al mes, los EM deben facilitar los datos relativos al retorno y las necesidades de asistencia o coordinación por parte de la agencia. A raíz de estos, la Agencia elaborará un plan operativo para proporcionar a los EM, en virtud del artículo 2 de la propuesta de Reglamento, por “operación de retorno” debe entenderse una operación organizada y coordinada por la Agencia y que implica apoyo técnico y operativa a uno o varios EM o a un tercer país, en cuyo marco se lleva a cabo el retorno desde uno o varios EM o desde un tercer país, tanto de carácter forzoso como voluntarios, con independencia del medio de transporte. Por “intervención de retorno” se comprende aquella actividad de la Agencia que proporciona a los EM o a terceros países una asistencia técnica y operativa reforzada consistente en el despliegue de equipos de retorno y en la organización de operaciones de retorno. Los equipos de retornos se componen a raíz del conjunto de diferentes contingentes: «El contingente de supervisores del retorno forzosos», «El contingente de escoltas para retornos forzosos», y «Contingente de especialistas en retorno». Véase artículos 29, 30, y 31 del Reglamento 2016/1624. Los miembros integrantes de los contingentes deberán recibir formación específica en materia de derechos fundamentales, protección internacional, búsqueda y rescate y protección de menores (art. 36).

³⁰ Véase los considerandos 69 y 70 de la propuesta de Reglamento, COM(2018) 631 final.

³¹ Las operaciones de retorno están sujetas a un control realizado de conformidad con la Directiva de retorno. Por cada operación se presenta un informe al Director ejecutivo, al Agente de derechos fundamentales y a las autoridades nacionales competentes. En caso de dudas sobre el respeto de los derechos fundamentales, el artículo 51 de la propuesta de reglamento recoge solamente la posibilidad de que la agencia comunique sus incertidumbres a los EM participantes y a la Comisión.

³² ECRE (European Council on Refugees and Exiles) comments on the Commission proposal for a regulation on the European Border and Coast Guard. November, 2018, p. 14 s. Disponible en: <https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2018/11/ECRE-Comments-EBCG-proposal.pdf>

5. El papel reforzado de la GEFC en la cooperación con países no pertenecientes a la UE

La cooperación con terceros países es otro de los elementos esenciales de la gestión integrada de las fronteras. En el Consejo Europeo de octubre de 2018³³ se reiteró la necesidad de actuar con constancia y determinación, tanto dentro como fuera de la UE.

El objetivo prioritario de la GEFC en esta materia es aumentar el marco de actuación para poder facilitar la cooperación operativa con las autoridades de terceros Estados. Esta cooperación se materializa principalmente en la celebración de Acuerdos de trabajos³⁴.

A tal efecto, la propuesta diferencia entre la cooperación de los EM con terceros países (art. 73) y la cooperación entre la Agencia y terceros países (art. 74). En la primera, se señala que los EM podrán cooperar a nivel operativo con terceros Estados a través del intercambio de información sobre la base de acuerdos bilaterales o multilaterales o a través de redes regionales establecidas con arreglo a dichos acuerdos. Estos acuerdos deben respetar el Derecho Internacional y el Derecho de la Unión en materia de derechos fundamentales y protección internacional, en particular la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y el principio de no devolución.

Por otro lado, la Agencia podrá cooperar con las autoridades de terceros países para el desempeño de sus funciones. Al hacerlo, la Agencia actuará en el marco de la política de acción exterior de la Unión con el apoyo de las delegaciones de la Unión, y cuando proceda, en el marco de las operaciones de la política común de seguridad y defensa. En aquellas circunstancias donde se requiera el despliegue de equipos de gestión de fronteras y de retorno del cuerpo permanente de la GEFC en un tercer país en el que los miembros de los equipos ejercerán competencias ejecutivas, la Unión elaborará un acuerdo sobre el estatuto con el tercer país que se trate.³⁵

Debe subrayarse que la cooperación con terceros Estados no exime del cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho Internacional, especialmente en relación con el respeto de los Derechos Humanos. Por ello, es imperioso que la Agencia realice una evaluación previa y preceptiva sobre el respeto de los Derechos Humanos por parte del tercer Estado antes de la celebración de un acuerdo de trabajo, con el fin de evaluar las posibles implicaciones en materia de derechos fundamentales.

Recientemente se ha celebrado un acuerdo de estatuto con Albania³⁶ que faculta a los miembros de la GEFC para realizar tareas y ejercer poderes ejecutivos para el control de las

³³ Véase las conclusiones del Consejo Europeo de 18 de octubre 2018 <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/european-council/2018/10/18/>.

³⁴ Los acuerdos de trabajo no pueden ser considerados como tratados internacional en tanto que la Agencia no ostenta personalidad jurídica internacional. Véase: F. ESTEVE GARCIA, *El control judicial de las agencias en el Espacio de Libertad, seguridad y Justicia*, en C. BLASI CASAGRAN, y M. ILLAMOLA DAUSÀ (Coord.), *El control de las agencias del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 91 ss.

Véase: Modelo de acuerdo de Estado, COM(2016) 747 final.

³⁵ Artículos 72 a 77 de la Propuesta de Reglamento, COM(2018) 631 final.

³⁶ Acuerdo sobre el Estatuto entre la Unión Europea y la República de Albania en lo que respecta a las acciones llevadas a cabo por la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas en la República de Albania. (DOUE L 46/3, 18 de Febrero de 2019) [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22019A0218\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22019A0218(01)&from=ES).

fronteras y la realización de operaciones de retorno. Los miembros de la Agencia ejecutarán su mandato bajo las instrucciones de los guardias de frontera de Albania. Sin embargo, dicho Estado excepcionalmente podría autorizar a los miembros para que actuaran en su nombre,³⁷ lo que supondría una ampliación de los poderes de la Agencia para actuar extraterritorialmente, sin que se recojan garantías suficientes que garanticen la protección de los derechos fundamentales de nacionales de terceros Estados en el territorio de Albania³⁸.

Del mismo modo, se critica la posibilidad contemplada en el artículo 75, pár. 4, por el que se permite a la Agencia proporcionar asistencia en las actividades de retorno de terceros países a otro tercer país, denominadas “operaciones mixtas”. No se especifican mecanismos por los que la Agencia o los EM puedan verificar si el retorno cumple efectivamente con las garantías debidas en materia de derechos fundamentales, incluso cuando el tercer país en cuestión hubiese ratificado tratados internacionales en la materia o el Convenio Europeo de Derechos Humanos³⁹. Así lo manifestó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Hirsi jamaa* donde señala que «la existencia de normas internas y la ratificación de tratados internacionales que garanticen el respeto de los derechos fundamentales no son suficientes, per se, para proporcionar una protección adecuada»⁴⁰. Sin embargo, parece que dicha disposición no ha sido incluida en el acuerdo provisional adoptado por el Parlamento Europeo y el Consejo para aprobar el nuevo Reglamento sobre la GEFC cuya votación en el Parlamento se celebró el pasado mes de abril 2019⁴¹.

Conclusiones

En plena crisis migratoria, se propuso reforzar el mandato de Frontex para transformarla en un cuerpo europeo de fronteras y costas, hoy integrado por la Agencia de la GEFC y las autoridades nacionales de los Estados miembros competentes en gestión de fronteras.

³⁷ Artículo 4, pár. 3, Acuerdo sobre el Estatuto entre la Unión Europea y la República de Albania en lo que respecta a las acciones llevadas a cabo por la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas en la República de Albania.

³⁸ El modelo actual de Acuerdo de Estado proporciona inmunidad de la jurisdicción del tercer país para los miembros de la Agencia. Los miembros nacionales quedarían sometido a la jurisdicción del EM de origen, sin embargo, los miembros del personal estatutario de la Agencia quedarían fuera del alcance de dicha responsabilidad ante la ausencia de normas de la UE. Véase: ECRE (European Council on Refugees and Exiles) comments on the Commission proposal for a regulation on the European Border and Coast Guard. November, 2018, p. 16 s. Disponible en: <https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2018/11/ECRE-Comments-EBCG-proposal.pdf>.

³⁹ J. SANTOS VARA, *La transformación de Frontex en la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas: ¿Hacia una centralización en la gestión de las fronteras?*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2018, p. 143 ss., 165.

⁴⁰ Asunto *Hirsi Jamaa* y otros contra Italia (n° 27765/09), 23 de febrero de 2012, párrafo 128.

⁴¹ Véase Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 17 de abril de 2019, *sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan la Acción Común n.º 98/700/JAI del Consejo, el Reglamento (UE) n.º 1052/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo (COM(2018)0631 – C8-0406/2018 – 2018/0330A(COD))* http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0415_ES.pdf.

Dos años después de su creación, la Comisión decide fortalecer la GEFC en el marco de las iniciativas destinadas a desarrollar una política migratoria a largo plazo. La propuesta persigue dotar a la GEFC de la capacidad operativa y las competencias necesarias para apoyar eficazmente a los EM sobre el terreno. Pese a su denominación, las nuevas funciones delegadas a la Agencia no implican la creación de un verdadero cuerpo europeo como instrumento garante de la integración europea en materia fronteriza.

La nueva GEFC sigue padeciendo de importantes críticas, sobre todo, en lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La evaluación de vulnerabilidad no debería limitarse al examen de la capacidad técnica o financiera con los que cuentan los EM, sino que debería incluir también un análisis de la respuesta nacional ante la debida protección de los derechos fundamentales de los nacionales de terceros Estados que incluiría, el acceso al procedimiento de solicitud de protección internacional y las garantías judiciales.

Por otro lado, la expansión de competencias y poderes del brazo operativo de la Agencia acarrea, un aumento de las responsabilidades en la que podría incurrir la misma ante posibles violaciones de derechos. Sin embargo, tanto el Reglamento 2016/1624 como la propuesta del mismo carecen de disposiciones claras en materia de responsabilidad y protección de los derechos fundamentales. Aunque se ha avanzado con la creación de un mecanismo de denuncia (art. 72) para que cualquier persona que considere que, durante el desarrollo de una operación, se han vulnerado sus derechos fundamentales, pueda interponer la correspondiente queja, la Agencia sigue padeciendo de una fuerte ausencia de transparencia en el desarrollo de operaciones, en particular, en referencia con la prohibición de *non refoulement*. Todo ello, dificulta en la práctica la imputación de responsabilidad a la Agencia por su participación en actividades de las que se deriven violaciones de derechos. Sin transparencia no existe un control efectivo y es ahí donde reside la importancia de analizar y abordar el funcionamiento práctico de las funciones de la Agencia europea.⁴²

Por ende, deducimos que si bien, los imperativos políticos han dado lugar a un crecimiento de los recursos y poderes de la Agencia, la nueva propuesta sigue sin responder a las principales deficiencias de su mandato. La Agencia no ofrece garantías suficientes en la protección de las obligaciones internacionales y en su lugar, aumenta los esfuerzos para fomentar el retorno y el despliegue de equipos en terceros Estados. Por lo tanto, mientras persista la ausencia de disposiciones coherentes con las obligaciones internacionales y la protección de los derechos fundamentales, lejos estará la GEFC de ser un instrumento

⁴² Recientemente se ha presentado demanda ante el TJUE contra la GEFC por la opacidad de sus actividades (Asunto T-31/18) por el incumplimiento de las obligaciones de transparencia y acceso a la información por parte de la GEFC sobre las operaciones que desarrolla en el Mediterráneo Central. En primer lugar, la abogada Luisa Izuzquiza solicitó una petición de información a la Agencia para conocer el número y tipo de buques que esta tenía desplegados en el mar. La finalidad era poder conocer cuántos recursos estaba invirtiendo la UE en la ruta más importante por aquel entonces y poder, determinar si estos eran suficientes como para atender a las necesidades de rescates en el mar. Ante el rechazo de la Agencia de facilitar información, interpusieron recurso ante el TJUE. Por su parte, la GEFC manifiesta que hacer pública datos sobre los equipos desplegados en mar pondría en peligro la seguridad de los migrantes y de las fronteras europeas. El 2 de julio de 2019 se celebró la vista oral. Por lo tanto, se está a la espera de saber si este caso sirve de precedente y el TJUE se pronuncia por primera vez sobre las obligaciones de transparencia de las operaciones de la Agencia. Tener información sobre las actividades de la Agencia es el primer paso para determinar si se cometen violaciones de derechos fundamentales en las fronteras europeas. Véase https://elpais.com/politica/2019/06/30/actualidad/1561898384_618826.html.

eficaz en la gestión de las fronteras y migraciones, pues la salvaguardia de la seguridad interna no debe ser antagónica con el otorgamiento de protección internacional a quienes la necesitan.

ABSTRACT: The european border and coast guard agency and the integrated management of european union's external borders

The so-called refugee crisis has highlighted the EU's capacity to face the challenges of the massive influx of migrants and refugees to European coast. In particular, the limitations of the Frontex Agency. In 2016, the European Border and Coast Guard (EBCG) was established by Regulation 2016/1624. It replaces FRONTEX and gives continuity to all its operations. Two years after its creation, the European Commission announces the intention to reform its mandate through a proposed regulation. This contribution seeks to expose the most significant and innovative competences and functions conferred by Regulation 2016/1624 considering the Commission's reform proposal. It analyzes the enhanced operational capacity of the Agency and the extension of its mandate in terms of return and cooperation with third countries, in order to clarify whether such progress meets the limitations presented by Frontex and, in particular, if it has effective mechanisms to guarantee the full compliance with the obligations derived from the International Law of Human Rights. Although the creation of the EBCG has been a milestone in border management, the truth is that such regulatory developments reveal the difficult balance between an integrated management of the external borders of the European Union with due respect for fundamental rights, and the resistance and misgivings of the Member States to give up competences closely linked to their national sovereignty.

**POLITICHE MIGRATORIE RESPINGENTI E CONTROLLO RAFFORZATO DELLE
FRONTIERE: L'IMPATTO SUI DIRITTI UMANI DELLA GESTIONE DELLA CRISI DEI
RIFUGIATI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO**

FRANCESCO LUIGI GATTA*

SOMMARIO: 1. Inquadramento e contestualizzazione della c.d. crisi dei rifugiati e della risposta degli Stati membri dell'Unione europea. – 2. La tutela contro le espulsioni e i respingimenti nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 3. *Push-back*, espulsioni e pratiche di *refoulement* alla frontiera. – 4. Respingimenti ed espulsioni collettive. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Inquadramento e contestualizzazione della c.d. crisi dei rifugiati e della risposta degli Stati membri dell'Unione europea*

La crescente pressione migratoria sulle frontiere esterne dell'Unione europea, sviluppatasi a partire dal 2011 e avente il suo apice nel biennio 2014-2015, ha posto gli Stati membri di fronte all'esigenza di predisporre risposte efficaci per la gestione dei flussi di migranti¹. L'origine della "crisi" migratoria, nel breve periodo, è da ricercarsi prevalentemente in rilevanti eventi avvenuti a ridosso delle frontiere europee, quali le agitazioni della c.d. Primavera Araba, prodottesi a partire dalla fine del 2010, nonché le conseguenze dello scoppio della guerra in Siria nel 2011. Il conflitto siriano, in particolare, ha determinato notevoli ripercussioni in termini umanitari e migratori: secondo l'UNHCR, infatti, la Siria da anni rappresenta stabilmente il primo Paese al mondo per "produzione" di rifugiati².

* Research Fellow, Université Catholique de Louvain (UCL).

¹ Secondo l'Agenzia Frontex, nel 2015 oltre 1 milione di migranti ha fatto ingresso nel territorio dell'Ue. Per statistiche dettagliate sui flussi migratori verso l'Ue nel 2015, v. Frontex, 2499/2016, March 2016, *Annual Risk Analysis for 2016*. Per un'analisi della crisi europea dei rifugiati, tra i molti, v. D. THYM, *La "crisi dei rifugiati" come sfida per il sistema giuridico e la legittimità istituzionale*, in *Dir. imm. citt.*, n. 1/2017, p. 1 ss.; M. BORRACCETTI, *La politica europea della migrazione nel periodo 2017-2019: sviluppi e perplessità*, in *Dir. imm. citt.*, n. 3/2017, p. 1 ss.; C. FAVILLI, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *Questione Giustizia*, 2/2018, pp. 28-43. Nella dottrina straniera, in particolare, v. J-Y CARLIER, F. CRÉPEAU, *De la "crise" migratoire Européenne au Pacte mondial sur les migrations: exemple d'un mouvement sans droit?*, in *Ann. fr. droit int.*, Vol. 2017, n. 1, pp. 461-499; I. ATAK, F. CRÉPEAU, *Managing migrations at the external borders of the European Union: meeting the human rights challenges*, in *European Journal of Human Rights*, 2014/5, p. 601 ss.; M. BOSSUYT, *The European Union confronted with an asylum crisis in the Mediterranean: reflections on refugees and human rights issues*, in *European Journal of Human Rights*, 2015/5, p. 598 ss.

² Nel 2018 la Siria si conferma primo Paese al mondo per origine dei rifugiati, con 6.3 milioni di individui. La "produzione" di rifugiati siriani rappresenta un trend crescente: nel 2017 erano 5.5 milioni, mentre nel 2016 erano 4.9 milioni. Dati e statistiche dettagliate sui flussi di rifugiati sono reperibili sul sito dell'UNHCR. Sulle dinamiche migratorie dei siriani nell'Ue, v. C. ORCHARD, A. MILLER, *Protection in Europe for refugees from Syria*, in *Refugee Studies Centre University of Oxford, Forced Migration Policy Briefing 10*, September 2014.

Tali circostanze hanno determinato una consistente spinta migratoria verso l'Ue, in particolare nel Mediterraneo centrale, con rotte marittime aventi quale destinazione principale l'Italia, e nel Mediterraneo orientale, con flussi che hanno interessato specialmente le isole greche del Mar Egeo e, successivamente, i Paesi dei Balcani occidentali, con movimenti migratori in risalita verso gli Stati dell'Europa centrale. Più di recente, si è registrato un netto aumento dei flussi lungo la rotta del Mediterraneo occidentale e verso la Spagna³.

In un tale scenario, l'Ue ha adottato misure operative per la gestione dell'afflusso di migranti, tanto sul piano interno, orientando il proprio intervento soprattutto verso il sostegno a favore degli Stati membri geograficamente più esposti, quanto su quello esterno, coinvolgendo direttamente determinati Paesi terzi considerati come strategici per il contenimento dei flussi migratori, come, ad esempio, la Turchia⁴.

Internamente, le iniziative di supporto agli Stati frontalieri, ispirate ad una *ratio* di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità – principi che, *ex artt.* 67(2) e 80 TFUE, devono governare le politiche migratorie comuni –, hanno riscosso complessivamente scarso successo e suscitato ampie polemiche. Emblematico il caso della ricollocazione: attivata nel 2015 come misura solidale di emergenza in favore di Italia e Grecia, essa ha incontrato l'opposizione di diversi Paesi (Ungheria e Slovacchia su tutti) fortemente contrari all'ingerenza dell'Ue nelle proprie prerogative sovrane in materia di migrazione⁵.

A livello di gestione esterna, vi è stata maggiore coesione nell'intento di garantire la sicurezza delle frontiere comuni e contrastare i flussi irregolari. L'Ue e gli Stati membri, infatti, hanno investito crescenti energie politiche ed economiche in questo senso, in particolare facendo ricorso a strategie di securitizzazione ed esternalizzazione dei controlli migratori. Testimonianza dell'approccio securitario è offerta dalla riforma di Frontex e dall'istituzione dell'Agenzia europea di frontiera e guardia costiera (*European Border and Coast Guard – EBCG*)⁶, mentre la politica esternalizzante trova esplicazione negli accordi di cooperazione al controllo dei flussi con Paesi terzi strategicamente collocati nelle rotte migratorie verso l'Europa, come Libia, Turchia e Marocco.

Quanto all'agenzia EBCG, si può notare come, a differenza di altre recenti proposte in ambito migratorio rimaste incompiute (come la riforma del Regolamento Dublino), quella relativa al potenziamento di Frontex è stata portata a termine in tempi assai brevi, il nuovo organismo essendo stato istituito e reso operativo in meno di un anno.⁷ Le ingenti

³ La Spagna rappresenta il principale canale d'ingresso irregolare nell'Ue nel 2019. Il flusso migratorio nella rotta del Mediterraneo occidentale è in netto aumento, con 65.000 arrivi registrati nel 2018 (131% in più rispetto al 2017). V. Commissione europea, COM(2019) 126 final, 6 marzo 2019, *Relazione sullo stato di attuazione dell'agenda europea sulla migrazione*.

⁴ Al riguardo v. Consiglio Affari esteri e relazioni internazionali, comunicato stampa 144/16, 18 marzo 2016, *Dichiarazione UE-Turchia*.

⁵ Sul meccanismo di ricollocazione, v. M. DI FILIPPO, *Le misure sulla ricollocazione dei richiedenti asilo adottate dall'Unione europea nel 2015: considerazioni critiche e prospettive*, in *Dir. imm. citt.*, n. 2/2015, pp. 33-60; A. DI PASCALE, *Il ricollocamento: appena nato è già finito?*, in *Eurojus.it*, 16 febbraio 2016.

⁶ Regolamento (UE) 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2016 *relativo alla guardia di frontiera e costiera europea*, GUUE L 251/1, 16 settembre 2016.

⁷ La proposta della Commissione europea [COM(2015)671 final] veniva avanzata il 15 dicembre 2015 e, solo nove mesi più tardi, il 14 settembre 2016, veniva approvato il regolamento istitutivo dell'agenzia che, il 6 ottobre 2016 veniva resa ufficialmente operativa. Per un'analisi delle caratteristiche e attribuzioni della nuova agenzia, v. S. PEERS, *The reform of Frontex: saving Schengen at refugees' expense?*, in *EU Law Analysis*, 16 December 2015; P. DE BRUYCKER, *The European Border and Coast Guard: a new model built on an old logic*, in *European Papers*, Vol. 1, 2016, No 2, p. 559 ss.; F. VASSALLO PALEOLOGO, *La nuova guardia costiera e di frontiera europea: dalla*

risorse economiche e le accresciute capacità operative dell'agenzia⁸, così come le tempistiche dell'*iter* legislativo per la sua istituzione, ben testimoniano la volontà di intervenire con decisione sui controlli alle frontiere esterne e sul contrasto ai flussi migratori irregolari.

Al processo di securitizzazione si è affiancato quello di esternalizzazione, volto a “spostare in avanti” i confini e anticiparne la sorveglianza al di fuori del territorio dell'Ue, così da esercitare un controllo migratorio extraterritoriale e impedire il raggiungimento dell'Unione da parte di migranti e richiedenti asilo e, quindi, quel contatto con il territorio europeo che consente di formulare domanda di protezione internazionale (in proposito in dottrina si è efficacemente parlato di “contact-less control”⁹).

L'esternalizzazione dei controlli si concretizza in forme di sorveglianza preventiva e *off-shore*, come nel caso della vigilanza dei confini anticipata presso Paesi terzi confinanti ovvero del pattugliamento delle frontiere marittime in acque internazionali, con l'obiettivo di intercettare i migranti e rimpatriarli verso gli Stati di provenienza. Lo svolgimento di simili pratiche avviene sia in modo condiviso con i Paesi terzi, come nel caso dell'operazione congiunta lanciata nel maggio 2019 dall'agenzia EBCG in Albania (la prima di questo tipo ad essere attuata fuori dal territorio dell'Ue)¹⁰, sia per l'esclusivo tramite delle autorità dei Paesi terzi, a cui, in cambio di supporto tecnico ed economico, viene delegata la responsabilità del controllo migratorio e “appaltata” l'attività di contenimento dei flussi.

Tale interazione con i partner extraeuropei in materia di controlli migratori è spesso condotta con forme atipiche di dialogo, volte a realizzare rapidamente una cooperazione operativa, sganciandosi tuttavia dalle garanzie sostanziali e procedurali previste dal diritto dell'Ue e da quello degli Stati membri. Si hanno così “accordi” internazionali dalla dubbia natura giuridica e dal dubbio contenuto, in alcuni casi negoziati e conclusi senza il coinvolgimento dei Parlamenti e in modo non trasparente. Tale cooperazione informale e atipica solleva notevoli perplessità in termini di compatibilità con principi come quello di trasparenza e controllo democratico, come evidenziato, ad esempio, dalla Dichiarazione UE-Turchia del 2016 o dall'accordo tra l'Italia e il Niger del 2017¹¹.

La strategia securitaria ed esternalizzante degli Stati membri dell'Ue determina anche e soprattutto gravi ripercussioni sui diritti umani dei migranti. In particolare, la politica di

sicurezza delle persone in mare alla 'sicurezza interna dell'Unione europea', in F. CORTESE, G. PELACANI (a cura di), *Il diritto in migrazione*, Napoli, 2017, p. 257 ss. Il processo di riforma non è ancora concluso, dal momento che la Commissione nel 2018 ha avanzato una proposta per l'ulteriore rafforzamento dell'agenzia, v. Commissione europea, COM(2018)631 final, 12 settembre 2018.

⁸ Da un budget di circa 98 milioni di euro a disposizione dell'agenzia Frontex nel 2014, si è passati a oltre 143 milioni nel 2015, 232 milioni nel 2016, arrivando a sfiorare i 300 milioni nel 2017. Statistiche e dati circa il budget sono consultabili sul sito dell'agenzia.

⁹ V. MORENO-LAX, M. GIUFFRÉ, *The rise of consensual containment: from 'contactless control' to 'contactless responsibility' for forced migration flows*, in S. JUSS (ed.), *Research Handbook on International Refugee Law*, Edward Elgar, forthcoming.

¹⁰ Commissione europea, IP/19/2591, 21 maggio 2019, *Guardia di frontiera e costiera europea - Varo della primissima operazione congiunta al di fuori dell'UE*.

¹¹ Con sentenza n. 11125 del 16 novembre 2018 il TAR Lazio, Sezione III/Ter, ha ordinato al Ministero degli Affari Esteri la pubblicazione dell'accordo di cooperazione (anche militare) stipulato fra Italia e Niger nel settembre 2017. Questo, infatti, non era stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale, nonostante la sua natura di accordo internazionale. Nemmeno era stato pubblicato on-line nell'archivio dei trattati internazionali del Ministero. Era stato inoltre negato l'accesso civico all'accordo, il cui contenuto pertanto non risultava conosciuto né conoscibile. In argomento, v. A. SPAGNOLO, *Di intese segrete e alibi parlamentari: tra la decisione del TAR sull'accordo col Niger e il Global Compact sulle migrazioni*, in *SidiBlog*, 5 dicembre 2018.

deterrenza e contenimento dei flussi impatta direttamente sul diritto di cercare la protezione internazionale e di non essere respinti verso Paesi ove sussista il rischio di essere sottoposti a tortura o trattamenti inumani e degradanti. Da questo punto di vista, si segnala, emblematicamente, che l'Ufficio del Procuratore della Corte Penale Internazionale ha recentemente ricevuto una comunicazione relativa alla commissione di crimini contro l'umanità da parte dell'Ue e dei suoi Stati membri con specifico riferimento alle politiche migratorie attuate nel Mediterraneo e in Libia dal 2014 al 2019¹².

2. La tutela contro le espulsioni e i respingimenti nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

L'approccio respingente della risposta europea ai flussi ha generato molteplici ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo (C.edu), la quale ha svolto un ruolo determinante nella protezione dei diritti fondamentali del migrante, evidenziando l'esigenza di una sua tutela anche in situazioni di intensa pressione migratoria.

I giudici di Strasburgo hanno sviluppato la propria giurisprudenza di pari passo con la "crisi" dei rifugiati, plasmando la tutela del migrante in funzione dell'evoluzione delle pratiche di controllo migratorio attuate dagli Stati. In questo modo, indirettamente, la Corte ha più volte dichiarato l'incompatibilità con la CEDU delle strategie esternalizzanti e di deterrenza sotto forma di operazioni di *push-back* alla frontiera, pratiche di *refoulement* extraterritoriale, espulsioni collettive e negato accesso al territorio. Così facendo, la C.edu si è dimostrata attenta e sensibile alle dinamiche del fenomeno migratorio e alle sue implicazioni per la tutela dei diritti del migrante, cosa che, invece, non sempre è stata garantita dalla Corte di Giustizia (CGUE) con riferimento alla dimensione esterna delle politiche migratorie dell'Ue¹³.

Il crescente coinvolgimento della Corte di Strasburgo nella casistica relativa ai controlli migratori e al contenimento dei flussi, e il conseguente aumento delle decisioni in tali ambiti, rappresentano un chiaro indicatore dell'impatto sui diritti umani delle politiche degli Stati. In questo senso, la risposta europea alla crisi migratoria può essere "misurata" e valutata proprio alla luce della giurisprudenza della C.edu, con un parallelismo che risulta particolarmente evidente nella casistica relativa al divieto di espulsioni collettive di stranieri,

¹² Communication to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court pursuant to the Article 15 of the Rome Statute, *EU migration policies in the Central Mediterranean and Libya (2014-2019)*, reperibile online. Il Procuratore della Corte ha recentemente ribadito la drammatica situazione dei migranti in Libia, evidenziando la sistematica violazione di diritti umani tramite atti quali tortura, riduzione in schiavitù, stupro e violenza sessuale, illegittima e prolungata privazione della libertà personale in centri di detenzione: v. ICC Prosecutor Fatou Bensouda, *Statement to the United Nations Security Council on the Situation in Libya, pursuant to UNSCR 1970 (2011)*, 8 May 2019; ICC, Office of the Prosecutor, *Seventeenth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011)*, 8 May 2019, segnatamente par. 5 ss. Per i profili di responsabilità dell'Italia, v. F. PACELLA, *Cooperazione Italia-Libia: profili di responsabilità per crimini di diritto internazionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4/2018, p. 5 ss.

¹³ Sul punto v. J-Y CARLIER, F. CREPEAU, *De la "crise" migratoire Européenne*, cit., p. 13 ss. Per un'analisi e un confronto della giurisprudenza delle due corti europee in materia di immigrazione, v. L. PANELLA, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e quella della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di immigrazione a confronto: un contrasto insanabile?*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2018, p. 276 ss.

come dimostra emblematicamente la sua caratterizzazione tanto cronologica quanto geografica¹⁴.

Il divieto di espulsioni collettive, introdotto nel 1963 con l'art. 4 del Protocollo 4, CEDU, è stato invocato solo occasionalmente a Strasburgo nei decenni successivi, con pronunce sporadiche e nel senso della inammissibilità dei ricorsi¹⁵, la prima violazione essendo stata dichiarata solamente nel 2002 nel caso *Čonka c. Belgio*¹⁶. Ma è proprio a partire dal 2010 – vale a dire, parallelamente all'intensificarsi della spinta migratoria verso l'Europa – che le controversie sulle espulsioni collettive aumentano significativamente, con la C.edu che viene chiamata a valutare la compatibilità con la Convenzione della risposta degli Stati in termini di controllo frontaliero e contenimento dei flussi.

Volgendo poi lo sguardo alla “geografia” della giurisprudenza sulle espulsioni collettive, si può notare che, essenzialmente, la quasi totalità degli Stati membri frontalieri dell'Ue è stata coinvolta in potenziali violazioni dell'art. 4, Prot. 4, CEDU: Paesi mediterranei con frontiere marittime (Italia, Spagna, Grecia, Francia) e isole (Malta, Cipro), così come, più di recente, Paesi con frontiere terrestri dell'Europa orientale (Polonia, Slovacchia, Croazia, Ungheria, Lituania).

La giurisprudenza sulle espulsioni collettive appare significativa anche alla luce della particolare gravità della violazione dei diritti umani commessa dallo Stato. Se, da un lato, il potere di espellere individualmente uno straniero rappresenta una prerogativa sovrana, ricollegabile al più ampio e tradizionale diritto dello Stato di controllare i propri confini e decidere sull'ingresso e la permanenza di soggetti stranieri all'interno degli stessi (diritto che la stessa C.edu ha ribadito¹⁷), dall'altro, l'espulsione collettiva è sempre proibita, in termini assoluti, anche in situazioni di emergenza migratoria¹⁸.

3. *Push-back, espulsioni e pratiche di refoulement alla frontiera*

La C.edu ha dichiarato non compatibili con la Convenzione pratiche di respingimento dei migranti attuate anche d'intesa con Paesi extra-europei e al di fuori dei confini dello Stato, a seconda dei casi, sia con riferimento a forme di repulsione collettiva sia del singolo individuo, sulla base, rispettivamente, degli artt. 4, Prot. 4 e 3 CEDU. Tale ultima disposizione riveste un ruolo di grande rilievo nelle garanzie contro l'espulsione, dovendosi considerare come intrinsecamente associata al divieto di *refoulement*¹⁹, principio cardine della tutela del richiedente protezione internazionale che proibisce allo Stato di

¹⁴ Per un'analisi della giurisprudenza sulle espulsioni collettive, v. F. L. GATTA, *Le espulsioni collettive di stranieri alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in F. CORTESE, G. PELACANI, *Il diritto in migrazione*, cit., pp. 219-256.

¹⁵ Commissione edu, 5 febbraio 1973, 5525/72, *X c. Svezia*; Commissione edu, 3 ottobre 1975, 7011/75, *Becker c. Danimarca*.

¹⁶ C. edu, 5 febbraio 2002, 51564/99, *Čonka c. Belgio*.

¹⁷ C. edu, 25 giugno 1996, 19776/92, *Amuur c. Francia*, §41.

¹⁸ Lo ha ribadito anche la Commissione del diritto internazionale affermando che se l'espulsione individuale di stranieri è consentita (pur nel rispetto di determinate condizioni), quella collettiva «is contrary to the very notion of the human rights of individuals and is therefore prohibited». V. International Law Commission, UN Doc. A/CN.4/565 (2006), 10 July 2006, *Expulsion of Aliens Memorandum by the Secretariat*, p. 2.

¹⁹ C. edu, 7 luglio 1989, 14038/88, *Soering c. Regno Unito*, §88.

espellere, allontanare o respingere (“*refouler*”) un soggetto verso un Paese ove lo stesso risulti sottoposto a un rischio per la propria vita o incolumità²⁰.

La tutela basata sull’art. 3 risulta particolarmente significativa, posto che la disposizione, oltre a rivestire carattere non derogabile *ex art. 15(2) CEDU*, è considerata come «one of the most fundamental provisions of the Convention and as enshrining core values of the democratic societies making up the Council of Europe»²¹. Gli Stati, pertanto, sono tenuti ad assicurare che le proprie politiche di controllo migratorio e frontaliero siano sempre compatibili con l’art. 3 CEDU, anche nel caso in cui si trovino sotto pressione a causa di consistenti flussi migratori. La proiezione dei controlli al di fuori dei confini nazionali non esonera gli Stati dalla propria responsabilità, come affermato nel *leading case* del 2012 *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, relativo alle operazioni della Guardia costiera italiana volte ad intercettare in alto mare imbarcazioni di migranti irregolari con successivo indiscriminato respingimento degli stessi verso la Libia²².

La tutela del migrante contro misure espulsive e respingenti dello Stato è stata sviluppata dalla C.edu con approccio pragmatico e orientato all’effettività dei diritti garantiti dalla Convenzione, per il tramite di una protezione indiretta (“*par ricochet*”). Secondo tale impostazione, lo Stato, pur non essendo l’autore materiale dei trattamenti contrari all’art. 3 CEDU, incorre in una violazione di detta disposizione se allontana il migrante verso un Paese dove vi siano ragionevoli ragioni per ritenere che egli rischi di essere sottoposto a tali trattamenti. La misura espulsiva, se eseguita, rappresenterebbe un passaggio causale decisivo nella catena di eventi che conducono ai trattamenti vietati dalla Convenzione, la cui violazione, pertanto, diviene imputabile in capo allo Stato che ha espulso il soggetto in questione.

La Corte ha “arricchito” tale sistema di tutela con ulteriori elementi. Innanzitutto, la protezione contro il respingimento rileva indipendentemente dallo *status* giuridico del migrante²³. Il divieto di *refoulement* associato all’art. 3 CEDU, inoltre, si applica anche a situazioni di respingimento indiretto o “a catena”: lo Stato incorre in responsabilità non solo se allontana un soggetto verso un Paese dove questi rischi di subire direttamente la tortura o i trattamenti inumani e degradanti, bensì anche nel caso in cui l’allontanamento avvenga verso un Paese intermedio che, a sua volta, potrebbe espellere l’individuo in questione verso un terzo Paese dove vi sia il rischio di trattamenti contrari all’art. 3.

Così, in *Hirsi*, la Corte dichiarò la violazione della CEDU da parte dell’Italia per aver esposto i ricorrenti al rischio di subire trattamenti contrari all’art. 3 alla luce tanto del loro rinvio in Libia (*refoulement* diretto), quanto per il rischio di essere da lì rimpatriati in Somalia ed Eritrea, Paesi di loro provenienza, ove la situazione dei diritti umani risultava particolarmente critica (*refoulement* indiretto). Per la C.edu, in generale, nell’espellere uno straniero, le cautele devono essere più intense proprio laddove l’allontanamento avvenga verso un Paese non membro del Consiglio d’Europa e non firmatario della Convenzione²⁴.

²⁰ Il principio di *non-refoulement* è sancito in rilevanti strumenti internazionali quali la Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status dei rifugiati (art. 33), la Convenzione del 1984 contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (art. 3) e la Carta dei diritti fondamentali dell’Ue (art. 19, par. 2).

²¹ C. edu, 31 gennaio 2012, 50012/08, *MS c. Belgio*, §122.

²² C. edu, 23 febbraio 2012, 27765/09, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*.

²³ C.edu, 20 marzo 1991, 15576/89, *Cruz Varas e altri c. Svezia*; C.edu, 6 marzo 2001, 45276/99, *Hilal c. Regno Unito*.

²⁴ *Hirsi*, §147.

Ancora, la protezione contro le misure di respingimento è garantita mediante un'interpretazione ampia del concetto di espulsione, in cui la Corte ricomprende ogni misura il cui effetto sia quello di respingere o allontanare (*to drive away*) un individuo dal territorio di uno Stato²⁵. Nel caso *Hirsi*, in cui i fatti occorsero in acque internazionali, la Corte respinse l'argomentazione del governo italiano per cui la nozione di "espulsione" dovesse intendersi in senso stretto, implicando che un soggetto, per essere espulso, debba essere entrato e quindi essere già presente nel territorio dello Stato²⁶.

Anche l'atto di respingere alla frontiera e negare l'accesso al territorio nazionale può integrare *refoulement*, come affermato nella sentenza del 2018 *M.A. e altri c. Lituania*²⁷. La vicenda riguardava una famiglia russa di origine cecena che, avendo avanzato domanda di asilo alla frontiera lituana, si vedeva negare l'ingresso, quindi, dopo un periodo di detenzione, veniva respinta in Bielorussia con conseguente impossibilità di accedere alle procedure per l'ottenimento della protezione internazionale²⁸. Nel proprio giudizio, la Corte – seppur con una maggioranza di quattro voti contro tre – dichiara la violazione dell'art. 3 CEDU, affermando che le autorità nazionali preposte al controllo delle frontiere sono tenute a un approccio proattivo, da un lato, dovendosi attivare *motu proprio* per consentire ai potenziali richiedenti asilo di accedere alle procedure di riconoscimento della protezione internazionale e, dall'altro, dovendo esaminare nel dettaglio i rischi di trattamento contrario all'art. 3 cui gli stessi andrebbero sottoposti in caso di loro respingimento²⁹.

Su questo aspetto, in particolare, nella propria opinione separata allegata alla sentenza *M. A.*³⁰, il giudice Pinto de Albuquerque supporta un'interpretazione estensiva degli obblighi discendenti dall'art. 3 CEDU. Esso afferma che il concetto di espulsione va inteso molto ampiamente, riferendosi a ogni misura che, *de facto*, abbia quale esito l'allontanamento e la repulsione di un soggetto dallo Stato³¹, di modo che «the prohibition of *refoulement* is applicable to any form of non-admission at borders»³². Di conseguenza, la responsabilità per violazione della Convenzione è potenzialmente riscontrabile con riguardo a «all forms of immigration and border control»³³.

La C.edu è giunta ad affermare che le garanzie dell'art. 3 CEDU contro il *refoulement* trovano piena applicazione anche con riguardo ad allontanamenti di migranti tra Stati membri dell'Ue. Si tratta del filone giurisprudenziale della c.d. "casistica Dublino", sviluppato negli anni recenti in riferimento ai trasferimenti di richiedenti asilo tra Stati membri in ottemperanza al Regolamento Dublino³⁴.

²⁵ *Ibidem*, §174.

²⁶ *Ibidem*, §§172-173.

²⁷ C.edu, 11 dicembre 2018, 59793/17, *M.A. e altri c. Lituania*.

²⁸ La medesima vicenda ha dato luogo a un ulteriore ricorso (*M.A. e altri c. Lituania*, 25564/18) per violazione del divieto di espulsioni collettive, pendente nel momento in cui si scrive.

²⁹ *Ibidem*, §§103-104. Analogamente, C.edu, 23 marzo 2016, 43611/11, *F.G. c. Svezia*, §126.

³⁰ C.edu, *M.A. e altri c. Lituania*, cit., Opinione concordante del giudice Pinto de Albuquerque.

³¹ *Ibidem*, §16. Cfr. però, *contra*, l'opinione dei giudici Ravarani, Bošnjak e Paczolay, secondo cui sussiste una netta distinzione concettuale tra le nozioni di espulsione ("*expulsion*") e rifiuto di ingresso o non-ammissione sul territorio nazionale ("*refusal of entry*" e "*non-admission*").

³² *Ibidem*, §21.

³³ *Ibidem*, §10.

³⁴ Regolamento (UE) N 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, GUUE L180/32.

In occasione del collasso del sistema d'asilo greco dovuto all'intensa pressione migratoria, la Corte, nel caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, dichiarò la violazione dell'art. 3 CEDU in riferimento al "trasferimento Dublino" di un cittadino afghano dal Belgio alla Grecia, a causa della situazione di «défaillance systémique» del sistema di accoglienza greco e delle condizioni incompatibili con la Convenzione. Veniva così smentita la presunzione propria del sistema Dublino circa il rispetto degli standard dei diritti umani da parte degli Stati Membri³⁵.

Per la C.edu, infatti, le norme Ue sui trasferimenti di richiedenti asilo non possono essere applicate in modo automatico e meccanico, vale a dire, senza prima aver condotto un esame oggettivo delle condizioni di accoglienza presenti nello Stato di destinazione che, di fatto, potrebbero rivelarsi non compatibili con l'art. 3 CEDU. Ciò vale anche in assenza di carenze sistemiche del sistema d'asilo dello Stato di destinazione, come affermato nella sentenza *Tarakhel c. Svizzera*: lo Stato che procede al trasferimento ha l'obbligo di condurre un esame concreto del rischio di trattamenti contrari all'art. 3 CEDU nello Stato di destinazione in riferimento alla specifica situazione del richiedente asilo in questione³⁶.

4. Respingimenti ed espulsioni collettive

Si è detto che la giurisprudenza di Strasburgo sul divieto di espulsioni collettive rappresenta un indicatore particolarmente sintomatico delle ripercussioni sui diritti umani delle politiche di controllo migratorio degli Stati. Tale giurisprudenza, oltre a "mappare" le violazioni della CEDU connesse alla crisi migratoria, dimostra la capacità della Corte di farne un *living instrument* mediante un'interpretazione evolutiva attenta alle dinamiche dei flussi migratori e alle contromisure adottate dagli Stati.

La C.edu, in particolare, ha sviluppato la tutela contro espulsioni collettive e respingimenti indiscriminati estendendo il campo di applicabilità della Convenzione anche ad eventi occorsi fuori dal territorio europeo: se, da un lato, gli Stati hanno esternalizzato i controlli portandoli oltre le proprie frontiere, dall'altro la Corte (a determinate condizioni) ha esteso la protezione della CEDU oltre i confini nazionali, sulla base dell'art. 1 che sancisce l'obbligo per gli Stati di garantire "a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione" i diritti protetti dalla Convenzione. Così, pur ribadendo che la nozione di giurisdizione *ex art. 1* riveste carattere essenzialmente territoriale, la Corte riconosce che, in circostanze particolari, la condotta dello Stato posta in essere al di fuori dei propri confini può costituire esercizio della sua giurisdizione e, quindi, potenzialmente comportarne la responsabilità per violazioni della CEDU.

Come si intuisce, l'affermazione dell'applicabilità extraterritoriale della CEDU assume un rilievo particolarmente significativo proprio nell'ambito dei controlli migratori, laddove gli Stati fanno crescente ricorso a strategie esternalizzanti, quali sorveglianza

³⁵ C.edu, 21 gennaio 2011, 30696/09, *MSS c. Belgio e Grecia*. L'orientamento della C.edu è stato seguito dalla CGUE che ha riconosciuto la necessità di un'applicazione della normativa Dublino in conformità con gli obblighi di tutela dei diritti fondamentali: CGUE, 21 dicembre 2011, C-411/10 e C-493/10, *NS*, ECLI:EU:C:2011:865.

³⁶ C.edu, 4 novembre 2014, 29217/12, *Tarakhel c. Svizzera*. La CGUE ha fatto proprio anche tale orientamento: CGUE, 16 febbraio 2017, C-578/16 PPU, *C.K., H.F. e A.S.*, ECLI:EU:C:2017:127.

extraterritoriale, intercetto di migranti in acque internazionali e pratiche di *push-back* alla frontiera.

L'importanza di questo approdo giurisprudenziale è evidente nel *landmark ruling* nel caso *Hirsi* del 2012, relativo ai respingimenti collettivi verso la Libia praticati in acque internazionali da parte delle autorità italiane. Fino a quel momento, infatti, la casistica della C.edu relativa alle espulsioni collettive aveva coinvolto ricorrenti già presenti nel territorio dello Stato, di modo che non si ponevano questioni di applicabilità extraterritoriale della CEDU³⁷. La sentenza *Hirsi* segna una svolta, dichiarando la violazione del divieto di espulsioni collettive anche in acque internazionali: per la Corte, infatti, «the special nature of the maritime environment cannot justify an area outside the law»³⁸.

La C.edu interpreta il divieto di espulsioni collettive in linea con il mutato scenario migratorio e con le nuove sfide per i diritti fondamentali derivanti dalle strategie di controllo frontaliero degli Stati, constatando che «migratory flows in Europe have continued to intensify, with increasing use being made of the sea (...) the interception of migrants on the high seas and their removal to countries of transit or origin are now means of migratory control in so far as they constitute tools for States to combat irregular migration»³⁹.

L'orientamento di *Hirsi* è stato ripreso nel caso *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, relativo all'espulsione collettiva verso la Grecia di migranti che si erano imbarcati per l'Italia⁴⁰. La Corte dichiarò contrario all'art. 4, Prot. 4 CEDU l'indiscriminato *refoulement* dei ricorrenti dal porto di Ancona, affermandone l'applicabilità a casi di negato accesso al territorio nei confronti di migranti irregolari. A questo fine, la Corte non ritenne necessario accertare se l'espulsione fosse avvenuta prima dell'ingresso sul territorio italiano: il divieto di espulsioni collettive è applicabile anche laddove i ricorrenti non abbiano concretamente “toccato” il territorio dello Stato⁴¹.

L'applicabilità extraterritoriale della CEDU nel contesto dei controlli migratori è stata altresì vagliata nel caso *N.D. e N.T. c. Spagna*, relativo all'espulsione collettiva di migranti intercettati nel tentativo di attraversare la frontiera spagnolo-marocchina di Melilla⁴². Per il governo spagnolo, essendo la frontiera in questione costituita da tre strutture protettive e i ricorrenti non essendo riusciti a oltrepassarle tutte, gli eventi si verificarono, di fatto, fuori dal territorio (e, quindi, dalla giurisdizione) dello Stato spagnolo.

La Corte, in linea con l'orientamento *Hirsi*, considerò superfluo localizzare con esattezza gli eventi rispetto al confine spagnolo-marocchino. Ciò che rileva è l'esercizio della giurisdizione sotto forma di un controllo dello Stato sugli individui: i ricorrenti, in quanto intercettati, arrestati e quindi espulsi dalla *Guardia Civil*, rientravano pienamente nella giurisdizione della Spagna ai sensi e ai fini dell'art. 1 CEDU⁴³. Su tale premessa, la violazione dell'art. 4, Prot. 4 CEDU venne dichiarata all'unanimità⁴⁴.

La casistica sulle espulsioni collettive dimostra la tendenza ad una “copertura convenzionale” di varie situazioni di controllo migratorio, comprendente frontiere terrestri,

³⁷ Ad esempio v. C.edu, 11 Marzo 1977, 7704/76, *K.G. c. Germania*; C.edu, 23 Febbraio 1999, 45917/99, *Andric c. Svezia*; C.edu, *Čonka*, cit.

³⁸ *Hirsi*, cit., §178.

³⁹ *Ibidem*, § 176.

⁴⁰ C.edu, 21 Ottobre 2014, 16643/09, *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*.

⁴¹ *Ibidem*, §§ 210-213.

⁴² C.edu, 3 Ottobre 2017, 8675/15 e 8697/15, *N.D. e N.T. c. Spagna*.

⁴³ *Ibidem*, §§ 49-55.

⁴⁴ Il caso è stato rinviato alla Grande Camera davanti a cui, nel momento in cui si scrive, risulta pendente.

acque internazionali, aree intermedie tra diverse frontiere e punti di transito. Secondo il giudice Pinto de Albuquerque, in particolare, la giurisdizione dello Stato (e, quindi, la sua potenziale responsabilità) sussiste ovunque vi sia una forma di controllo migratorio⁴⁵. Di conseguenza, *qualsiasi* forma di respingimento del migrante *ovunque* praticata nel contesto dell'esercizio della giurisdizione statale per finalità di controllo dell'immigrazione va soggetta agli obblighi di tutela dei diritti umani discendenti dalla CEDU⁴⁶.

La giurisprudenza sulle espulsioni collettive è destinata a aumentare con casistica che offrirà alla C.edu la possibilità di fornire ulteriori chiarimenti interpretativi sulla portata degli obblighi degli Stati nel controllo delle frontiere e nella gestione dei flussi. In particolare, diversi ricorsi pendono contro Stati membri aventi frontiere esterne nella parte orientale dell'Ue, di modo che, sostanzialmente, l'intero perimetro delle frontiere comuni dell'Unione risulta interessato dal contenzioso sulle espulsioni collettive: negli anni passati, soprattutto i Paesi mediterranei (come Italia e Spagna⁴⁷), stanti le proprie pratiche di contenimento dei flussi migratori marittimi e, attualmente, i Paesi dell'Est-Europa (Slovacchia⁴⁸, Polonia⁴⁹, Ungheria⁵⁰ e Croazia⁵¹) in riferimento a cui si riscontrano numerose potenziali violazioni per respingimenti alle frontiere terrestri.

5. Considerazioni conclusive

La giurisprudenza della C.edu relativa alle pratiche di *push-back* e espulsione collettiva di migranti riflette in modo emblematico le ripercussioni sui diritti fondamentali della risposta europea alla "crisi" dei rifugiati. In questo contesto, la Corte non ha mancato di riconoscere le complesse sfide per gli Stati, constatando che «States which form the external borders of the European Union are currently experiencing considerable difficulties in coping with the increasing influx of migrants and asylum-seekers⁵². Quanto alla migrazione nel Mediterraneo, inoltre, la C.edu ha affermato di essere «particularly aware of the difficulties related to the phenomenon of migration by sea, involving for States additional complications in controlling the borders in Southern Europe»⁵³.

Nella consapevolezza di ciò, tuttavia, la Corte di Strasburgo, pur reiterando che gli Stati mantengono il diritto sovrano di controllare i propri confini, allo stesso tempo ha affermato la necessità che le autorità nazionali conducano le politiche di controllo migratorio e frontaliero in conformità con gli obblighi derivanti dalla CEDU, anche in caso di intensa pressione migratoria.

⁴⁵ *M.A.*, opinione del giudice Pinto de Albuquerque, cit., §27.

⁴⁶ *Ibidem*, §§18-19, §21. Cfr., *contra*, l'opinione dei giudici Ravarani, Bošnjak e Paczolay che auspicano cautela nell'intraprendere percorsi interpretativi eccessivamente estensivi degli obblighi statali verso i migranti.

⁴⁷ Al momento in cui si scrive risultano pendenti ricorsi contro la Spagna per presunte espulsioni collettive attuate alle frontiere di Ceuta e Melilla: *Doumbe Nnabuchi c. Spagna*, 19420/15 e *Balde e Abel c. Spagna*, 20351/17.

⁴⁸ *Asady e altri c. Slovacchia*, 24917/15.

⁴⁹ *M.K. e altri c. Polonia*, 43643/17; *M.A. e altri c. Polonia*, 42907/17; *D.A. e altri c. Polonia*, 51246/17.

⁵⁰ *H.K. c. Ungheria*, 18531/17; *Khurram c. Ungheria*, 12625/17.

⁵¹ *M.H. e altri c. Croazia*, 15670/18.

⁵² *M.S.S.*, cit., §223.

⁵³ *Hirsi*, cit., §122.

La C.edu ha saputo seguire l'evolversi della crisi europea, interpretando la Convenzione alla luce delle dinamiche delle strategie securitarie ed esternalizzanti degli Stati. L'affermazione dell'applicabilità extraterritoriale della CEDU, in particolare, ha permesso di fornire una copertura di tutela a situazioni che, altrimenti, avrebbero costituito "zone d'ombra", sfuggenti agli obblighi di protezione dei diritti umani. Ciò assume ancor più rilievo proprio alla luce della tendenza degli Stati a diluire le proprie responsabilità, mediante strategie esternalizzanti condotte d'intesa con Paesi terzi e con modalità informali di cooperazione che rischiano di rendere i migranti «personnes sans droit» in «zones de non-droit»⁵⁴.

Nel contesto della "crisi" dei rifugiati, in cui il diritto si de-materializza e si esternalizza, svincolandosi da forme tipiche di controllo (sostanziale, procedurale e democratico), il ruolo della giurisprudenza appare determinante nella tutela della persona, soprattutto nella materia migratoria in cui la classica tensione tra sovranità statale e diritti fondamentali si manifesta nettamente. La C.edu si è mostrata vigile nella tutela del migrante, anche e soprattutto nell'ambito della gestione esterna dei flussi, cosa che la CGUE non sempre ha fatto. Se, infatti, quest'ultima ha assunto un ruolo di garante dei diritti fondamentali nell'interpretazione della politica migratoria interna dell'Ue, viceversa si è mostrata piuttosto assente sul versante della dimensione esterna e delle relazioni dell'Unione e degli Stati membri con altri Paesi.

Internamente, infatti, nelle "situazioni Dublino", la CGUE ha affermato la necessità del rispetto dei diritti fondamentali tanto dal punto di vista procedurale che sostanziale, allineandosi anche alla "giurisprudenza Dublino" della C.edu inaugurata nel 2011 con *MSS* e sviluppata con *Tarakhel*. A livello di misure di gestione esterna dei flussi migratori, invece, la CGUE ha assunto un approccio più prudente e formalistico, spogliandosi della responsabilità di prendere posizione, come nei casi della Dichiarazione UE-Turchia o dei visti umanitari.

Nel primo caso, confermando una precedente ordinanza del Tribunale⁵⁵, la CGUE ha dichiarato la propria incompetenza a conoscere dei ricorsi di richiedenti asilo avverso la dichiarazione UE-Turchia, in quanto non costituente un atto delle istituzioni europee, bensì degli Stati membri⁵⁶. In questo modo una (consistente) parte della politica migratoria europea sfugge al controllo giurisdizionale dell'Unione. Analogamente, con riferimento ai visti umanitari, la CGUE ha statuito che una domanda di visto per motivi umanitari, introdotta presso un'ambasciata di uno Stato membro presente in un Paese terzo e con l'intenzione di richiedere l'asilo un volta raggiunto il territorio europeo, non rileva per il diritto dell'Unione, configurandosi, viceversa, puramente come una questione di diritto interno degli Stati membri, con la conseguenza che la Carta dei diritti fondamentali dell'Ue non trova applicazione⁵⁷.

In definitiva, nel contesto della risposta degli Stati alla "crisi" migratoria – risposta che si caratterizza per misure che, oltre a sollevare forti perplessità in termini di rispetto del *Rule of Law*, comportano significativi profili di violazione dei diritti fondamentali – l'occhio vigile della Corte di Strasburgo appare particolarmente rilevante, così come il suo

⁵⁴ J-Y CARLIER, F. CREPEAU, *De la "crise" migratoire Européenne*, cit., p. 4.

⁵⁵ Tribunale Ue, 28 febbraio 2017, cause T-192/16, T-193/16 e T-257/16, *NF, NG e NM c. Consiglio europeo*, ECLI:EU:T:2017:128.

⁵⁶ CGUE, 12 settembre 2018, cause riunite C-208/17 P e C-210/17 P, *NF, NG e NM c. Consiglio europeo*, ECLI:EU:C:2018:705.

⁵⁷ CGUE, 7 marzo 2017, C-638/16 PPU, *X e X c. Belgio*.

messaggio: garantire i diritti della persona migrante anche in situazioni di emergenza. Un monito importante, soprattutto in tempi in cui sentimenti di razzismo e xenofobia vanno diffondendosi o consolidandosi in modo allarmante.

ABSTRACT: Migration policies, refoulement and enhanced borders' control in the case law of European Court of human rights

In the face of the increasing migratory pressure against the European external borders, many frontline EU Member States have reacted by adopting a repressive approach aimed at pushing back migrants and preventing their arrival. In particular, the EU and its Member States, in cooperation with specific third countries strategically located along the main migratory routes, have resorted to a “contact-less” strategy, characterized by a process of securitization and externalization of migration and border controls. Such response to the migratory flows raises a number of issues, especially in terms of compatibility with the human rights obligations stemming from EU and international law. This is clearly visible, in particular, by looking at the recent case-law of the European Court of Human Rights and, more specifically, at the decisions concerning expulsions of migrants, push-back and non-admission at borders, and the prohibition of collective expulsion of aliens. This article analyses this case-law, considering it as an instrument through which the European response to the so-called “migration crisis” may be measured and assessed.

L'IMPATTO DEL DECRETO SICUREZZA SUGLI ISTITUTI DI TRATTENIMENTO DEI MIGRANTI E DEI RICHIEDENTI ASILO ALLA LUCE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA

GIULIA COLAVECCHIO*

SOMMARIO: 1. Il decreto-legge n. 113 del 2018: immigrazione e sicurezza? – 2. Estensione della durata del trattenimento ai fini espulsivi. – 3. La detenzione dei richiedenti asilo per determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza. – 4. La molteplicità delle strutture del trattenimento. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Il decreto-legge n. 113 del 2018: immigrazione e sicurezza?

Il decreto-legge n. 113 del 2018, convertito con modifiche con la legge n. 132 del 2018 recante «Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata» è uno strumento ampio e articolato che, al Titolo I, novella in maniera profonda la legislazione interna in materia di immigrazione, asilo e gestione delle frontiere.

Tra le previsioni del decreto si annoverano la scomparsa della protezione umanitaria, rimanendo nell'ordinamento delle ipotesi specifiche di permessi di soggiorno rubricate come «casi speciali» e per chi si dovesse distinguere per «atti di particolare valore civile»; la maggiorazione dello stanziamento finanziario previsto per i rimpatri; l'estensione della lista dei reati che comportano la revoca dello status di rifugiato o della protezione sussidiaria; l'introduzione di un procedimento accelerato per la valutazione delle domande di asilo; l'istituzione dell'elenco dei paesi di origine sicuri; un ridimensionamento del sistema di accoglienza; l'esclusione dal registro anagrafico dei richiedenti asilo; norme in materia di concessione e revoca cittadinanza; e novità in materia di trattenimento dei migranti.

La combinazione che deriva dalla moltitudine delle misure previste dal decreto crea indubbiamente quello che è stato definito come «uno scenario di precarizzazione del quadro dell'immigrazione»¹.

Sono oggetto di questo contributo le tre modifiche principali alla disciplina della detenzione dei migranti: 1. l'estensione della durata del trattenimento ai fini espulsivi; 2. l'introduzione di novità in materia di trattenimento dei richiedenti asilo; 3. La previsione di misure per aumentare le strutture detentive di numero e di tipologia.

* Dottore di ricerca in Ordine internazionale e diritti umani, Sapienza Università di Roma.

¹ G. CAGGIANO, *Le recenti modifiche della legge "Salvini" su immigrazione e asilo nella prospettiva del diritto dell'Unione europea e della CEDU*, in *I Post di Aisdue*, 2019, p. 21. Al contributo di Caggiano si rimanda anche per un'analisi d'insieme delle misure contenute nel decreto in oggetto.

L'obiettivo è dar conto di queste modifiche e leggerle alla luce del diritto eurounitario e del diritto internazionale; non verranno invece approfonditi i profili di costituzionalità della normativa attualmente vigente².

Questo provvedimento, a cui mi riferirò da ora in avanti con l'appellativo "decreto sicurezza", tradisce già dalla denominazione un approccio repressivo alla questione migratoria, mettendo in connessione materie non giuridicamente sovrapponibili per loro natura, quali protezione internazionale, immigrazione e sicurezza pubblica³.

Tuttavia, il decreto sicurezza non si presenta certamente, nella *ratio* che lo sottende, come una produzione normativa isolata. Infatti, le misure di privazione della libertà dello straniero, in quanto tale, rientrano in uno spettro più ampio di politiche e produzioni normative securitarie nelle quali si palesa una profonda antinomia del diritto internazionale, scisso tra universalismo e particolarismo: la tutela dei diritti fondamentali riconosciuti alla persona umana, indipendentemente dal suo *status* giuridico, da una parte, e la prerogativa di escludere, propria delle sovranità statuale, dall'altra.

2. Estensione della durata del trattenimento ai fini espulsivi

La prima novità introdotta dal decreto sicurezza riguarda la durata massima del trattenimento ai fini espulsivi. L'art. 2 co. 1 del decreto modifica l'art. 14 del d.lgs. n. 286/1998 raddoppiando il termine massimo del trattenimento che viene esteso da novanta a centottanta giorni. Specularmente, lo straniero già detenuto presso un istituto penitenziario per un periodo pari o superiore a centottanta giorni potrà essere ulteriormente trattenuto per trenta giorni, termine prorogabile nei «casi di particolare complessità delle procedure di identificazione e di organizzazione del rimpatrio» di altri quindici giorni previa convalida del Giudice di pace⁴.

Nell'ordinamento italiano, la durata massima del trattenimento di questa categoria di stranieri ha subito numerose variazioni dalla creazione dell'istituto, con un andamento "a fisarmonica" che ha visto raggiungere la sua massima estensione nel 2011, con un periodo limite di detenzione nei CIE pari a 18 mesi⁵, poi ridotto nel 2014 a novanta giorni⁶.

² Per un'analisi dei profili di costituzionalità del decreto sicurezza cfr. D. LOPRIENO, *Il trattenimento dello straniero alla luce della L. n. 132 del 2018*, in *Dir. imm. citt.*, n. 1, 2019; C. DI MAIO, *La Repubblica inquieta. Se la sicurezza prevale sulla cittadinanza*, in *www.lacostituzione.info*, 8 ottobre 2018; A. BUZZI, F. CONTE, *Ma cosa prevede davvero il "decreto Salvini" sull'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo?*, in *www.lacostituzione.info*, 6 gennaio 2019.

³ G. MOSCHELLA, *La legislazione sull'immigrazione e le prospettive della tutela dei diritti fondamentali: l'ordinamento europeo e l'esperienza italiana*, in *OIDU*, n. 3, 2019, p. 488 ss.

⁴ La possibilità di questa ulteriore proroga, contenuta all'art. 14, co. 5, d.lgs. n. 286/1998, è stata introdotta dal "decreto Minniti-Orlando", d.l. 17 febbraio 2017, n. 13 recante *disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale*, convertito con modificazioni dalla l. 13 aprile 2017, n. 46.

⁵ Decreto-legge 23 giugno 2011, n. 89 recante *disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari*, in G.U. n. 144 del 23 giugno 2011, convertito con modificazioni dalla legge 2 agosto 2011, n. 129, in G.U. n. 181 del 5 agosto 2011.

⁶ Legge 30 ottobre 2014, n. 161 recante *disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2013-bis*, in G.U. n. 261 del 10 novembre 2014 suppl. ordinario n. 83. La riduzione della durata massima del trattenimento prevista dal Legislatore del 2014 aveva segnato una decisa svolta nella tutela della libertà personale dei migranti in condizione di irregolarità, rendendo la limitazione di

A livello universale l'art. 9 del Patto sui diritti civili e politici è posto a tutela della libertà della persona contro ogni forma di arresto e detenzione arbitraria. Nel *general comment* n. 35 all'art. 9, il Comitato dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite specifica come una detenzione per un lasso di tempo indefinito non sia giustificata dall'impossibilità dello Stato parte di eseguire un provvedimento di espulsione⁷. Sempre con riferimento alla durata, in ambito sovranazionale, i provvedimenti di privazione della libertà per non essere arbitrari devono essere necessari e proporzionati alla luce delle circostanze ed essere rivalutati nella loro estensione temporale⁸, e non devono, inoltre, protrarsi oltre un termine ragionevole⁹, funzionale allo scopo perseguito.

Il Gruppo di lavoro sulla detenzione arbitraria delle Nazioni Unite, già nel 1999 nella *Deliberation No. 5*, indicava che la durata massima della detenzione dovesse essere fissata per legge e non potesse in alcun caso essere illimitata o di durata eccessiva¹⁰, questo, tuttavia senza fornire una linea guida interpretativa circa l'arco temporale che qualifici come "eccessiva" la durata del trattenimento¹¹.

Questo *vulnus* dovuto all'assenza di indicazione di una durata massima oltre la quale la detenzione dei migranti è sempre da considerarsi arbitraria si perpetua nel testo revisionato nel 2018, *Revised deliberation No. 5 on deprivation of liberty of migrants*¹², che sostituisce la deliberazione precedente. Nonostante questo limite, il lavoro di aggiornamento del *Working Group on arbitrary detention* ha consolidato gli sviluppi giurisprudenziali dello *Human Right Council* e rispecchia gli importanti progressi del diritto internazionale in questo settore.

Relativamente alla durata della detenzione a quanto precedentemente deliberato il *Working Group* specifica che la detenzione dei migranti è consentita «only for the shortest period of time»¹³ e che alla scadenza del periodo limite di trattenimento stabilito dalla legge il detenuto deve essere rilasciato in maniera automatica¹⁴. Inoltre, la *Revised deliberation No. 5*, fa riferimento ai casi in cui l'espulsione dello straniero in posizione irregolare sia impossibile, come ad esempio per il caso di mancata collaborazione della rappresentanza consolare del paese di origine, in ottemperanza del divieto di *refoulement*, o per l'indisponibilità dei mezzi di trasporto. In tali casi, il detenuto deve essere rilasciato per

tale diritto strettamente funzionale all'esecuzione del rimpatrio. Sull'argomento cfr. L. MASERA, *Ridotto da 18 a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE: la libertà dei migranti irregolari non è più una bagattella?*, in *Dir. pen. cont.*, 10 novembre 2014.

⁷ UN Doc CCPR/C/GC/, par. 18: «The inability of a State party to carry out the expulsion of an individual because of statelessness or other obstacles does not justify indefinite detention».

⁸ Cfr. HRC, *F.K.A.G. c. Australia*, decisione del 26 luglio 2013, comunicazione n. 2094/2011, par. 9.3.

⁹ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 29 gennaio 2018, *Saadi c. Regno Unito*, ricorso n. 13229/03, punti 72 e 74; sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21 giugno 2011, *Efremidze c. Grecia*, ricorso n. 33225/08, punti 56-57; sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 aprile 2014, *Herman e Serazadishvili c. Grecia*, ricorsi nn. 26418/11, 45884/11 e 45884/11, punto 59.

¹⁰ E/CN.4/2000/4, principio n. 7.

¹¹ Alcuni elementi che potrebbero essere utili per fissare la durata massima del trattenimento si possono trarre dai report e dalle opinioni del *Working Group on Arbitrary Detention*. *Ex multis* cfr. A/HRC/13/30, par. 56-58 e 61-64; Opinion n. 5/2009, A/HRC/13/30/Add.1, pp. 275-282; Opinion n. 42/2017, A/HRC/WGAD/2017/42; A/HRC/33/50/Add.1, par. 49-50.

¹² A/HRC/39/45.

¹³ *Ivi*, par. 25.

¹⁴ Vedi anche A/HRC/13/30, par. 61.

evitare una detenzione arbitraria potenzialmente infinita¹⁵. Nonostante non sia espressamente indicato, possiamo desumere che, in ottemperanza del principio di proporzionalità, il rilascio dello straniero la cui espulsione sia impossibile debba essere immediato. La detenzione, infatti, non troverebbe più il suo fondamento giuridico nel perseguimento di uno scopo legittimo che viene a mancare nel momento in cui non permanga una prospettiva di rimpatrio reale e tangibile¹⁶.

Una regolamentazione maggiormente dettagliata dell'istituto del trattenimento dei migranti è presente nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. In particolare, la detenzione dei rimpatriandi è regolata dalla direttiva 2008/115/CE, nota come "direttiva rimpatri" che all'art. 15, par. 5, dispone che ogni Stato membro stabilisce un periodo limitato di trattenimento, che non può superare i sei mesi, corrispondenti ai centottanta giorni previsti dal decreto sicurezza.

La direttiva rimpatri prevede, inoltre, che questa durata possa essere estesa fino a ulteriori dodici mesi «nei casi in cui, nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, l'operazione di allontanamento rischia di durare più a lungo a causa: della mancata cooperazione da parte del cittadino di un paese terzo interessato, o b) dei ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai paesi terzi».

La fissazione di una durata massima così ampia è stata fortemente criticata in dottrina¹⁷, tuttavia si deve considerare che al momento dell'adozione di tale direttiva dieci Stati dell'Unione europea non prevedevano nel loro ordinamento interno alcun limite temporale alla detenzione dello straniero¹⁸.

L'estensione della durata prevista dal decreto sicurezza, si colloca quindi all'interno dei massimali indicati nella direttiva 2008/115/CE, ma questa considerazione non può avere carattere risolutivo nel considerare legittima un'eventuale protrazione generalizzata dei provvedimenti detentivi ai fini espulsivi.

La stessa direttiva prevede, infatti, che il trattenimento debba essere utilizzato solo qualora non possano essere efficacemente applicate misure meno coercitive e che la sua durata debba essere quanto più breve possibile e comunque per il solo tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio¹⁹. La Corte di giustizia dell'Unione europea, nella sentenza *El Dridi*, ha precisato che gli Stati membri hanno facoltà di ricorrere alla detenzione, valutando caso per caso, solo qualora la decisione di rimpatrio rischi di essere compromessa dal comportamento dell'interessato²⁰.

Il giudizio circa il nesso esistente tra il comportamento dell'individuo e il rimpatrio quale scopo da raggiungere non può essere considerato esclusivamente come un elemento

¹⁵ Vedi A/HRC/13/30, para. 63; A/HRC/7/4, par. 48; A/HRC/10/21, par. 82; Opinion n. 45/2006, A/HRC/7/4/Add.1, pp. 40-46.

¹⁶ Il Comitato per i diritti umani aveva già raggiunto questa conclusione nel caso *A. v. Australia*, comunicazione n. 560/1993, decisione del 30 aprile 1997, par. 9.4.

¹⁷ Cfr. I. MAJCHER, *The European Union Returns Directive: Does it Prevent Arbitrary Detention?*, in *Oxford Monitor of Forced Migration*, n. 2, 2013, p. 28.

¹⁸ A seguito dell'applicazione della direttiva 2008/115/CE l'utilizzo della detenzione temporalmente illimitata è stata superata da nove Stati membri: Repubblica Ceca, Cipro, Danimarca, Estonia, Lituania, Finlandia, Svezia, Malta, Paesi Bassi. Cfr. European Commission, DG Home Affairs, Evaluation on the application of the Return Directive (2008/115/EC) Final Report, DR-02-13-466-EN-N, 22 October 2013, p. 48.

¹⁹ 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, art. 15 par. 1.

²⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 2011, Causa C-61/11 PPU, *El Dridi*, ECLI:EU:C:2011:268, punto 39.

teso a limitare i casi e la possibile durata del trattenimento. Il riferimento al comportamento individuale è stato, infatti, interpretato come l'esistenza di una sanzione che intende reprimere e scoraggiare lo straniero dall'adottare un comportamento non cooperativo²¹, facendo emergere una (mal)celata finalità deterrente²². Per tale ragione, questa correlazione fa sì che la detenzione dello straniero abbia in sé delle implicite finalità retributive espressione di una più generale criminalizzazione dell'immigrazione.

La modifica quantitativa dei tempi di detenzione pre-espulsiva è quindi solo la parte visibile di un *iceberg*, conseguenza di una modifica teleologica operata dal legislatore²³. Quello che emerge è la fissazione di un obiettivo differente dall'organizzazione del rimpatrio dello straniero investito da provvedimento di espulsione, considerando che nel 2018, in Italia, su 4.092 persone detenute presso i CPR sono stati effettuati solo 1.768 rimpatri e che la durata media del trattenimento è stata di 37 giorni²⁴.

L'obiettivo perseguito appare, infatti, a metà strada tra una finalità sanzionatoria e una finalità di deterrenza, rispetto ad una privazione della libertà che non dovrebbe avere alcuno scopo punitivo. Ci si trova davanti a quello che è stato definito un "diritto penale mascherato" privo di gran parte delle garanzie che nel sistema Cedu derivano dagli artt. 5 e 6 della Convenzione a tutela delle persone che rientrano *strictu sensu* nel sistema penale²⁵.

Il dato italiano è sovrapponibile a quello di molti Stati europei. Infatti, sebbene la durata legale massima sia elevata in molti Paesi membri, nella prassi, questo limite viene raggiunto molto raramente, in alcuni casi mai²⁶. Secondo i dati, seppur parziali, riportati dalla Commissione europea nel *Report* di valutazione della Direttiva Rimpatri la maggior parte dei cittadini di paesi terzi irregolari sono trattenuti negli appositi centri per un periodo medio inferiore ai due mesi²⁷. Oltre la soglia dei due mesi la probabilità che un rimpatrio vada in porto scende drasticamente.

3. La detenzione dei richiedenti asilo per determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza

La seconda novità introdotta dal decreto sicurezza è in materia di trattenimento dei richiedenti asilo. Il primo comma dell'art. 3 del decreto interviene sulla normativa di attuazione della "direttiva accoglienza", con l'inserimento del comma 3-*bis* all'art. 6 del d.lgs. n. 142/2015²⁸, introducendo nell'ordinamento interno una nuova forma di

²¹ D. WILSHER, *Immigration Detention: Law, History, Politics*, Cambridge, 2012, p. 153.

²² In tal senso R. PALLADINO, *La detenzione dei migranti: regime europeo, competenze statali e diritti umani*, Napoli, 2018, p. 73.

²³ D. LOPRIENO, *Il trattenimento dello straniero*, cit., p. 10.

²⁴ Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, Relazione al parlamento 2019, 27 marzo 2019 pp. 135-136, Elaborazione su dati del Dipartimento di pubblica sicurezza, Direzione centrale dell'immigrazione e Polizia delle frontiere. La durata media del trattenimento è stata ricavata incrociando i dati contenuti nelle tabelle 2.8 e 2.9.

²⁵ M. DI FILIPPO, *L'allontanamento dello straniero nella normativa dell'Unione europea*, in A. M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Lavis (TN), 2012, p. 466.

²⁶ Evaluation on the application of the Return Directive, cit., p. 45.

²⁷ *Ivi*, p. 47.

²⁸ 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

trattenimento del richiedente asilo al fine di determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza²⁹.

A tale scopo il richiedente può essere trattenuto fino a 30 giorni in «appositi locali» presso le strutture indicate all'art. 10-*ter* del testo unico sull'immigrazione³⁰.

L'art. 10-*ter*, che si riferisce ai “punti di crisi” e ai centri governativi di prima accoglienza è stato introdotto dal c.d. decreto Minniti-Orlando³¹ nel 2017, in un tentativo definito «maldestro e insufficiente»³² se non «soltanto apparente»³³ di dotare di una base legale i già operanti *hotspot*³⁴. La norma in questione, infatti, rinvia alla c.d. Legge Puglia³⁵ che consentiva l'istituzione di centri di prima assistenza lungo la frontiera marittima pugliese come risposta ai flussi migratori provenienti dall'Albania a metà anni Novanta e non descrive la natura degli *hotspot*, né tantomeno ne regola l'organizzazione³⁶.

A tal proposito, si rammenta come, l'assenza di una previsione legislativa adeguata, abbia già portato alla condanna dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso *Kblajfia e altri c. Italia*³⁷, per violazione dell'art. 5 par. 1 per non avere rispettato la riserva di legge convenzionalmente posta a tutela del diritto alla libertà e alla sicurezza.

Trascorsi i primi trenta giorni di detenzione presso i “punti crisi” o altri centri governativi di prima accoglienza «ove non sia stato possibile verificare o determinare identità o cittadinanza del richiedente protezione internazionale» questi potrà essere trasferito presso un centro di permanenza e rimpatrio, per ulteriori centottanta giorni.

Con questa previsione il decreto sicurezza scollega il trattenimento dalla condotta del richiedente. Precedentemente a questa novella, relativamente alle operazioni di identificazione dello straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare ovvero rintracciato in posizione di irregolarità sul territorio nazionale, il

procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale, in G.U. Serie generale n. 214 del 15 settembre 2015.

²⁹ Per un approfondimento sul trattenimento dei richiedenti asilo al fine di determinarne o verificarne l'identità cfr. G. G. NUCERA, *La disciplina italiana sul trattenimento dei richiedenti asilo a fini d'identificazione e la sua conformità agli obblighi internazionali derivanti dalla Convenzione europea dei diritti umani*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, Gli Speciali, 2020.

³⁰ Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero in G.U. n. 191 del 18 agosto 1998, suppl. ordinario n. 139.

³¹ Decreto-legge del 17 febbraio 2017, n. 13 recante disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale, in G.U. Serie generale n. 40 del 17 febbraio 2017, coordinato con la legge di conversione 13 aprile 2017, n. 46.

³² E. VALENTINI, *Detenzione amministrativa dello straniero e diritti fondamentali*, Torino, 2018, p. 83.

³³ L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome*, cit., p. 281.

³⁴ Sull'approccio *hotspot*, cfr. M. BENVENUTI, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Dir. imm. citt.*, n. 2, 2018; B. GORNATI, *Le nuove forme di trattenimento dello straniero irregolare in Italia: dall'evoluzione dei CIE all'introduzione dei c.d. hotspot*, in *Dir. um. dir. int.*, 2016; A. MANGIARACINA, *Hotspot e diritti: un binomio possibile?*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2016.

³⁵ Decreto-legge 30 ottobre 1995, n. 451, recante disposizioni urgenti per l'ulteriore impiego del personale delle Forze armate in attività di controllo della frontiera marittima nella regione Puglia, in G.U. n. 255 del 31 ottobre 1995, convertito dalla L. 29 dicembre 1995, n. 563, in G.U. n. 303 del 30 dicembre 1995.

³⁶ In proposito L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa*, cit., p. 282: «La decisione di regolamentare con fonti primarie i c.d. hotspot si risolve in un rinvio a disposizioni che non dicono nulla, e lasciano ancora una volta alla totale discrezionalità dell'autorità di polizia la concreta gestione di fasi procedurali dense di diritti fondamentali, come la prima identificazione e l'informazione sulle procedure di protezione internazionale».

³⁷ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 15 settembre 2016, *Kblajfia and Others v. Italy*, GC, ricorso n. 16483/12.

trattenimento, *ex art. 10-ter* co. 3, era previsto solo in conseguenza del rifiuto reiterato dello straniero di sottoporsi ai rilievi fotodattiloscopici, condotta che la normativa configura come indicativa di un possibile “rischio di fuga” e che è sintomatica della volontà di ostacolare l'identificazione.

La nuova previsione di trattenimento è potenzialmente suscettibile di riguardare la quasi totalità dei richiedenti protezione internazionale, in considerazione del fatto che al momento del loro ingresso nel territorio dello Stato in cui avanzano la richiesta sono in gran parte sprovvisti di documenti di identità in corso di validità. Questa è spesso una conseguenza, oltre che del lungo e spesso drammatico viaggio, delle persecuzioni e delle discriminazioni subite dal richiedente nel suo Paese di origine.

Secondo le norme e gli standard internazionali in materia di rifugiati e di diritti umani, la detenzione di richiedenti asilo dovrebbe essere evitata e costituire una misura di ultima istanza. L'asilo, infatti, è un diritto riconosciuto già nell'immediato dopoguerra dalla Dichiarazione universale dei diritti umani, che dichiara solennemente il diritto di ogni individuo «di cercare e di godere in altri Paesi asilo dalle persecuzioni»³⁸. Il diritto di asilo è universalmente riconosciuto dalla Convenzione di Ginevra del 1951 e dal Protocollo di New York del 1967, relativi allo *status* dei rifugiati, previsto e ampiamente regolamentato dall'Unione europea e costituzionalmente garantito.

Pertanto, deve essere garantito pienamente il libero accesso alle procedure di accertamento dei presupposti dello *status* di rifugiato e quindi tutte le restrizioni alla libertà imposte alle persone che esercitano questo diritto devono essere previste dalla legge, attentamente circoscritte e soggette a una rapida revisione. La detenzione può essere applicata solo se persegue uno scopo legittimo, deve essere necessaria e proporzionata in relazione al caso individuale³⁹.

Nella normativa dell'Unione europea, nell'ambito del *Common European Asylum System* (CEAS), sono previste disposizioni specifiche che regolano il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale. La normativa di riferimento differisce dalla regolazione della detenzione del migrante ai fini pre-espulsivi, trattandosi di due regimi giuridici distinti⁴⁰ in considerazione del differente *status* che gli ordinamenti riconoscono alla persona migrante.

Lo strumento che disciplina in modo più dettagliato il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale è la direttiva 2013/33/UE c.d. “direttiva accoglienza” che, già nel preambolo, enuncia «il principio fondamentale per cui nessuno può essere trattenuto per il solo fatto di chiedere protezione internazionale, in particolare in conformità agli obblighi giuridici internazionali degli Stati membri, e all' articolo 31 della convenzione di Ginevra».

Le misure di privazione della libertà personale dei richiedenti protezione internazionale si configurano quindi come «circostanze eccezionali» definite nella direttiva nel rispetto dei principi di necessità e proporzionalità per quanto riguarda sia le modalità che le finalità di tale trattenimento⁴¹. Il carattere di eccezionalità del trattenimento emerge anche dal criterio generale

³⁸ Universal Declaration of Human Rights, Parigi, 10 dicembre 1948, art. 14.1.

³⁹ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention, 2012, par. 2.

⁴⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 30 novembre 2009, causa C-357/09 PPU, *Kadzoev*, ECLI:EU:C:2009:741, punto 45; sentenza della Corte di giustizia del 30 maggio 2013, causa C-534/11, *Arslan*, ECLI:EU:C:2013:343.

⁴¹ Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, *recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, considerandum* n. 15.

fissato dall'art. 7 di tale strumento normativo che consente la libertà di circolazione del richiedente nel territorio dello Stato membro ospitante⁴².

Relativamente all'ipotesi di privazione della libertà dei richiedenti asilo introdotta dal decreto sicurezza questa appare “diligentemente ricopiata”⁴³ dall'art. 8, par. 3 lett. a) della direttiva accoglienza che, nell'elenco esaustivo dei casi in cui gli Stati membri possono trattenere il richiedente inserisce come prima previsione «per determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza». Il trattenimento ha comunque carattere eccezionale in quanto può essere disposto solo qualora «non siano applicabili efficacemente misure alternative meno coercitive»⁴⁴. Questa ipotesi di trattenimento va letta congiuntamente con l'art. 9 che indica le garanzie procedurali in capo al richiedente, il quale può essere trattenuto per il «periodo più breve possibile» fintantoché sussistano i motivi di cui all'art. 8 par. 3 con la specificazione che il prolungamento del trattenimento non possa essere giustificato da ritardi nelle procedure amministrative non imputabili al richiedente.

La direttiva accoglienza, tuttavia, non indica la durata massima della detenzione, limitandosi a specificare che tutti gli adempimenti amministrativi inerenti ai motivi del trattenimento devono essere svolti con la “debita diligenza”.

La *due diligence* è intesa come una commisurazione della durata della misura di privazione della libertà ad una serie di fattori relativi alla condotta mantenuta dalle autorità nazionali, in relazione alle circostanze del caso e alla complessità del procedimento⁴⁵.

La mancata fissazione di un termine perentorio oltre il quale non può protrarsi alcuna misura di privazione della libertà rappresenta certamente una importante lacuna di un testo normativo che presenta molti punti critici⁴⁶. Tuttavia, si ritiene che la durata massima della misura detentiva prevista dal decreto sicurezza di duecentodieci giorni (30+180) – addirittura superiore ai centottanta giorni previsti in fase pre-espulsiva – non possa essere considerata proporzionata all'obiettivo perseguito di «verificare o determinare identità o cittadinanza del richiedente protezione internazionale» e non risulti pertanto conforme alla normativa europea ed internazionale.

Infatti, qualora il richiedente protezione internazionale non abbia con sé documenti validi ad attestarne l'identità – posta l'impossibilità di rivolgersi per l'ottenimento al Paese d'origine del richiedente che inficerebbe le finalità di protezione – l'accertamento dell'identità non può che essere effettuato attraverso il sistema dei rilievi fotodattiloscopici e il loro inserimento nella banca dati di Eurodac ed in altri *database* a disposizione delle autorità.

Questo metodo, se le operazioni sono condotte con la “debita diligenza”, consente una verifica molto rapida dell'identità di coloro che sono già presenti nelle banche dati europee. In caso contrario le probabilità di procedere ad una identificazione “certa” si riducono in misura tale che questa non possa più essere considerata una “prospettiva realistica” atta a giustificare la prosecuzione di misure di privazione della libertà.

⁴² R. PALLADINO, *La detenzione dei migranti*, cit., p. 169.

⁴³ D. LOPRIENO, *Il trattenimento dello straniero*, cit., p. 34.

⁴⁴ Direttiva 2013/33/UE, cit., art. 8 par. 2.

⁴⁵ *Mutatis mutandis* sul concetto della “debita ragionevolezza” relativamente al trattenimento pre-espulsivo degli stranieri R. PALLADINO, *La detenzione dei migranti*, cit., p. 81 ss.

⁴⁶ Vedi F. ZORZI GIUSTINIANI, *La detenzione dei richiedenti asilo nell'Unione europea. Rilevi critici a margine della rifusione della direttiva accoglienza*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione*, 2014, p. 408 ss.

Il criterio di “*realistic prospect*” è stato elaborato dalla Corte di Strasburgo, in riferimento al rimpatrio, per valutare la legittimità del trattenimento pre-espulsivo⁴⁷ ed è codificato in ambito UE nella direttiva rimpatri⁴⁸.

La direttiva accoglienza non inserisce questo concetto nel corpo del testo, ma nel *considerandum* 16 che, relativamente alle procedure amministrative connesse ai motivi del trattenimento, indica che «la nozione di “debita diligenza” richiede per lo meno che gli Stati membri adottino misure concrete e significative per assicurare che il tempo necessario per verificare i motivi di trattenimento sia il più breve possibile e che vi sia una prospettiva reale che tale verifica possa essere effettuata con successo il più rapidamente possibile» specificando che «[i]l trattenimento non dovrebbe superare il tempo ragionevolmente necessario per completare le procedure pertinenti». Per quanto i *consideranda* non siano parte del dispositivo vincolante della direttiva, essi ne guidano l'interpretazione, motivo per cui si ritiene che la “prospettiva reale” del perseguimento dell'obiettivo operi come criterio di legittimità del trattenimento.

4. La molteplicità delle strutture del trattenimento

La moltiplicazione delle tipologie di trattenimento degli stranieri ha comportato anche una conseguente moltiplicazione delle tipologie di istituzioni totali⁴⁹ adibite a tale scopo.

CPSA, CPR, *hotspot*, con le varie denominazioni che si sono susseguite nel tempo, rappresentano l'apice della costituzione di un doppio regime giuridico tra gli “inclusi” e gli “esclusi”⁵⁰ nel godimento di diritti umani che dovrebbero avere una vocazione “universale”, tra i quali rientra senz'altro il diritto alla libertà personale.

In una prospettiva di eccezionalità nell'utilizzo di misure di privazione della libertà nell'ambito delle politiche di controllo delle migrazioni, si potrebbe auspicare una diminuzione e razionalizzazione delle strutture atte al trattenimento degli stranieri e un rafforzamento di misure alternative meno invasive della libertà personale.

Tuttavia, il Legislatore si muove in direzione opposta, con la previsione all'interno del decreto sicurezza di misure per aumentare, in numero e tipologia, le strutture detentive.

Nello specifico, l'art. 2 co. 2 del d.l. 113/2018, con lo scopo di procedere tempestivamente alla esecuzione dei lavori di costruzione, completamento, adeguamento e ristrutturazione dei CPT, autorizza il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per procedere all'assegnazione dei lavori.

Oltre a questo slancio in materia di edilizia pubblica che è stato ritenuto sia stato operato derogando al regime ordinario e optando per la procedura negoziata con una «certa

⁴⁷ Cfr. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo dell'8 ottobre 2009, *Mikolenko c. Estonia*, ricorso n. 10664/05, punto 68; sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 9 aprile 2013, *Abdi c. Regno Unito*, ricorso n. 27770/08, punto 63.

⁴⁸ Direttiva 2008/115/CE, cit., art. 15 par. 4.

⁴⁹ Per “istituzione totale” si intende un luogo di residenza e di lavoro di gruppi di persone che – tagliate fuori dalla società per un considerevole periodo di tempo – si trovano a dividere una situazione comune, trascorrendo parte della loro vita in un regime chiuso e formalmente amministrato, di cui un esempio tipico, ma non esclusivo sono le prigioni. Cfr. E. GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza* (1961), Torino, 2001.

⁵⁰ E. FRAENKEL, *Il doppio stato. Contributo a una teoria della dittatura*, Torino, 1983.

leggerezza» da parte del Legislatore⁵¹, il decreto sicurezza crea un'ulteriore frammentazione dei luoghi dove è possibile detenere il migrante verso il quale è disposto l'accompagnamento alla frontiera.

L'art. 4 co. 1 del d.l. 113/2018 modifica l'art. 13 co. 5-*bis* del TU sull'immigrazione prevedendo che, in attesa della definizione del procedimento di convalida dell'espulsione – ove non vi sia disponibilità di posti presso i Centri di permanenza per i rimpatri e il procedimento non possa essere definito nel luogo in cui è stato adottato il provvedimento di allontanamento anche prima del trasferimento in un CPR – «il giudice di pace, su richiesta del questore, con il decreto di fissazione dell'udienza di convalida, può autorizzare la temporanea permanenza dello straniero, sino alla definizione del procedimento di convalida in *strutture diverse e idonee* nella disponibilità dell'Autorità di pubblica sicurezza»⁵².

La novella legislativa prosegue in questa direzione indicando che qualora la carenza di posti nei CPR permanga anche a seguito dell'udienza di convalida «il giudice può autorizzare la permanenza, in *locali idonei* presso l'ufficio di frontiera interessato, sino all'esecuzione dell'effettivo allontanamento e comunque non oltre le quarantotto ore successive all'udienza di convalida»⁵³.

La norma non contiene alcuna indicazione che consenta di individuare dei parametri che possano guidare l'interprete nell'individuazione delle caratteristiche che debbano avere queste “strutture idonee” nella disponibilità delle autorità di pubblica sicurezza in una ipotesi ed i “locali idonei” presso gli uffici di frontiera nell'altra.

L'unico elemento pseudo-descrittivo, aggiunto in sede di conversione del decreto è rappresentato dall'indicazione che le strutture ed i locali di cui in precedenza «garantiscono condizioni di trattenimento che assicurino il rispetto della dignità della persona»⁵⁴. Questa specificazione non fornisce tuttavia alcun elemento ed appare una espressione ridondante, non essendo legittimo, in conformità al diritto internazionale, europeo e nazionale, privare chicchessia della libertà senza garantire condizioni che rispettino la dignità umana.

Quello che certamente accomuna questi due non-luoghi di privazione della libertà è la mancanza di una base giuridica certa, regolata da una fonte normativa primaria in ottemperanza della riserva di legge in materia contenuta tanto all'art. 5 par. 1 della Convenzione europea dei diritti umani quanto nell'art. 13 co. 1 della Costituzione Repubblicana⁵⁵.

Queste previsioni normative appaiono non conformi al, seppur opinabile, diritto eurounitario in materia. Infatti, nonostante il *considerandum* 17 della direttiva rimpatri preveda che il trattenimento ai fini pre-espulsivi «dovrebbe di norma avvenire presso gli appositi centri di permanenza temporanea» non qualificando quindi i CPR come luogo esclusivo adibito a tale scopo, l'art. 16 della stessa specifica che qualora non sia possibile effettuare il trattenimento presso un apposito centro di permanenza temporanea il cittadino di un paese terzo interessato venga trattenuto presso un istituto penitenziario, in locali separati dai detenuti ordinari.

⁵¹ D. LOPRIENO, *Il trattenimento dello straniero*, cit., p. 12.

⁵² Decreto-legge 113/2018, cit., art. 4 co. 1, corsivo aggiunto.

⁵³ *Ibidem*, corsivo aggiunto.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Sotto il profilo della legittimità costituzionale l'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione (ASGI) – nel suo documento *Le modifiche alla disciplina del trattenimento amministrativo del cittadino straniero, del richiedente protezione internazionale e del cittadino comunitario dal d.l. 113/2018. Prime osservazioni sugli artt. 2, 3 e 4 del d.l. 113/2018*, del 25 ottobre 2018, disponibile sul sito www.asgi.it, p. 12 – ha rilevato la necessità di valutare la misura anche in relazione a quanto previsto dall'art. 110 della Costituzione.

Sebbene la previsione della normativa europea appaia censurabile nel prevedere la possibilità di trattenimento ai fini pre-espulsivi in strutture senz'altro inadeguate perché destinate a finalità del tutto differenti come gli istituti penitenziari (per quanto in locali separati), di contro la difforme previsione della disciplina interna soffre di una certa indeterminazione che potrebbe al limite sfociare nell'arbitrarietà nella individuazione dei luoghi detentivi.

Un ulteriore rilievo critico deve essere fatto circa la clausola di invarianza finanziaria contenuta nell'art. 2 co. 3 del decreto sicurezza. Il decreto, infatti, raddoppia la durata massima del trattenimento ai fini pre-espulsivi, portandola a centottanta giorni, senza prevedere un conseguente aumento degli oneri a carico della finanza pubblica.

Tale norma desta preoccupazione circa il potenziale peggioramento delle condizioni di vita materiali presso i Centri di permanenza per il rimpatrio e la possibile trasformazione del trattenimento in un trattamento inumano e degradante, andando ad aggravare ulteriormente le già difficili condizioni di vita delle persone trattenute.

Infatti, secondo quanto affermato dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti o pene inumani o degradanti (CPT) all'estensione temporale della durata della permanenza di una persona in una struttura detentiva dovrebbe conseguire un aumento delle attività mirate da essa fruibili nel centro⁵⁶ e l'organizzazione di ulteriori attività in favore dei trattenuti necessita di una dotazione finanziaria.

5. Considerazioni conclusive.

La prassi di sottoporre migranti e richiedenti protezione internazionale a misure di privazione della libertà con garanzie più blande rispetto a coloro che sono soggetti a misure detentive di natura penale, non è sfortunatamente una peculiarità recente dell'ordinamento italiano. In un numero crescente di Stati, infatti, gli stranieri sono sottoposti a forme di privazione della libertà spesso gestite in modo poco trasparente dalle autorità preposte, da cui deriva un aumento considerevole del rischio di abusi⁵⁷ con la conseguente lesione dei diritti umani delle persone trattenute.

Queste politiche ci portano a formulare delle considerazioni circa la natura del trattenimento degli stranieri, caratterizzato dalla dicotomia tra le prerogative sovrane dello Stato ed i diritti fondamentali riconosciuti universalmente alla persona umana, indipendentemente dal suo *status* giuridico.

Nel parere reso dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale – anche nella sua funzione di *Meccanismo nazionale di prevenzione* attribuita dal Protocollo opzionale alla Convenzione ONU contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti⁵⁸ – durante l'iter di conversione in legge del decreto sicurezza,

⁵⁶ CPT, Immigrant detention, facsheet del marzo 2017, CPT/Inf(2017)3, p. 5; CPT, Report to the Government of Cyprus on the visit to Cyprus carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 23 September to 1 October 2013, CPT/Inf (2014) 31, pubblicato il 9 dicembre 2014, par. 45.

⁵⁷ E. GUILD, *Security and Migration in the 21st Century*, Cambridge, 2009; J. HUYSMANS, *The European Union and the Securitization of Migration*, in *Journ. Comm. Mar. St.*, 2000, p. 751 ss.; J. HUYSMANS, *The Politics of Insecurity. Fear, migration and asylum in EU*, Londra, 2006.

⁵⁸ Optional Protocol to the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, ratificato dall'Italia con legge 9 novembre 2012 n. 195, all' art. 19 lett. c) prevede, tra i poteri

con riguardo all'estensione della durata dei tempi del trattenimento pre-espulsivo, Mauro Palma evidenzia come «l'ampliamento del campo di applicazione della misura con evidenti ricadute sul diritto fondamentale alla libertà dei cittadini stranieri irregolari non sembra quindi trovare un adeguato bilanciamento in effettive esigenze di sistema»⁵⁹. I dati disponibili mostrano, infatti, l'assenza di una correlazione diretta tra l'efficacia del sistema del trattenimento e l'estensione dei termini massimi di permanenza nei Centri⁶⁰.

Se la durata del trattenimento non ha conseguenze sulla percentuale trattenuti/espulsi non si può che evidenziare nuovamente come il raddoppiamento dei termini massimi di detenzione non possa che avere finalità di tipo sanzionatorio e deterrente, entrambe non rispondenti al perseguimento di alcuno scopo legittimo che possa giustificare misure di privazione della libertà.

Le misure contenute nel decreto sicurezza, tuttavia, non appaiono utili neanche al raggiungimento di questi malcelati obiettivi in considerazione dell'assenza di qualsiasi prova empirica che la prospettiva di essere detenuti «deters irregular migration, or discourages persons from seeking asylum»⁶¹.

Proprio nell'ottica di scoraggiare le richieste di asilo si iscrive l'ipotesi di detenzione dei richiedenti protezione internazionale al fine di determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza. Questa ipotesi di trattenimento è tutt'altro che marginale e tramuta l'eccezione in regola, in dispregio della normativa internazionale e della direttiva accoglienza che vieta il ricorso alla detenzione come automatica conseguenza della richiesta di asilo.

Molte delle criticità del decreto sicurezza sono tuttavia generate dalle precedentemente accennate problematiche presenti già nella normativa europea in materia di trattenimento dei migranti irregolari e dei richiedenti asilo, che certo non rappresenta un esempio di garanzia dei diritti individuali delle persone migranti.

Un chiaro esempio dei limiti normativi dell'Unione è ravvisabile nella grande ipocrisia di fondo relativa alla detenzione dei richiedenti asilo nella direttiva accoglienza. In tale strumento il trattenimento viene, infatti, definito come il «confinamento del richiedente, da parte di uno Stato membro, in un luogo determinato che lo priva della *libertà di circolazione*»⁶². Se la natura della restrizione della libertà e della privazione della libertà è analoga la differenza è nel grado di intensità⁶³.

Da una prospettiva internazionalistica la detenzione si deve qualificare attraverso una valutazione in concreto⁶⁴ senza che la definizione *de jure* fornita dal diritto interno, o nel

minimi che gli Stati parte devono attribuire al meccanismo di prevenzione nazionale, la possibilità «to submit proposals and observations concerning existing or draft legislation».

⁵⁹ Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, Parere del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale sul decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, 15 ottobre 2018, p. 7.

⁶⁰ *Ivi*, pp. 6-7.

⁶¹ A. EDWARDS, *Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and "Alternatives to Detention" of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants*, UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), 2011, PPLA/2011/01.Rev.1, p. 1 ss.

⁶² Direttiva 2013/33/UE, cit., art. 2, corsivo aggiunto.

⁶³ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 6 novembre 1980, *Guzzardi v. Italia*, ricorso n. 7367/76, Series A n. 39, punto 93.

⁶⁴ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 25 giugno 1996, *Amuur v. France*, ricorso n. 19776/92, punto 42; Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 12 febbraio 2009, *Nolan e K. v. Russia*, application n. 2512/04, punti 93-96; Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 22 settembre 2009, *Abdolkhani e Karimnia v. Turkey*, ricorso n. 30471/08, punti 125-127; Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 28 marzo 1985, *Ashingdane v. United Kingdom*, ricorso n. 8225/78, punto 42.

nostro caso dal diritto europeo, sia determinante per stabilire se un individuo sia o meno privato della libertà⁶⁵.

Per tale ragione, in considerazione delle disposizioni della direttiva, e in particolar modo degli artt. 8-10 che regolano il trattenimento, letti coordinatamente con l'art. 28 della direttiva 2013/32/UE⁶⁶ che prevede una «sorta di meccanismo “sanzionatorio”»⁶⁷ che si attiva qualora il richiedente abbandoni il luogo dove è disposto il trattenimento, non vi è dubbio che le misure adottate per trattenere i richiedenti asilo rappresentino una forma di privazione della libertà.

In conclusione, la sensazione che si ricava dalle modifiche che il decreto sicurezza introduce in materia di trattenimento è quella di una privazione della libertà utilizzata impropriamente come strumento di isolamento dei migranti per esigenze di mera difesa sociale⁶⁸.

Il diritto dell'immigrazione appare, infatti, caratterizzato da «un altro grado di sperimentalismo istituzionale»⁶⁹, e in materia di trattenimento si intrecciano una pluralità di istituti diversi che rischiano di fare perdere di vista che il diritto alla libertà personale garantito ad ogni individuo è (o dovrebbe essere) sempre lo stesso.

Per tale ragione, in un momento in cui le politiche di criminalizzazione delle migrazioni sembrano allargarsi senza alcun argine⁷⁰, non si può che auspicare una risposta europea alle sfide poste dalla gestione dei flussi migratori, che smetta di utilizzare come inutile deterrente il trattenimento e punti sulla creazione e sul consolidamento di canali di ingresso legali nel territorio dell'Unione, sull'effettività del principio di solidarietà, nonché su una cooperazione con i Paesi terzi che non sacrifichi il rispetto dei diritti umani.

ABSTRACT: The Impact of the “Decreto sicurezza” on the detention of migrants and asylum seekers in the light of International and EU Law

The “Decreto Sicurezza” radically transforms domestic legislation on immigration, asylum and border management. The subject of this paper concerns the three main amendments to the regulations on migrants' detention: 1. The extension of the maximum length of pre-removal detention; 2. The introduction of new provisions on the detention of asylum seekers; 3. The introduction of measures to increase the number and types of detention facilities. The aim is to explain these changes and to verify their compatibility with EU and International Law, highlighting the securitarian approach to the migration issue of these

⁶⁵ Per un maggiore approfondimento circa l'inquadramento del trattenimento degli stranieri come restrizione della libertà di circolazione o privazione della libertà personale mi permetto di rinviare ad un mio precedente scritto G. COLAVECCHIO, *Detenzione in assenza di reato: il trattenimento amministrativo degli stranieri*, in *Democrazia e Sicurezza*, n. 4, 2015, p. 168 ss.

⁶⁶ 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.

⁶⁷ R. PALLADINO, *Il trattenimento dei migranti all'epoca dell'emergenza: misura eccezionale o (quasi) regola?*, in G. NESI (a cura di) *Migrazioni e Diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza?*, Napoli, 2018, p. 187.

⁶⁸ Vedi G. CAMPESI, G. FABINI, *La detenzione della “pericolosità migrante”*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2, 2017, p. 517 ss.

⁶⁹ M. BENVENUTI, *Gli hotspot come chimera*, cit., p. 1.

⁷⁰ Vedi da ultimo il c.d. “decreto sicurezza bis”, Decreto-legge 14 giugno 2019 n. 53 recante disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica, in *Gazzetta Ufficiale* n. 138 del 14 giugno 2019, convertito con modificazioni dalla Legge 8 agosto 2019 n. 77, in *Gazzetta Ufficiale* n. 186 del 9 agosto 2019.

measures, that should be considered in line with the recent internal legislation in this area. An overall reading of the migrant's detention legal arrangements, after the entry into force of d.l. No. 113 of 2018, leads the author to question the misuse of instruments of deprivation of liberty which, far from representing last resort measures, are widely applied for deterrent and punitive purposes.

I DIRITTI UMANI DEI MIGRANTI IN LIBIA: DUE ANNI DI VIGENZA DEL MEMORANDUM D'INTESA ITALIA-LIBIA

DANIELE MUSMECI*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La cooperazione bilaterale Italia-Libia in materia di lotta all'immigrazione clandestina: il Memorandum d'intesa del 2 febbraio 2017. – 3. L'esternalizzazione della problematica migratoria. – 4. La situazione dei diritti umani dei migranti in Libia. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

«Una giornata di svolta che autorizza speranza per il futuro della Libia». Così affermava l'allora Premier Paolo Gentiloni all'indomani della conclusione del Memorandum d'intesa¹ (anche noto come *Memorandum of Understanding*, di seguito anche MoU) con il governo libico di Fayeze al-Serraj, l'unico interlocutore riconosciuto dalla comunità internazionale e supportato dalle Nazioni Unite². Eppure il medesimo accordo è stato, fin da subito, oggetto di severissime critiche da parte delle organizzazioni per i diritti umani³ che hanno denunciato sia il modo in cui vengono trattati i migranti all'interno dei centri d'accoglienza in Libia, Stato non parte della Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati del 1951⁴, che le condizioni disumane alle quali vengono sottoposti, che mal si conciliano con gli *standards* internazionalmente riconosciuti in materia di proibizione della tortura, di trattamenti inumani e degradanti, di lavoro forzato e schiavitù nonché di detenzione arbitraria.

* Dottorando di ricerca in *Diritto pubblico, comparato e internazionale*, Sapienza Università di Roma.

¹ 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, firmato il 2 febbraio 2017 a Roma. Il testo del Memorandum è consultabile su www.governo.it/sites/governo.it/files/Libia.pdf.

² Com'è noto, durante la seconda guerra civile libica (2014-oggi), si sono stabiliti almeno due grandi centri di potere, uno nell'ovest costituito dal *Government of National Accord* (GNA), presieduto proprio da Fayeze al-Serraj e formatosi ai sensi dell'art. 1 del *Libyan Political Agreement*, l'accordo supportato dall'ONU firmato il 17 dicembre 2015, e l'altro nell'est, dove agisce il generale Khalifa Haftar, che gode del formale riconoscimento della *House of Representatives* (HoR) di Tobruk ed è l'attuale leader del *Libyan National Army* (LNA).

³ Si veda, *ex multis*, Amnesty International, *Aiuti alla Libia: l'Italia sta aggirando i suoi obblighi internazionali*, in www.amnesty.it, 23 maggio 2017.

⁴ La Libia, tuttavia, ha ratificato la Convenzione che regola gli aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa del 1969, la quale, all'art. 1 par 1, adotta la seguente nozione di rifugiato: «ogni persona che, temendo a ragione di essere perseguitata per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova fuori del paese di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di tale timore, avvalersi della protezione di questo Paese; oppure che, non avendo una cittadinanza e trovandosi fuori del Paese in cui aveva residenza abituale a seguito di tali avvenimenti, non può o non vuole ritornarvi a causa di detto timore».

Ma il Memorandum ha anche suscitato le considerazioni critiche dell'Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione (ASGI) basate in gran parte sulla presunta violazione delle norme interne sulla competenza a stipulare. Infatti in più parti dell'accordo si fa riferimento espresso a finanziamenti diretti che la Libia riceverà dall'Italia, e ciò sarebbe in contrasto con l'art. 80 della nostra Costituzione, il quale esige l'autorizzazione per la ratifica da parte del Parlamento per trattati che impongono oneri alle finanze e hanno natura politica, autorizzazione che, nel caso del Memorandum, non c'è stata⁵. Il governo ha dunque optato per dare all'accordo la veste della forma semplificata.

Anche in Libia sono stati sollevati dubbi talmente elevati da spingere la Corte amministrativa d'appello di Tripoli a sospendere l'accordo il 22 marzo 2017⁶, a seguito di un ricorso presentato dai 6 cittadini libici il 6 febbraio dello stesso anno⁷ che ha messo in risalto problematiche legate tanto alla forma quanto alla sostanza del Memorandum. Da una parte si è contestato il fatto che al-Serraj non avesse la necessaria legittimazione per impegnare internazionalmente la Libia, in quanto non è sostenuto dal Parlamento di Tobruk che, invece, riconosce e appoggia il generale Haftar, l'uomo forte della Cirenaica. Dall'altra sono stati avanzati dei dubbi circa l'imprecisione dei finanziamenti che l'Italia dovrà versare alla Libia per ottemperare a un compito certamente oneroso, quale il pattugliamento terrestre e marittimo delle frontiere libiche.

Malgrado ciò, la questione migratoria, ad oggi, continua ad essere disciplinata dal Mou. Dal punto di vista dell'abbattimento del numero degli sbarchi, obiettivo primario dell'intesa italo-libica, si può notare che, a due anni dalla sua sottoscrizione, il totale degli arrivi ha subito una drastica riduzione, passando da 119,369 nel 2017, a 23,370 nel 2018, fino a 720 nel 2019⁸. Questi dati, unitamente al fatto che nel 2017 l'Italia era al penultimo posto per il rapporto del numero di rifugiati su 1000 abitanti (che ammontava a 167,335 e, di conseguenza, 2,8 rifugiati ogni 1000 abitanti)⁹, contribuiscono facilmente a smontare la retorica politica di una presunta "invasione" di migranti, dal momento che la realtà dei fatti è ben altra.

⁵ Cfr. *Mancata ratifica parlamentare del memorandum Italia-Libia: al via il ricorso alla Corte Costituzionale*, in Asgi, Asilo/Protezione Internazionale, 28 febbraio 2018. Il ricorso è stato poi dichiarato inammissibile dalla Consulta il 20 luglio 2018, in quanto i singoli parlamentari non sono legittimati ad agire (nello specifico erano stati: Giulio Marcon, Giuseppe Civati, Beatrice Brignone e Andrea Maestri), ma solamente l'Assemblea tutta.

⁶ Cfr. *La sospensione del memorandum Italia – Libia è un'occasione per mettere in discussione la politica degli accordi*, in Asgi, 27 marzo 2017; *Tripoli ha sospeso il memorandum d'intesa tra Italia e Libia sull'immigrazione*, in TPI, 27 marzo 2017; A. CAMILLI, *Tripoli blocca il memorandum sui migranti firmato con l'Italia*, in *Internazionale*, 27 marzo 2017; *Court ruling blocks Libya-Italy MoU on stemming illegal immigration*, in *The Libyan Observer*, 22 marzo 2017. Sebbene sia intervenuta una simile decisione, l'instabilità politica in cui versava il paese libico – instabilità che caratterizza la vita della Libia anche al momento in cui si scrive – fa sì che la suddetta decisione sia assolutamente priva di effetti giuridici tali da rendere nullo il Memorandum.

⁷ Cfr. *Tripoli Appeals Court to rule on Italy-Presidential Council MoU*, in *The Libyan Observer*, 12 febbraio 2017.

⁸ Dati ufficiali UNHCR, reperibili su: data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean/location/5205.

⁹ Dati indicati sul sito <http://popstats.unhcr.org/en/overview>; vedi anche *UNHCR Global Trend, Forced Displaced in 2017*, pag. 65. È doverosa, altresì, una precisazione. Il dato poc'anzi esposto indica quanti coloro hanno ottenuto una forma di protezione, dal momento che in Italia se ne riconoscevano tre: l'asilo, la protezione sussidiaria e quella umanitaria. La protezione sussidiaria, che rientra nella forma di protezione internazionale, è definita dall'art. 2, lett. g), D. Lgs. 251/2007 nei seguenti termini: «un cittadino di un paese terzo o apolide che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel paese di origine (o nel paese di domicilio se apolide), correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno». Allorquando non sussistano i motivi per concedere la succitata protezione, si può fare richiesta per quella umanitaria, se si riconoscono «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano», come previsto dall'art 5 comma 6 del d.lgs 286/1998. Tuttavia, l'entrata in vigore del decreto. n. 113 del 4

La domanda che, a questo punto, sorge spontaneamente è: come ha fatto l'Italia ad abbassare in due anni l'ammontare degli sbarchi? Nelle pagine che seguono, dopo una breve introduzione di quella che è stata la cooperazione Italia – Libia nei riguardi della lotta all'immigrazione clandestina, si cercherà di rispondere al summenzionato quesito.

2. La cooperazione bilaterale Italia-Libia in materia di lotta all'immigrazione clandestina: il Memorandum d'intesa del 2 febbraio 2017

La collaborazione italiana con lo Stato libico, finalizzata alla gestione del flusso migratorio, non è certamente storia nuova. Il MoU, infatti, rappresenta solamente uno, benché l'ultimo, degli accordi che, nel corso di due decenni, sono intercorsi tra i due Paesi. Un primo accordo era stato già siglato a Roma il 13 dicembre 2000¹⁰ col proposito di combattere il terrorismo, la criminalità organizzata internazionale, il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope e, da ultimo, l'immigrazione illegale. Quest'ultimo obiettivo, secondo l'art. 1, lett. D, parr. 1,2,3, andava perseguito attraverso un continuo scambio di informazioni sui flussi di immigrazione illegale e la reciproca assistenza e cooperazione nel campo dell'immigrazione clandestina. Come si può notare, tuttavia, l'intesa poneva solamente dei vincoli di carattere programmatico; nondimeno essa gettava le basi della collaborazione tra i due Stati.

Un importante e decisivo passo in avanti è invece rappresentato dai successivi Protocolli, firmati entrambi a Tripoli il 29 dicembre 2007¹¹. Mentre uno di essi, il Protocollo Italia – Libia, si limita, all'art. 1, a ribadire fermamente la cooperazione bilaterale nella lotta contro le organizzazioni che praticano la tratta degli esseri umani e sfruttano l'immigrazione clandestina, il secondo, il Protocollo aggiuntivo tecnico-operativo, enuncia gli obblighi immediati e sostanziali a carico dell'Italia. E infatti, l'art. 1 par. 1 prevede la cessione, a titolo temporaneo, di 6 unità navali della Guardia di Finanza al governo libico, affinché svolga attività di pattugliamento delle acque territoriali libiche e delle acque internazionali per contrastare più efficacemente l'immigrazione illegale. In aggiunta a ciò, nell'attesa che venga formato ed equipaggiato il personale libico, l'Italia si impegna a inviare l'intero equipaggio delle 6 navi¹². In ogni caso il personale di polizia inviato dall'Italia è chiamato a svolgere compiti ben circoscritti legati all'addestramento, all'assistenza e consulenza nei riguardi del personale libico¹³.

ottobre 2018 (conosciuto come “decreto sicurezza”) ha di molto ristretto le possibilità di concessione di quest'ultima forma di protezione. Per un'analisi puntuale riguardante i profili problematici sollevati dalla legge “Salvini”, si rinvia, *inter alios*, a G. CAGGIANO, *Le recenti modifiche della legge “Salvini” su immigrazione e asilo nella prospettiva del diritto dell'Unione europea e della CEDU*, in AISDUE, sezione “Articoli” n.1, 20 febbraio 2019.

¹⁰ Accordo tra il Governo della Repubblica Italiana e la Grande Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista per la collaborazione nella lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata, al traffico illegale di stupefacenti e di sostanze psicotrope ed all'immigrazione clandestina. Il testo integrale dell'accordo è disponibile su www.asgi.it/wp-content/uploads/public/accordo.italia.libia.2000.pdf

¹¹ Protocollo tra Repubblica Italiana e la Gran Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista, il cui testo è reperibile su www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2010/02/Protocollo-Italia-Libia-19972.pdf; Protocollo aggiuntivo tecnico operativo al protocollo di collaborazione tra la Repubblica italiana e la Gran Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista, per fronteggiare il fenomeno della immigrazione clandestina. Per il testo completo si rimanda a www.asgi.it/wp-content/uploads/public/protocollo.italia.libia.tripoli.dicembre.2007.pdf.

¹² Protocollo aggiuntivo, cit., art. 1, par. 3.

¹³ *Ibidem* art. 3, par 5.

Il trattato che più si avvicina al Mou è tuttavia rappresentato dal Trattato di amicizia e cooperazione e partenariato, firmato a Bengasi il 30 agosto 2008¹⁴. Per lo scopo del nostro lavoro risulta essere particolarmente utile citare l'art. 6 che, rubricato "Rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali", impegna le Parti ad agire "conformemente alle rispettive legislazioni", senza prendere in considerazione il fatto che la Libia non è Parte della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status dei rifugiati, né tantomeno la sua legislazione riconosce l'asilo. Altro articolo di chiaro interesse è il 19 che, peraltro, viene espressamente richiamato dal testo del Mou e, a sua volta, si rifà sia all'accordo del 2000 che ai Protocolli del 2007¹⁵. Il predetto articolo, sostanzialmente, stabilisce che i due paesi erigeranno un sistema di controllo delle frontiere terrestri libiche, precisamente un sistema di telerilevamento i cui costi saranno sopportati al 50% dall'Italia e al 50% dall'Unione Europea¹⁶. Già nel 2008, quindi, la strategia italiana per la gestione del flusso migratorio è ben chiara e definita: fornire materiale utile, come le unità navali, unitamente ai finanziamenti per permettere allo Stato libico di supervisionare più attentamente le partenze dalle sue coste.

Il trattato di Bengasi, nella sua interezza, viene rinnovato nel 2012 dalla "Tripoli Declaration"¹⁷ che lascia inalterati i rapporti tra i due Stati, e dal Processo Verbale che rimarca con forza la necessità che la Libia tenga fede ai suoi obblighi in tema di controllo dei confini marittimi e terrestri, ivi compreso quello meridionale¹⁸.

Venendo adesso al Mou, esso enuncia una serie di obblighi e garanzie per entrambe le parti. L'Italia continua a perseguire la strategia del pieno supporto alla Libia, supporto che si manifesta in svariate forme, da quello alle istituzioni di sicurezza e militari¹⁹ a quello "tecnico e tecnologico agli organismi libici incaricati della lotta contro l'immigrazione clandestina"²⁰. Quest'ultimi sono identificati principalmente nel Ministero della Difesa, da cui dipendono sia la guardia di frontiera che la guardia costiera – che come vedremo è il principale attore nel contrasto all'immigrazione clandestina – e nel Ministero dell'Interno, che ha creato un dipartimento *ad hoc* denominato *Department for Combat Illegal Migration* (DCIM).

Il sostegno italiano, poi, unitamente a quello europeo, si rivolge anche verso il finanziamento dei c.d. centri d'accoglienza²¹ in cui dovrebbero essere garantite condizioni igienico-sanitarie per i migranti irregolari. L'uso del condizionale è assolutamente d'obbligo, in quanto il governo libico, fino ad oggi, non si è mostrato capace -o semplicemente non ha voluto- soddisfare i bisogni più elementari di coloro i quali si ritrovano ad essere rinchiusi nei suddetti centri.

¹⁴ Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica Italiana e la Grande Giamahiria Araba Libica Popolare socialista. Per commento sulle principali caratteristiche di tale accordo si rinvia, *ex plurimis*, a N. RONZITTI, *Il trattato Italia-Libia di amicizia, partenariato e cooperazione*, in *Servizio Affari Internazionali e il Servizio Studi del Senato della Repubblica*, "Contributi di ricerca", n. 108, gennaio 2009.

¹⁵ Trattato di Bengasi, cit., art. 19 par. 1.

¹⁶ *Ibidem*, par. 2.

¹⁷ Firmata il 21 gennaio del 2012, la dichiarazione di Tripoli si colloca in un nuovo contesto politico libico, giacché ha avuto luogo la Primavera araba libica, iniziata con la rivoluzione del 17 febbraio 2011.

¹⁸ Processo verbale della riunione tra il Ministro dell'Interno della Repubblica italiana e il Ministro dell'Interno della Libia, siglato in data 3 aprile 2012, art. III, parr. 1-3.

¹⁹ MoU, cit., art. 1., lett. A.

²⁰ *Ibidem*, art. 1, lett. C.

²¹ *Ibidem*, art. 2, par. 2.

Forte di un tale supporto, la Parte libica garantisce il pattugliamento dei confini terrestri e, soprattutto, marittimi, al fine di sbarrare la strada ai migranti e ricondurli negli appositi luoghi d'accoglienza; inoltre si impegna a perfezionare il controllo del confine meridionale²² per limitare l'afflusso di persone che giungono in Libia dai Paesi limitrofi, quali Ciad, Sudan e Niger. Vale la pena notare, a questo punto, che il governo con cui l'Italia ha negoziato, cioè quello di al-Serraj, non ha il controllo effettivo dell'intero territorio, ma è costretto solamente nella parte occidentale facente capo a Tripoli²³. Ciò ha posto fin da subito degli inevitabili dubbi sulla reale possibilità di ottemperare alla clausola contenuta nell'art. 2 par. 1., se non attraverso accordi con le diverse milizie e tribù locali. Né tantomeno può essere ignorato il rapporto tra il finanziamento inizialmente dovuto alla Libia e le successive richieste di al-Serraj per soddisfare efficacemente l'obbligo di pattugliamento. Il governo italiano, infatti, di concerto con quelli dei Paesi membri dell'UE, aveva deciso di versare alla Libia aiuti per un totale di 200 milioni di euro²⁴; sennonché, in un successivo incontro tenutosi a marzo 2017, il capo del governo libico ha richiesto un dettagliato elenco di attrezzature, il cui costo ammontava a 800 milioni di euro²⁵.

Infine, anche nel Mou, precisamente all'art. 5, si trova un riferimento al fatto che le Parti debbano agire "alla luce del rispetto degli obblighi internazionali e dei trattati sui diritti umani ratificati dalle Parti"²⁶, non menzionando affatto le lacune oggettive e sistemiche che affliggono la Libia e, conseguentemente, chi vi entra irregolarmente²⁷. In altri termini, siamo di fronte ad un'implicita limitazione della tutela dei diritti umani, peraltro già presente nel richiamato Trattato di Bengasi all'art. 6, e che non è sfuggita ad un organo quale il Comitato contro la Tortura (CAT), il quale nelle sue Osservazioni conclusive lamenta proprio la mancanza di un meccanismo di cooperazione finalizzato alla tutela dei diritti umani²⁸.

²² *Ibidem*, art. 2, par. 1.

²³ Il che solleva delle importanti problematiche preliminari rispetto alla ratifica del MoU, cioè valutare se il governo di al-Serraj possa essere considerato a tutti gli effetti un soggetto di diritto internazionale. È noto, infatti, che uno dei requisiti richiesti per acquisire la soggettività internazionale è il controllo in modo effettivo della comunità territoriale (principio di effettività), controllo che, nel caso di specie, mancava fin dall'origine.

²⁴ Cfr. *Malta Declaration by the members of the European Council on the external aspects of migration: addressing the Central Mediterranean route*, in www.consilium.europa.eu, firmata il 3 febbraio 2017.

²⁵ La richiesta del Premier libico è giunta in seno alla riunione del c.d. Gruppo di contatto Europa-Nord Africa, formato dai Ministri degli Interni di Algeria, Tunisia, Libia, Austria, Francia, Germania, Italia, Malta, Slovenia e Svizzera., svoltasi tra il 19 e 20 marzo 2017.

²⁶ La Libia ha firmato e ratificato il Patto Onu del 1976 sui diritti civili e politici con il suo Protocollo Opzionale e quello sui diritti sociali, culturali ed economici; la Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli inumani o degradanti del 1984; la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale del 1965; la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e i membri delle loro famiglie del 1990; la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne adottata nel 1979 e il suo Protocollo opzionale del 1999. È doveroso, inoltre, sottolineare che fa parte anche del più importante strumento regionale a tutela dei diritti umani, cioè la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli adottata nel 1981.

²⁷ Come detto, la legislazione libica non ha istituito un sistema di asilo e, conseguentemente, non distingue tra migrante irregolare, richiedente asilo e rifugiati, tutte fattispecie che ricadono nella disciplina posta dalla legge N. 19 del 2010 sulla lotta all'immigrazione irregolare, la quale prevede l'incarcerazione di ogni persona che cerchi di entrare o uscire dalla Libia irregolarmente (art. 11).

²⁸ CAT, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Italy*, doc. CAT/C/ITA/CO/5-6, dicembre 2017, par. 22.

3. L'esternalizzazione della problematica migratoria

Tenendo a mente le principali caratteristiche del Memorandum sopra enunciate, è chiaro che la volontà dell'Italia sia quella di demandare agli attori libici il controllo dell'immigrazione clandestina, *in primis* alla guardia costiera libica (di seguito anche GCL). Questa scelta, se da un lato ha comportato un incredibile diminuzione di sbarchi, dall'altro ha provocato due drammatiche conseguenze: l'aumento dei morti in mare e l'ingigantirsi del fenomeno della tratta degli esseri umani. Il primo è dovuto al fatto che, sebbene la GCL sia fortemente supportata dall'Italia, non riesce comunque a coprire efficacemente l'area di pattugliamento marittimo, specialmente dopo l'autoproclamazione di una zona SAR di 94 miglia, successivamente riconosciuta dall'IMO²⁹, non senza polemiche dal momento che la Libia non può essere considerato un *place of safety* (POS)³⁰. Secondo un rapporto congiunto tra Oxfam Italia e Borderline Sicilia, la navigazione del Mar Mediterraneo nel tentativo di raggiungere le coste italiane è divenuta sempre più pericolosa, con un tasso di mortalità che nel 2017 era di 1 vittima ogni 38 arrivi, mentre adesso è di 1 ogni 14³¹.

La guardia costiera non è soltanto un attore negligente; al contrario, nel periodo di tempo considerato, essa ha impedito ai migranti di sbarcare in Italia grazie ad una condotta violenta ed intimidatoria che si conclude nella "cattura" delle imbarcazioni e il conseguente invio nei centri d'accoglienza ufficiali, oppure in veri e propri centri di detenzione³². Soprattutto quest'ultimi, secondo fonti ONU³³, sono gestiti da milizie e gruppi armati direttamente in contatto coi grandi trafficanti di migranti, che quindi traggono estremo vantaggio dalla condotta spregiudicata della GCL. In altre parole, l'appoggio italiano ad un simile attore ha contribuito ad alimentare quel fenomeno che proprio il Memorandum si prefiggeva di eliminare, ovvero la tratta degli esseri umani.

Ma v'è di più. La malcelata volontà italiana di esternalizzare sempre più la problematica migratoria, sottraendosi anche ai suoi obblighi internazionali in materia, è denunciata da un altro elemento: la sostituzione della missione Frontex denominata Triton con la Themis³⁴. Su forte pressione italiana, la nuova operazione, che decorre dal 1°

²⁹ Il 28 giugno 2018 l'IMO ha ufficializzato il riconoscimento della zona SAR libica dopo che quest'ultima ha fornito l'ultimo elemento essenziale, ovvero la indicazione di un MRCC, situato nell'aeroporto di Tripoli.

³⁰ La definizione del POS si trova all'interno delle *Guidelines on the treatment of the persons rescued at sea*, adottate dal *Maritime Safety Council* con la Ris. 167/78 del 20 maggio 2004, il cui par. 6.12 enuncia quanto segue: «a place of safety (as referred to in the Annex to the 1979 SAR Convention, paragraph 1.3.2) is a location where rescue operations are considered to terminate. It is also a place where the survivors' safety of life is no longer threatened and where their basic human needs (such as food, shelter and medical needs) can be met. Further, it is a place from which transportation arrangements can be made for the survivors' next or final destination».

³¹ Il rapporto è provocatoriamente intitolato "*Accordo Italia-Libia: scacco matto ai diritti umani?*", in www.oxfamitalia.org, 1° febbraio 2019. Nel rapporto viene inoltre detto che, nel 2019, su 500 arrivi vi sono stati 143 morti.

³² Secondo lo stesso rapporto, che fa riferimento ai dati dell'UNSMIL, all'incirca 30.000 persone sono state intercettate dalla guardia costiera e ricondotte in Libia nei due anni di vigenza del MoU.

³³ UNHCR, *UNHCR position on returns to Libya*, settembre 2018, pag. 13.

³⁴ Cfr. *Frontex launches new EU border control mission Operation Themis*, in www.dw.com/en; *Themis: la missione di Frontex voluta da Minniti di cui ora dispone Matteo Salvini*, in www.openmigration.org, 13 giugno 2018; v. anche www.interno.gov.it/it/notizie/themis-nuova-operazione-navale-frontex. È bene anche chiarire che l'operazione Themis copre un'area più vasta rispetto a Triton, estendendosi dal Mediterraneo orientale, e quindi Grecia e Turchia, a quello occidentale, fino alla Tunisia e all'Algeria. Questa scelta si deve al fatto che lo scopo della missione non è soltanto la lotta all'immigrazione, ma anche al contrabbando di stupefacenti e al terrorismo.

febbraio 2018, stabilisce che un'imbarcazione di migranti e naufraghi che venga soccorsa, debba essere sbarcata nel porto più vicino (e non in quello più sicuro) al punto in cui è avvenuto il salvataggio, e, cosa più importante, non più automaticamente in Italia. La linea dei pattugliamenti, inoltre, viene ridotta da 30 miglia nautiche a 24 dalle coste italiane, il che sembra essere un riconoscimento implicito nei riguardi della guardia costiera libica, quale attore competente per le operazioni di salvataggio in mare.

Tutto ciò ha dato vita ad una prassi che, da parte italiana, si trova in aperto contrasto con gli obblighi che derivano dal diritto internazionale in materia di salvataggio e soccorso in mare. Alcuni episodi sembrano, a parere di chi scrive, estremamente eloquenti. Il 23 novembre 2017 l'Ong *Sos Méditerranée* avvista 2 gommoni in difficoltà in alto mare e si appresta a soccorrerli³⁵. Da Roma (precisamente dal MRCC), tuttavia, viene dato loro l'ordine di non eseguire alcun salvataggio e di attendere l'arrivo delle motovedette libiche. In sostanza la nave *Aquarius*, benché immediatamente disponibile alle operazioni di soccorso, è stata costretta ad attendere impotente per 4 ore l'arrivo delle imbarcazioni libiche perché dall'Italia arrivavano direttive in tal senso. L'atteggiamento italiano, pertanto, viola la regola 33-1 del Cap. V della Convenzione SOLAS del 1974³⁶.

Ancora più interessante il caso occorso il 6 novembre 2017, allorché la GCL ostacola la nave *Sea Watch-3* che stava predisponendo le operazioni di salvataggio di un gommoni con 130 migranti a bordo, situato a 30 miglia nautiche a nord di Tripoli³⁷. L'intervento libico è costato la vita a 20 persone, mentre le altre sono state ricondotte a bordo delle motovedette con urla, minacce e percosse, e da qui respinti nei centri di detenzione in Libia. In questo caso, tuttavia, 17 sopravvissuti che sono riusciti a raggiungere l'Italia, hanno presentato ricorso alla Corte Edu *ex art. 34 CEDU* con l'aiuto di *Global Legal Action Network* (GLAN), Asgi e ARCI³⁸.

Il coinvolgimento italiano nel caso di specie è più che evidente, poiché l'azione libica è avvenuta su un'imbarcazione fornita dall'Italia ed è stata coordinata dal MRCC di Roma; inoltre era presente *in loco* una motovedetta italiana. Non è un caso, quindi, che nel testo del ricorso si legga che il nostro paese stia attuando dei "respingimenti per procura", cioè dei respingimenti che vengono effettuati dalla parte libica, non vincolata dalla Convenzione di Ginevra del 1951, mediante il pieno supporto della parte italiana.

La responsabilità di quest'ultima nel caso appena enunciato potrebbe essere ben riconosciuta dalla Corte Edu, poiché nella sentenza sul celebre caso *Hirsi* si legge che: «Selon le droit international en matière de protection des réfugiés, le critère décisif à prendre en compte pour établir la responsabilité d'un Etat ne serait pas de savoir si la personne concernée par le refoulement se trouve sur le territoire de l'Etat, mais si elle relève du contrôle effectif et de l'autorité de celui-ci (corsivo nostro)»³⁹. Nel caso poc'anzi citato, l'Italia ha esercitato un controllo continuo de

³⁵ Cfr. A. CAMILLI, *Perché l'accordo tra l'Italia e la Libia è sotto accusa*, in *Internazionale*, 29 novembre 2017.

³⁶ La regola enuncia quanto segue: «The master of a ship at sea which is in a position to be able to provide assistance, on receiving a signal from any source that persons are in distress at sea, is bound to proceed with all speed to their assistance, if possible informing them or the search and rescue service that the ship is doing so [...]».

³⁷ Cfr. *Italia-Libia: pioggia di ricorsi per violazione diritti migranti*, in www.osservatoriodiritti.it, 9 maggio 2018.

³⁸ V., *inter alia*, M. BAUMGARTEL, *High Risk, High Reward: Taking the Question of Italy's Involvement in Libyan 'Pullback' Policies to the European Court of Human Rights*, in *Eur. Jour. Int. Law*, 14 maggio 2018; *Naufragio del 6 novembre: il ricorso dei superstiti contro l'Italia*, in www.openmigration.org, 9 maggio 2018; «Italia complice della Libia che viola diritti». *Ricorso alla Corte europea*, in www.avvenire.it, 8 maggio 2018; *Legal action against Italy over its coordination of Libyan Coast Guard pull-backs resulting in migrant deaths and abuse*, in www.glanlaw.org, 8 maggio 2018.

³⁹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Affaire Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, ricorso n. 27765/09, sentenza del 23 febbraio 2012, par. 69. Nella stessa sentenza, inoltre, la Corte sottolinea che: «Dès l'instant où un Etat, par

facto sull'intera operazione, il che vale a configurare esercizio della giurisdizione ai sensi dell'art. 1 della Convenzione. Vi sarebbero, quindi, gli estremi perché la Corte condanni nuovamente l'Italia per violazione dell'art. 4 Protocollo 4 (divieto di respingimenti collettivi), nonché dell'art. 2 (diritto alla vita) e, *par ricochet*, dell'art. 3 (divieto di tortura) della Convenzione.

Per completare il mosaico della condotta italiana è necessario richiamare all'attenzione su un altro tassello: la criminalizzazione crescente che hanno subito le ONG. Dal 2017, infatti, malgrado i buoni risultati raggiunti negli anni precedenti in termini di vite umane salvate⁴⁰, s'è levato un vento di critica nei confronti delle ONG, accusate talvolta di essere colluse coi trafficanti di migranti in Libia, talaltra di avere dei bilanci un po' opachi e, infine, di essere dei "taxi del mare", come definite da qualche esponente del governo in carica.

Non sono mancate, poi, quelle forze politiche – in primo luogo la Lega - che hanno accentuato per fini propagandistici l'apertura di indagini nei confronti delle ONG⁴¹, sebbene poi dalle stesse non sia emerso nulla di illegale. Le medesime Organizzazioni, inoltre, hanno manifestato una palese insoddisfazione per l'adozione del "Codice di condotta" da parte dell'Italia⁴², soprattutto a causa del punto 7 di tale codice che sancisce il divieto di trasbordo e del punto 10 che richiede la presenza delle Autorità italiane (con armi in dotazione) a bordo. Anche l'ONU non ha espresso un parere molto favorevole⁴³ nei riguardi del citato Codice.

È chiaro che il risultato di un simile modo di operare non può che essere uno: il Mar Mediterraneo va svuotandosi della presenza delle navi delle ONG, il che non va certamente salutato positivamente, se solo si pensa che possono contribuire a rilevare, attraverso testimonianze, violazioni dei diritti umani.

Da quanto precede, *in summa*, emerge nitidamente la "tattica" italiana fondata, da una parte, su un ritiro delle sue responsabilità e, dall'altra, su un'avanzata della GCL, armata, addestrata e supportata proprio dall'Italia, col compito preciso di intercettare le imbarcazioni sia nelle acque territoriali che in quelle internazionali e ricondurle in Libia, in modo tale da bloccare *ab origine* eventuali sbarchi⁴⁴.

4. La situazione dei diritti umani dei migranti in Libia.

Durante il periodo di tempo considerato, vale dire dalla stipula del MoU ad oggi, la Libia non ha mai offerto garanzie di tutela dei diritti umani dei migranti che la attraversano; al contrario, la profonda incertezza politica ed istituzionale, unitamente alla frammentazione del potere in almeno due centri forti, hanno dato vita ad un contesto di

le biais de ses agents opérant hors de son territoire, exerce son contrôle et son autorité sur un individu, et par voie de conséquence sa juridiction, pèse sur lui en vertu de l'article 1 une obligation de reconnaître à celui-ci les droits et libertés définis au titre I de la Convention qui concernent son cas» par. 74.

⁴⁰ Nel periodo antecedente alla firma del MoU, precisamente dal 2014 al 2017, le navi delle ONG hanno tratto in salvo 114.910 persone a fronte delle 611.414 soccorse, secondo i dati forniti dal rapporto annuale del 2017 della Guardia costiera italiana, consultabile su www.guardiacostiera.gov.it

⁴¹ Il riferimento non può che andare verso l'inchiesta della Procura di Catania nei confronti dell'ONG Open Arms iniziata a seguito dello sbarco di 218 migranti, avvenuto a Pozzallo il 17 marzo 2018. L'accusa era di associazione per delinquere finalizzata all'immigrazione clandestina; senonché, il 15 maggio 2019 lo stesso pm che aveva aperto l'indagine, Carmelo Zuccaro, ne ha richiesto l'archiviazione, a causa dell'assenza di prove fattuali concernenti i rapporti tra l'ONG e i trafficanti di migranti.

⁴² E' stato adottato il 18 luglio 2017 ed è reperibile su www.interno.gov.it

⁴³ OHCHR, *Italy-EU search and rescue code could increase Mediterranean deaths, UN expert warns*, 15 agosto 2017.

⁴⁴ Human rights watch, *world report 2019, events in 2018*, Libya, pp. 362-364.

gravi e sistematiche violazioni dei diritti suddetti⁴⁵ che vengono perpetrate non sono nei centri non ufficiali, ma anche in quelli gestiti dal DCIM. Una delle fonti che maggiormente contribuisce a fotografare le reali condizioni dei migranti è sicuramente il rapporto della missione Onu *in loco*, l'UNSMIL⁴⁶ (*United Nations Mission Support In Libya*). In esso sono contenute, innanzitutto, delle accuse rivolte proprio verso la guardia costiera che si rende protagonista di atti di violenza non solo verso quelle persone che vengono “soccorse”, ma anche nei confronti delle Ong che operano all'interno della zona SAR libica⁴⁷.

Per quanto concerne, invece, le condizioni di accogliimento, il rapporto evidenzia come le strutture a ciò adibite siano, nella maggior parte dei casi, degli hangar, dei palazzi in costruzione, delle fattorie, dei magazzini, al cui interno, com'è facilmente immaginabile, non solo mancano le condizioni igieniche elementari, ma sono anche teatro di *gross violations*⁴⁸. L'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani Michelle Bachelet, non a caso, riferendosi in particolare al carcere di Mitiga, ovverosia una base militare, parla di “*endemic torture and other human rights abuses*”⁴⁹.

Nei centri di detenzione, infatti, i migranti, come suggeriscono le interviste condotte dal personale della missione e inserite accuratamente nel report, subiscono torture e atti di violenza, vivono in condizioni deprecabili di sovraffollamento, vengono sottoposti a lavori forzati, possono correre il rischio di essere venduti come schiavi⁵⁰ oppure esposti ad atti di estorsione da parte dei trafficanti, i quali si fanno pagare per garantire al migrante la partenza da un porto libico, salvo poi essere catturati dalla guardia costiera e ricondotti nuovamente in Libia⁵¹.

La situazione non migliora nei c.d. “centri d'accoglienza” ufficiali, cioè quelli istituiti dal DCIM. L'UNISMIL ha avuto modo di identificarne una trentina ed ha purtroppo constatato che anche qui i migranti sono stipati in spazi estremamente ridotti, soggetti a torture, privazione arbitraria della libertà, detenzione arbitraria, condizioni disumane in termini sanitari ed alimentari, mentre per le donne vi è il concreto rischio di subire abusi sessuali, poiché non sono detenute in strutture apposite, bensì insieme agli uomini⁵², contravvenendo, tra l'altro, alle c.d. *Mandela Rules* che esigono che le donne sia sorvegliate da personale femminile al fine di ridurre il rischio di stupro⁵³. Questi centri, peraltro, data l'insufficienza di uomini a disposizione del governo di al-Serraj, vengono sovente affidati

⁴⁵ È proprio quello che lamenta il Segretario Generale delle NU nel suo *Report of the Secretary-General on the United Nations Support Mission in Libya*, doc. S/2018/140, 12 febbraio 2018, p. 7.

⁴⁶ La missione è stata istituita il 16 settembre 2011 dal Consiglio di Sicurezza con Risoluzione n. 2009. Nel corso degli anni il suo mandato è stato modificato ed aggiornato da altre Risoluzioni del medesimo organo, l'ultima delle quali, la n. 2434 del 2018, estende la durata fino a settembre 2019.

⁴⁷ Cfr. UNSMIL, *Desperate and Dangerous: Report on the human rights situation of migrants and refugees in Libya*, 18 dicembre 2018 pagg. 16-18. Uno degli episodi che meglio chiarisce la condotta della guardia costiera libica è quello occorso il 10 maggio 2017. La nave Sea watch-3, mentre era impegnata in attività di soccorso umanitario, è stata attaccata e speronata dagli uomini della suddetta guardia costiera, la quale ha successivamente rivolto il suo agire violento verso l'imbarcazione dei migranti. È interessante notare come la guardia costiera giustifichi un simile comportamento adducendolo quale giustificazione per riportare all'ordine coloro i quali resistono al ritorno in Libia (p. 35).

⁴⁸ *Ibidem*, p. 27.

⁴⁹ OHCHR, *UN report details scale and horror of detention in Libya*, 10 aprile 2018

⁵⁰ V. Cnn, *People for sale*, 14 novembre 2017, disponibile sul sito www.edition.cnn.com/specials/africa/libya-slave-auctions

⁵¹ UNSMIL, *Desperate and Dangerous*, cit, p. 26 e p. 29.

⁵² *Ibidem*, pp. 40-46; v. inoltre *Report of the Secretary-General*, cit., pp. 8-9

⁵³ UNGA, Ris. 70/175 *United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* (the Nelson Mandela Rules), A/RES/70/175, 17 dicembre 2015, Rule 11.

alla gestione delle milizie armate⁵⁴ che, in un certo senso, vengono istituzionalizzate⁵⁵. Ciò ben dimostra, pertanto, la connivenza delle autorità ufficiali coi trafficanti di migranti.

Le medesime condizioni sopraesposte sono state riscontrate anche dall'organizzazione Human Rights Watch⁵⁶, la quale nel luglio 2018 ha visitato i centri d'accoglienza governativi di Tripoli, Misurata e Zuwara, in cui i migranti sono detenuti arbitrariamente, sono sottoposti a torture e sevizie, oltre alle già citate condizioni di sovraffollamento e scarsa igiene.

L'allarmante *escalation* di violenza nel Paese, e le susseguenti conseguenze in termini di violazioni dei diritti umani, è stata attenzionata anche dal Segretario Generale delle Nazioni Unite António Guterres che, nel suo ultimo rapporto sulla Libia⁵⁷, si pone in linea con il report dell'UNSMIL per quanto concerne la drammatica situazione vissuta dai migranti, costretti tra l'altro a scappare dai rispettivi luoghi di detenzione a causa dell'aumentare dei conflitti tra le varie milizie. Ciò ha causato anche l'indebolimento della presenza di quegli attori che, fino a questo momento, avevano prestato aiuto e sostegno ai migranti, tra cui l'OIM, che ne ha aiutato 3.012 fornendo aiuti sanitari e ne ha rimpatriato all'incirca 30.000⁵⁸, ma anche UNICEF e OMS.

Facendo eco a quanto finora esposto, risulta più che evidente che l'atteggiamento libico nel suo insieme si trovi in aperto contrasto con gli obblighi internazionalmente riconosciuti in materia di diritti umani, peraltro quegli stessi vincoli cui la Libia si è volontariamente sottoposta, seppur in un diverso periodo. Non va dimenticato infatti che ha ratificato il Patto ONU sui diritti civili e politici, il cui "nocciolo duro"⁵⁹ è rappresentato proprio da quei diritti che vengono persistentemente violati nei centri di detenzione. Il Patto, altresì, richiede che chiunque sia imprigionato, debba avere accesso ad un tribunale al fine di decidere sulla legittimità della detenzione⁶⁰, la quale, nel momento in cui è sproporzionata, irragionevole, indefinita nel tempo e non soggetta ad una continua

⁵⁴ Il centro di An zara, ad esempio, è sorvegliato e gestito dal "Battaglione 42" di al-Sheikh; quello di Zuwara si trova in mano alla "Forza di protezione di Zuwara". V. Human rights watch, *EU policies contribute to abuse migrants in Libya*, 21 gennaio 2019.

⁵⁵ È quanto emerge dal dialogo in seno al Consiglio dei diritti umani sulla situazione in Libia, 21 marzo 2018, il quale giunge alla conclusione che la Libia non sia oggettivamente in grado di gestire la questione migratoria. Cfr. OHCHR, *Human Rights Council holds interactive dialogue on the human rights situation in Libya*.

⁵⁶ Human rights watch, *EU policies contribute*, cit.

⁵⁷ Cfr. UNGS, *Report of the Secretary-General*, doc. S/2019/19, 7 gennaio 2019. Il Segretario ha altresì focalizzato la sua preoccupata attenzione verso il fenomeno del rapimento e reclutamento di giovani migranti, particolarmente presente a Derna, che vengono inquadrati nei diversi gruppi armati. Viene altresì rimarcato che i migranti detenuti all'interno dei centri ufficiali ammonta a circa 6.4000.

⁵⁸ Il risultato è stato raggiunto nell'ambito del programma *Voluntary Humanitarian Return* (VHR) dell'OIM, il quale prevede un'assistenza di natura consolare e umanitaria, al fine di far ritornare il migrante nel proprio paese d'origine. Cfr. OIM, *UN Migration Agency Helps More Than 30,000 Migrants Return Safely to Over 30 Countries of Origin*, 14 agosto 2018.

⁵⁹ Trattasi dell'impossibilità, proclamata ai sensi dell'art. 4, di derogare a determinati diritti, anche di fronte a situazioni di pericolo pubblico eccezionale. Tali diritti comprendono, tra gli altri, il diritto alla vita (art 6), il divieto di tortura (art 7) e il divieto di schiavitù e lavoro forzato (art 8). È interessante notare, tuttavia, che la Carta africana si caratterizza purtroppo per l'assenza di una clausola che imponga la non derogabilità di alcuni diritti fondamentali, con la conseguenza che gli Stati godono di una certa discrezionalità nel decidere, caso per caso, quando il rispetto dei diritti sanciti nella stessa possa essere sospeso a fronte di una circostanza eccezionale, come la guerra o un pericolo pubblico che minaccia la vita dello Stato.

⁶⁰ L'art. 9, al par. 4, stabilisce che: «Chiunque sia privato della propria libertà per arresto o detenzione ha diritto a ricorrere ad un tribunale, affinché questo possa decidere senza indugio sulla legalità della sua detenzione e, nel caso questa risulti illegale, possa ordinare il suo rilascio».

valutazione, diviene arbitraria⁶¹. Peraltro, nei riguardi del richiedente asilo, la detenzione è ammessa soltanto per un periodo di tempo funzionale al suo riconoscimento e alla sua registrazione⁶².

Pertanto, il mancato rispetto dei diritti umani non è legato alla mancanza di convenzioni internazionali in materia ratificate dalla Libia, semmai è dovuto alla circostanza che tale Paese non è in grado (*unable*) e non vuole (*unwillingness*) offrire determinate garanzie giuridiche e procedurali a causa di istituzioni estremamente fragili e di una debolezza interna che ancora oggi la caratterizza.

5. Osservazioni conclusive

Da quanto emerso, appare evidente che la questione migratoria e della tutela dei diritti umani dei migranti, non sia stata trattata in conformità al diritto internazionale. Una circostanza che non è sfuggita al Procuratore Bensouda della Corte Penale Internazionale, che nel suo 13° rapporto sulla Libia, oltre a qualificare quest'ultima come un “*marketplace*” con riferimento al crescente fenomeno della tratta di esseri umani, ha altresì sottolineato con forza la fattibilità di un'apertura di un'indagine ufficiale per crimini contro i migranti, in particolare per crimini contro l'umanità⁶³. Vi sarebbe, insomma, materiale sufficiente per portare i funzionari del DCIM e della guardia costiera, di cui si lamenta l'uso eccessivo ed illegale della forza, di fronte alla Corte medesima⁶⁴.

A ciò va aggiunto che la recente quanto decisa avanzata del generale Haftar verso Tripoli ha reso ancora più labile il rispetto del diritto internazionale umanitario e dei diritti umani, cui le parti del conflitto devono prestare osservanza, pena la responsabilità penale individuale giustiziabile innanzi alla Corte⁶⁵. Nel suo ultimo rapporto, inoltre, il Procuratore ha chiarito come la delicatezza della questione dei migranti necessita un “*two-pronged approach*” caratterizzato, da una parte, sulla continua analisi dei crimini contro i migranti suscettibili di innescare la giurisdizione della Corte e, dall'altra, sulla cooperazione con Stati e organizzazioni sia nazionali che internazionali⁶⁶.

Malgrado le numerose criticità messe in luce, non sembra che sia ipotizzabile un cambiamento di rotta, dal momento che non solo l'Italia, ma l'UE stessa, è al corrente tanto della situazione in Libia quanto delle condizioni disumane in cui versano i migranti e non sembrano interessati ad una modifica del *modus operandi*. In uno degli ultimi vertici dei Paesi membri⁶⁷, è stato nettamente sottolineato come lo Stato libico sia un paese terzo non

⁶¹ Human Rights Committee, General comment No. 35, CCPR/C/GC/35, par. 12; Human Rights Committee, Communications No. 1324/2004, *Shafiq v. Australia*, par. 7.2.

⁶² Human Rights Committee, General comment No. 35, cit., par. 18.

⁶³ Cfr. *Thirteenth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to the UNSCR 1970 (2011)*, 8 maggio 2017.

⁶⁴ È noto che la Libia non ha ratificato lo Statuto di Roma; tuttavia, ex art 13, lett. b) è possibile che vengano aperte delle indagini contro Stati terzi, in particolare quando a richiederlo è il Consiglio di Sicurezza (c.d. *referral*).

⁶⁵ Cfr. *Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, in relation to the escalation of violence in and around Tripoli, Libya*, 16 aprile 2019.

⁶⁶ Cfr. *Seventeenth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to the UNSCR 1970 (2011)*, 8 maggio 2019.

⁶⁷ V. *Malta Summit: “Is Libya the right disembarking point for migrants?”*, in www.unric.org, 3 gennaio 2019.

sicuro; ancora, il Commissario europeo per le migrazioni Avramopoulos ha apertamente dichiarato di essere conscio delle condizioni aberranti in cui vivono i migranti⁶⁸.

Ma allora, come si può continuare a collaborare, peraltro in una materia così delicata in cui vengono in rilievo interessi preminenti del singolo, come il diritto alla vita, con un Paese che tali interessi non è in grado di tutelare, a causa di oggettive carenze sistemiche che inficiano il sistema d'accoglienza?

Le continue stragi in mare nonché la perdurante situazione di violazioni gravi e sistematiche dei diritti umani in Libia, di cui l'Italia, ma anche l'Ue, sono testimoni silenti, evidenziano drammaticamente il fallimento della linea di pensiero verso la gestione del fenomeno migratorio libico.

ABSTRACT: The migrants' human rights in Libya: two years of application of the 2017 memorandum of understanding between Italy and Libya.

The present essay intends to provide for an explanation about the issue of the migrants' human rights in Libya, in the light of the collaboration between Italy and Libya, which is ultimately based on the Memorandum of Understanding (also known as MoU), signed on 2 February 2017. In this connection, we firstly point out that the MoU only represents the last agreement by which both Italy and Libya have faced the question of combating the illegal migration. In fact, these two States have signed a lot of treaties since 2000, with the precise aim of stemming the migration, trying to stabilise it.

After analysing the MoU's main characteristics, which are the Italian endorsement to the Libyan institutions responsible for the fight against the illegal migration, primarily the Libyan Coast Guard, on one hand, and the creation of refugee centres, run by the Libyan government through the DCIM (Department of Combating illegal migration) on the other, we found out that, from 2017 to 2019, the entire amount of landings into the Italian territory has been sharply reduced from 119,369 arrivals in 2017 to 550 in 2019. Accordingly, the MoU has rightly worked from the Italian point of view.

Notwithstanding, these undeniable results have been achieved by the above-mentioned support to the Libyan Coast Guard, whose task is to take the migrants attempting to flee from Libya back to the refugee centres. The MoU has thus become a part of a broader Italian strategy, aimed to the externalisation of the migratory issue. It follows that the less Italy is involved in resolving such question, the more the Libyan institutions are able to grab migrants in the Mediterranean Sea, and bring them back to Libya.

Accordingly, this kind of strategy gives rise to gross violations of human rights, which are well-known through the reports of some of the most important organisations defending human rights, such as Amnesty International, Human Rights Watch, and thanks to the presence of the UN mission in Libya as well. According to the UNSMIL's reports, the migrants are forced to live in both governmental and non-governmental overcrowded centres, which are sometimes controlled by armed groups and local militia, and in which they undergo flagrant and gross violations of human rights, such as torture, ill-treatment, sexual harassment, prolonged deprivation of their liberty without a fair trial and slave-trade. In this regard, it is to be outlined that Libya is a Contracting Party of the 1966 UN

⁶⁸ Si veda al riguardo *Libyan Conflict Could Worsen Migrant Plight, European Commissioner Warns*, in www.atlanticcouncil.org, 8 aprile 2019.

International Covenant on Civil and Political Rights, whose articles 6,7,8 expressly prohibit all the afore-mentioned acts, and from which no derogation is permitted.

Moreover, we underline that ICC's Prosecutor, having regard to the dreadful situation in Libya, has stated that an official investigation in respect of the Libyan coast guard's members for crimes against humanity could be carried out.

In the light of the above, we certainly took the view that Libya cannot grant any assistance to the migrants, neither humanitarian, nor judicial (and therefore it cannot be viewed as a Place of Safety) and that its institutions are engaging in the migratory issue in such a manner that is not consistent with the international human rights law.

Parte II

La gestione della migrazione nei Paesi del Sud Europa

LA POSSIBILE RIMODULAZIONE DEL RUOLO DEGLI ENTI LOCALI NELLA GESTIONE DEI FLUSSI MIGRATORI

MARCO CALABRÒ*

SOMMARIO: 1. Premessa. Le distorsioni prospettive derivanti dall'adozione di un approccio emergenziale e securitario. – 2. Il sistema dell'accoglienza dei migranti: il divario esistente tra il modello normativo e la sua concreta attuazione. – 2.1. L'intollerabile opacità nella comunicazione dei dati connessi al sistema dell'accoglienza. – 3. L'incerto *status* dell'immigrato regolare: l'assenza di parametri univoci di riferimento ed il rischio di derive indebitamente restrittive a livello locale. – 4. Il multiforme panorama degli strumenti di partecipazione alla vita pubblica locale. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa. Le distorsioni prospettive derivanti dall'adozione di un approccio emergenziale e securitario*

Una delle principali criticità connesse alla gestione dei flussi migratori in Italia è oggi rappresentata dall'inadeguatezza del regime delle competenze, nonché dall'incertezza che caratterizza i ruoli dello Stato, delle Regioni e delle amministrazioni locali; incertezza che è diretta espressione della complessità di un fenomeno che assume nel contempo una dimensione globale ed un notevole impatto locale¹. Ciò si registra sia in merito al tema della accoglienza dei migranti irregolari o in attesa di regolarizzazione, sia in relazione al profilo della integrazione della popolazione immigrata regolare, sebbene – come si cercherà di dimostrare – la questione assuma connotati differenti, se non addirittura divergenti, nei due diversi contesti. Prima di procedere all'analisi dei singoli aspetti, tuttavia, occorre effettuare una premessa, necessaria anche al fine di giustificare alcune affermazioni presenti nei successivi paragrafi del presente contributo.

Preme, in particolare, osservare come l'attuale (improprio) inquadramento del fenomeno migratorio all'interno delle politiche “emergenziali” stia conducendo ad una serie di distorsioni prospettive. In realtà, di emergenziale vi è ormai ben poco: l'entrata di nuovi flussi migratori è un fenomeno ampiamente studiato, monitorato, sia in merito alle sue cause che ai suoi possibili effetti; eppure esso è sostanzialmente considerato, almeno in Italia, alla stregua di una “calamità” non prevedibile e, pertanto, non risulta oggetto delle

* Professore associato di Diritto amministrativo, Università della Campania “L. Vanvitelli”

¹ Per un'ampia disamina delle conseguenze derivanti dalla duplice valenza (globale e locale) del fenomeno migratorio v. N. RIBAS-MATEOS, *The Mediterranean in the Age of Globalization. Migration, Welfare, and Borders*, New York, 2017. Per un quadro dell'incerto regime delle competenze operante in Italia si rinvia a L. PANZERI, *Fenomeno migratorio e ruolo degli enti locali: prime note*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2018, p. 1 ss.; AA.VV., *Immigrazione e integrazione, dalla prospettiva globale alle realtà locali*, F. RIMOLI (a cura di), Napoli, 2014; M. BROCCA, *Il ruolo degli enti locali nella gestione della città interetnica: tra sicurezza e integrazione*, in corso di pubblicazione; F. SCUTO, *Le Regioni e l'accesso ai servizi sociali degli stranieri regolarmente soggiornanti e dei cittadini dell'Unione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2013, p. 56 ss.; L. RONCHETTI, *I diritti di cittadinanza dei migranti. Il ruolo delle regioni*, Milano, 2012; C. CORSI, *Diritti sociali e immigrazione nel contraddittorio tra Stato, Regioni e Corte Costituzionale*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2012, p. 43 ss.

opportune politiche di programmazione di lungo periodo². Certo, permane l'emergenza della tutela dei diritti umani inviolabili di coloro che arrivano sulle nostre coste³; come anche l'emergenza del controllo degli sbarchi (la questione dei c.d. porti chiusi ne è un evidente esempio⁴); ma a ben vedere si tratta di aspetti che rivestono una dimensione più politica che amministrativa. Il carattere emergenziale, insomma, involge il fenomeno non tanto osservato nell'ottica del diritto amministrativo, ovvero in riferimento ai modelli procedurali e relazionali tra amministrazione e persona, bensì su piani differenti concernenti i rapporti tra Governo ed Unione Europea⁵, nonché tra Governo e Paesi dai quali proviene la popolazione migrante

Le principali distorsioni prospettive derivanti da tale assetto sono rappresentate, in primo luogo, dalle evidenti conseguenze scaturenti dalla riduzione dell'intera analisi alla pur relevantissima questione della gestione delle frontiere, laddove, al contrario, l'immigrazione rappresenta uno dei fenomeni più eterogenei che l'amministrazione pubblica italiana è oggi chiamata ad affrontare. In secondo luogo, ed in via consequenziale, si registra il forte rischio di ritenere necessario (ed in via esclusiva) un approccio di tipo securitario, tanto da porre in secondo piano le politiche di integrazione, senza considerare tra l'altro lo stretto legame che sussiste tra l'implementazione di modelli di convivenza integrata e la riduzione della soglia di pericolo, reale e percepita⁶. Il tutto, evidentemente, in chiaro contrasto con l'art. 35 della nostra Costituzione, laddove è espressamente sancita la "libertà di emigrazione", configurata come un diritto attribuito a chiunque intenda migliorare la propria condizione sociale ed economica⁷.

Uno dei principali effetti di tali approcci distorsivi è quello della tendenziale centralizzazione delle funzioni, con contestuale marginalizzazione del ruolo affidato alle amministrazioni locali, nonostante sia evidente come il fenomeno migratorio impatti innanzitutto e maggiormente proprio sulle comunità che per prime si trovano ad accogliere la popolazione straniera. Il "vizio" originario si rinviene già nella incerta individuazione

² Sui profili di criticità connessi all'inquadramento del fenomeno migratorio in termini emergenziali v. A. ALGOSTINO, *L'immigrazione come dato strutturale e non come emergenza*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2019, p. 1 ss.; F. GUELLA, *Eccezionalità dei flussi migratori e sussidiarietà nella c.d. «amministrazione dell'emergenza»*, in J. WOELK, F. GUELLA, G. PELACANI (a cura di), *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'«emergenza» immigrazione. La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale*, Napoli, 2016, p. 187 ss. Più in generale, sui presupposti sottesi alla c.d. amministrazione dell'emergenza, v. G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2015, p. 18 ss.; G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010; AA.VV., *Il Diritto Amministrativo dell'emergenza*, Annuario AIPDA 2005, Milano, 2006.

³ Analizza compiutamente il dibattito sorto in dottrina sui diritti fondamentali dei migranti V. BERLINGÒ, *L'humanitas e la fundamentalità del diritto: il trattamento degli immigrati irregolari*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 529 ss.

⁴ Per un quadro regolativo degli obblighi di soccorso in mare v. F. VASSALLO PALEOLOGO, *Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto sovranazionale e nell'ordinamento interno*, in *Questione Giustizia*, 2/2018, p. 215 ss.

⁵ M. CONSITO, *La tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, Napoli, 2016, p. 158 ss.

⁶ N. CANEFE, *Beyond multiculturalism: interculturalism, diversity and urban governance*, in *Ethnic and Racial Studies*, 2018, 1468 ss.; L. PANZERI, *Fenomeno migratorio e ruolo degli enti locali: prime note*, cit., p. 10.

⁷ Corte Cost., 9 marzo 2007, n. 75 qualifica la libertà di emigrazione come diritto della persona derogabile «solo in presenza di condizioni eccezionali». Per una qualificazione dello *ius migrandi* in termini di diritto naturale v. M. CONSITO, *La tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, cit., 14 ss. Sottolinea l'accezione "economica" della libertà di emigrazione F. MANGANARO, *L'organizzazione dell'accoglienza delle persone migranti*, in G. CANAVESI (a cura di) *Dinamiche del diritto, migrazioni e uguaglianza relazionale*, Macerata, 2019, 97 ss.

della competenza legislativa. L'immigrazione, infatti, è una materia apparentemente inquadrata, a livello costituzionale, in una dimensione esclusivamente nazionale, laddove l'art. 117 Cost. prevede la competenza esclusiva statale in materia di "immigrazione" e di "diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea".

Da tempo, tuttavia, la dottrina più accorta ha segnalato la necessità di effettuare una distinzione tra politiche di immigrazione, legate al momento dell'accesso nel territorio nazionale, e politiche per l'immigrazione, concernenti il diverso e successivo momento della permanenza sul territorio⁸. Come più volte stigmatizzato anche dalla Corte Costituzionale, «in materia di immigrazione, l'intervento pubblico non può limitarsi al controllo dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale, ma deve anche necessariamente considerare altri ambiti - dall'assistenza sociale all'istruzione, dalla salute all'abitazione - che coinvolgono competenze normative, alcune attribuite allo Stato ed altre attribuite alle Regioni»⁹. La stessa giurisprudenza costituzionale ha, inoltre, sottolineato come – passando dal piano legislativo a quello di amministrazione attiva – il ruolo delle regioni debba essere esercitato valorizzando e coinvolgendo attivamente gli enti locali.

2. Il sistema dell'accoglienza dei migranti: il divario esistente tra il modello normativo e la sua concreta attuazione

Il sistema di accoglienza dei migranti operante in Italia è fondato su un duplice livello di intervento. Il primo di questi, configurante la c.d. prima accoglienza, è rappresentato dagli *hotspot* e dai centri di prima accoglienza, luoghi nei quali si svolgono attività di primo soccorso e di identificazione. In presenza dei requisiti, all'interno dei suddetti centri si dà avvio anche alle pratiche amministrative per la domanda di protezione internazionale (asilo, protezione umanitaria, protezione speciale) o, al contrario, si procede al trasferimento presso un Centro di Permanenza e Rimpatrio (CPR)¹⁰.

Per quanto maggiormente rileva in questa sede, il sistema della prima accoglienza è direttamente gestito dal Ministero degli Interni, senza che sia riconosciuto alcun ruolo agli enti locali, il che avrebbe senso se davvero si trattasse di una prima accoglienza temporanea

⁸ F. BIONDI DAL MONTE, *Regioni, immigrazione e diritti fondamentali*, in *Le Regioni*, 2011, p. 1102 ss.; A. RUGGERI, C. SALAZAR, "Ombre e nebbia" nel riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di emigrazione/immigrazione dopo la riforma del Titolo V, in *Quad. reg.*, 2004, p. 27 ss. Sulla illegittimità di disposizioni regionali idonee ad incidere sul profilo dell'accesso nel territorio cfr. Corte cost., 14 maggio 2008, n. 131, ove è sancita l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 4, lettera p), della L.R. Calabria 10 gennaio 2007, n. 4, riguardante il "miglioramento dei flussi immigratori nel territorio calabrese", trattandosi di «competenza che interferisce direttamente con le politiche di immigrazione, inderogabilmente riservate allo Stato».

⁹ Corte Cost., 14 aprile 2006, n.156, in *Foro it.*, 2006, 10, I, p. 2634. Cfr. anche Corte Cost., 25 febbraio 2011, n. 61, in *Giur. cost.* 2011, 1, p. 783.

¹⁰ In ordine ai centri di prima accoglienza, l'art. 10-ter del d.lgs. n. 286/1998 parla di "punti di crisi", ove vengono effettuate operazioni «di soccorso e di prima assistenza», nonché «operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico [...] ed è assicurata l'informazione sulla procedura di protezione internazionale, sul programma di ricollocazione in altri Stati membri dell'Unione europea e sulla possibilità di ricorso al rimpatrio volontario assistito». Per un'ampia disamina della relativa disciplina si rinvia a C. LEONE, *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10-ter del d.lgs. n. 286/98: un'occasione mancata*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2/2017, p. 1 ss.

(in linea teorica, in effetti, l'immigrato entro 48 ore dovrebbe essere indirizzato presso un centro di seconda accoglienza o presso un CPR). Nella realtà, ormai, la permanenza nei centri di prima accoglienza può durare settimane, anche per le difficoltà che spesso si incontrano nell'attività di identificazione¹¹, nonché nella individuazione di una idonea destinazione presso un centro di seconda accoglienza.

Situazione ancora più critica si registra, poi, in merito alla permanenza protratta per mesi presso i CPR, dove gli immigrati irregolari attendono di essere rimpatriati per un periodo di tempo massimo che con il c.d. decreto sicurezza, d.l. n. 113 del 4 ottobre 2018 (conv. con legge 1 dicembre 2018, n. 132) è passato da 90 a 180 giorni¹². Non è possibile in questa sede soffermarsi su tale profilo, ma sia detto per inciso che se è vero che in Italia è stato introdotto il reato di "ingresso illegale nel territorio", è anche vero che tale reato è punito unicamente con una ammenda¹³. Di fatto, invece, l'immigrato irregolare finisce per essere condannato anche ad una "detenzione amministrativa" che poco si discosta da un vero e proprio carcere¹⁴ – senza che sia normativamente definito il presupposto giuridico della privazione della libertà¹⁵ – e che ha fatto registrare negli ultimi anni numerosi episodi di violazione di diritti fondamentali. E ciò non riguarda unicamente i CPR, bensì anche quei centri di prima accoglienza collettiva ove sono "temporaneamente" collocati gli immigrati richiedenti protezione internazionale e, quindi, non destinati (almeno non necessariamente) ad essere espulsi¹⁶. E' nota la pronuncia della Grande Camera della Corte EDU sul caso *Khlaifia e altri c. Italia* (15 dicembre 2016), nella quale la CEDU ha condannato l'Italia per violazione di alcuni diritti fondamentali nella gestione dei centri di prima accoglienza, in ragione dell'assenza di una chiara regolamentazione delle modalità di

¹¹ Sul punto si rinvia alle osservazioni di G.G. NUCERA, *La disciplina del trattenimento dei migranti in Italia e la sua conformità agli obblighi internazionali di tutela dei diritti umani*, in questa Rivista.

¹² L'art. 2 del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113/2018 ha modificato l'art. 14, co. 5 del d.lgs. n. 286/1998, incrementando da 90 a 180 i giorni di permanenza massima presso i CPR. Per un'analisi della disciplina dei procedimenti di espulsione in un'ottica applicativa del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa v. M. INTERLANDI, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, 2018.

¹³ Ai sensi dell'art. 10-bis del d.lgs. n. 286/1998 « Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro». Per un'analisi della disposizione, anche intesa a verificarne la legittimità costituzionale, si rinvia a L. FRIGENI, *La depenalizzazione si arresta di fronte al reato di immigrazione clandestina*, in *www.federalismi.it*, 15/2016, p. 1 ss.

¹⁴ M. CALABRÒ, C. FRETTOLOSO, R. FRANCHINO, A. VIOLANO, *Legal, technological and environmental aspects of refugee camps*, in *Migration and the built environment in the Mediterranean and the middle east*, Ariccia, 2016, p. 311 ss.; C. CELONE, *La "detenzione amministrativa" degli stranieri irregolari nell'ordinamento italiano e dell'Unione europea ed il diritto fondamentale di ogni persona alla libertà ed alla tutela giurisdizionale*, in *Nuove Autonomie*, 2013, p. 299 ss. Cfr. anche Corte cost., 10 aprile 2001, n. 105, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 1121, con nota di R. FINOCCHI GHERSI, *Trattenimento ed espulsione dello straniero clandestino*.

¹⁵ F. MANGANARO, *L'organizzazione dell'accoglienza delle persone migranti*, cit.

¹⁶ Per un'ampia analisi del tema del rispetto dei diritti fondamentali dei migranti all'interno delle diverse tipologie di centri di accoglienza, v. S. MIRATE, *Gestione dei flussi migratori e responsabilità statali: riflessioni problematiche tra normative interne, prassi amministrative e giurisprudenza CEDU*, in *Resp. civ. e previdenza*, 2017, p. 43 ss., la quale condivisibilmente osserva, tra l'altro, come «da problematica dell'effettività della tutela dei diritti dei migranti sul territorio italiano risulti essere una questione non soltanto legata alla persistenza di lacune normative o di inesatto recepimento delle direttive europee in materia, ma anche connessa a concrete difficoltà e criticità che emergono nella prassi amministrativa di gestione concreta del fenomeno migratorio».

trattenimento degli immigrati, nonché della mancanza di adeguate forme di comunicazione circa i loro diritti, le ragioni e la durata della loro detenzione¹⁷.

Su tale aspetto, si segnala, in chiave positiva, l'intervento del c.d. decreto Minniti, d.l. n. 13 del 17 febbraio 2017 (convertito con legge 13 aprile 2017, n. 46), con il quale si sono apportate alcune modifiche, di carattere organizzativo e procedimentale, che sembrano indirizzate ad un mutamento di prospettiva nella gestione degli immigrati irregolari destinati al rimpatrio¹⁸, prospettiva che valorizza la necessità di riconoscere anche nei loro confronti quella dimensione di dignità della persona che non può che prescindere dallo status – regolare o irregolare – della stessa¹⁹.

Nel passare all'analisi del sistema della c.d. seconda accoglienza, si osserva come, fino alla recente riforma ad opera del d.l. n. 113/2018, i migranti richiedenti protezione internazionale – una volta identificati negli hotspot e nei centri di prima accoglienza – venivano accolti nel Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR), ovvero, solo in assenza di posti sufficienti, nei Centri di Accoglienza Straordinaria (CAS).

La differenza tra le due tipologie di seconda accoglienza era ed è sostanziale: il sistema Sprar, seppur finanziato con bandi Ministeriali, si fonda sulla adesione volontaria degli enti locali e coinvolge, pertanto, unicamente quelle istituzioni rappresentative della popolazione locale che consapevolmente scelgono di mettere a disposizione aree e risorse per l'accoglienza di nuovi migranti²⁰. La filosofia di fondo è quella di accogliere lo straniero facilitando la sua integrazione sul territorio, attraverso l'attribuzione temporanea di alloggi tipo abitazioni diffusi sul territorio e quindi meno impattanti dei centri di accoglienza collettiva; nonché attraverso l'offerta di servizi di mediazione linguistica e culturale, orientamento e accompagnamento al lavoro per un periodo di 6 mesi, prorogabile al massimo di altri 6, in modo tale da far sì che – dopo massimo un anno – il migrante abbia tutti gli strumenti per potersi inserire autonomamente nella comunità. L'obiettivo, in altri termini, è quello di «emancipare la persona inserita nel Sistema di accoglienza dallo stato di bisogno e di restituirlo a una condizione di indipendenza e autodeterminazione»²¹.

¹⁷ Cfr. European Court of Human Rights, 15 dicembre 2016, *Khlaifia et al. v. Italia*. Il profilo delle inadeguate condizioni dei campi di accoglienza degli immigrati non riguarda, ovviamente, solo l'Italia ed ha condotto ad ulteriori pronunce della Corte EDU (cfr. European Court of Human Rights, 14 maggio 2017, *Ilias and Ahmed v. Hungary*). A. SACCUCCI, *I "ripensamenti" della Corte europea sul caso Khlaifia: il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di espulsioni collettive "alla prova" delle situazioni di emergenza migratoria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 552 ss.; M. SAVINO, *L'"amministrativizzazione" della libertà personale e del "due process" dei migranti: il caso Khlaifia*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2015, p. 50 ss.

¹⁸ L'art. 19, l.n. 46/2017, dispone che nella individuazione di nuovi CPR debba tenersi conto «della necessità di realizzare strutture di capienza limitata idonee a garantire condizioni di trattenimento che assicurino l'assoluto rispetto della dignità della persona». La medesima norma richiama anche il diritto di visita, nonché i poteri di verifica e di accesso del Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale.

¹⁹ Auspica la predisposizione di un ordinamento specifico della detenzione amministrativa, al fine di garantire una «tutela fondamentale rispettosa e promotrice della dignità tipica di ogni umana persona, ivi compresa quella degli immigrati irregolari destinati ad essere rimpatriati», V. BERLINGÒ, *L'humanitas e la fundamentalità del diritto: il trattamento degli immigrati irregolari* cit., p. 553.

²⁰ F. GUELLA, *Sistema di accoglienza dei richiedenti asilo e disposizioni in materia di iscrizione anagrafica nel c.d. Decreto Sicurezza*, in *Osservatorio costituzionale*, 2019, p. 48 ss.; L. PANZERI, *Fenomeno migratorio e ruolo degli enti locali: prime note*, cit.; P. BONETTI, *Le nuove norme italiane sul diritto di asilo: trattenimento, identificazione e accoglienza dei richiedenti asilo*, in *Studium iuris*, 2016, p. 708 ss.

²¹ S. PENASA, *L'accoglienza dei richiedenti asilo: sistema unico o mondi paralleli?*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2017, p. 11.

I CAS, al contrario, come indica la stessa denominazione, nascono come luoghi nei quali eccezionalmente e temporaneamente destinare i migranti, in attesa di nuovi posti nella rete SPRAR. Pertanto la gestione dei CAS non risponde alla medesima filosofia dei centri SPRAR, non ha come obiettivo primario l'integrazione, bensì la mera "gestione" temporanea dei migranti. Tra l'altro, i CAS configurano principalmente centri di accoglienza collettiva di medie e grandi dimensioni, evidentemente più facilmente destinati a trasformarsi in luoghi/ghetto. A questo deve aggiungersi una sostanziale distinzione, rispetto al sistema SPRAR, anche in punto di competenze: i CAS, infatti, non sono gestiti dagli enti locali, bensì dalle Prefetture, che ne impongono la presenza sul territorio, previo semplice parere della comunità locale di riferimento, il che conduce inevitabilmente ad un inasprimento delle relazioni tra chi accoglie e chi è accolto²².

Il recente decreto sicurezza (d.l. n. 113/2018) non ha modificato formalmente il modello della duplice accoglienza, ma nella sostanza è destinato ad incidere profondamente sullo stesso. Introducendo il Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per minori non accompagnati (SIPROIMI) in sostituzione della rete SPRAR, si è inciso fortemente sul profilo soggettivo dei beneficiari del modello di accoglienza integrata e diffusa. In particolare, al di là di casi eccezionali (ad es. minori non accompagnati) la ex rete SPRAR è oggi destinata unicamente a coloro che sono già riconosciuti titolari di protezione, escludendo invece coloro che sono ancora in attesa di ricevere risposta alla loro istanza. I richiedenti asilo, pertanto, saranno d'ora in poi destinati ai soli CAS, con la paradossale conseguenza che – sebbene una parte di essi sia destinata ad ottenere il permesso di soggiorno – nessuno di loro beneficerà di processi di integrazione, se non all'esito (positivo) della loro istanza²³. La scelta normativa risponde evidentemente all'idea che garantire percorsi di integrazione "in via preventiva" a tutti i richiedenti asilo, prima di conoscere quali di essi abbiano effettivamente diritto a ricevere protezione internazionale, sarebbe contrario ai principi di economicità e ragionevolezza. Tale posizione, tuttavia, non tiene in debito conto i "costi indiretti" derivanti dalla mancata offerta *ab initio* di servizi di integrazione nei confronti di coloro che, all'esito dell'iter procedimentale, otterranno il permesso di soggiorno e – pur trovandosi sul territorio italiano da diversi mesi – non avranno beneficiato sino ad allora di alcuna politica inclusiva, con evidenti conseguenze sui tempi e efficacia della loro integrazione.

In realtà, il sistema della seconda accoglienza, apparentemente razionale e lineare, non ha funzionato come avrebbe potuto ed un intervento di rimodulazione a livello regolativo era necessario. Il corto circuito è derivato dalla scarsa adesione da parte degli enti locali alla rete SPRAR: a fine 2018 il numero di enti locali che avevano attivato un progetto SPRAR era di circa 750, a fronte di quasi 8.000 comuni presenti in Italia. Di fatto, il modello di accoglienza ordinario, ovvero la rete SPRAR, copriva solo il 20% dei migranti, mentre l'80% fruiva di quella che era stata immaginata dal legislatore come un'ipotesi

²² L'art. 11 del d.lgs. n. 142/2015, dopo aver chiarito l'assoluta eccezionalità dell'ospitalità presso strutture diverse da quelle rientranti nel sistema SPRAR, dispone che i CAS sono individuati «dalle prefetture-uffici territoriali del Governo, previo parere dell'ente locale nel cui territorio è situata la struttura, secondo le procedure di affidamento dei contratti pubblici».

²³ F. GUELLA, *Sistema di accoglienza dei richiedenti asilo e disposizioni in materia di iscrizione anagrafica nel c.d. Decreto Sicurezza*, cit., p. 49-50. A ciò si aggiunga che si è contestualmente abolita la c.d. "protezione umanitaria", il che comporta che coloro che sono titolari di tale protezione "residuale" in Italia (ad oggi più di 10.000 persone) sono destinati ad essere espulsi sia dalla rete SPRAR che dai CAS alla scadenza del periodo loro concesso.

eccezionale, ovvero i CAS²⁴. Il fenomeno della mancata adesione da parte dei comuni non può, però, trovare una giustificazione di tipo finanziario in quanto quasi l'intera operazione grava sul bilancio statale²⁵, bensì si spiega evidentemente con il timore degli amministratori locali di inimicarsi i propri elettori aderendo spontaneamente ad un programma destinato a condurre nuovi migranti sul territorio.

Malgrado ciò si sono registrate in questi anni molte esperienze di successo di reti SPRAR, specialmente in comuni economicamente depressi, con forte deficit demografico, che hanno iniziato a rinascere proprio grazie alla presenza di un numero sostenibile di migranti, non ghettizzati, bensì fin da subito integrati nelle dinamiche sociali e civili dell'ente locale²⁶. Il basso numero di adesione spontanea alla rete SPRAR avrebbe dovuto indurre il legislatore ad individuare strumenti in grado di incentivare i comuni a proporre la propria candidatura²⁷ (ovvero, come si chiarirà *infra*, a rendere obbligatoria e non meramente facoltativa l'adesione al sistema) non, invece, come è successo, ad indebolire (se non altro in termini di portata applicativa) un modello di accoglienza che – dove ha avuto modo di realizzarsi appieno – ha dimostrato la sua efficacia.

Tra le conseguenze della recente evoluzione del sistema si segnala, tra l'altro, che quasi l'intero fenomeno della seconda accoglienza – pur non riguardando la difesa dei confini (prima accoglienza), bensì l'inserimento del migrante nel territorio – sarà ormai gestito direttamente dallo Stato, mediante le Prefetture, e non dalle amministrazioni locali. Il tutto, evidentemente, nell'ottica della gestione di un problema di ordine pubblico, che si allontana profondamente dall'idea che l'accoglienza – una volta superato il primo momento della identificazione – debba fin da subito essere accompagnata da un processo di integrazione. Al di fuori di poche eccezioni, l'unica soluzione contemplata è, ad oggi, quella dei centri gestiti dalle Prefetture, imposti dallo Stato all'ente locale, privi di radicamento sul territorio: insomma un tema di sicurezza pubblica, apparentemente inquadrato come straordinario e temporaneo, cosa che evidentemente non è.

Tale contesto, tra l'altro, fa venire meno il patto di fiducia tra Ministero e territori, il che conduce spesso all'insorgere della c.d. sindrome NIMBY, ovvero allo sterile braccio di ferro tra Stato e comuni sul se e dove collocare i centri, le cui conseguenze sono evidentemente pagate solo dalla popolazione immigrata. Emblematica, al riguardo, la recente approvazione di un regolamento di Giunta del Comune di Calolziocorte, con il quale sono state perimetrare alcune “zone rosse” sul territorio comunale dove sarebbe vietata l'accoglienza di migranti, sia essa gestita in centri collettivi che in forma diffusa presso alloggi²⁸. Tali zone sono collocate presso le scuole, la stazione ferroviaria e le

²⁴ L'Atlante SPRAR 2017, presentato a novembre 2018, fotografava un sistema di accoglienza per i migranti che contava complessivamente 165.773 posti, dei quali 129.904 sono nei Cas e 35.881 nei centri appartenenti alla rete SPRAR. Per un quadro aggiornato si rinvia a www.sprar.it.

²⁵ Tramite il Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo, istituito dalla legge n.189/2002, ed il Fondo Asilo, Migrazione e Integrazione.

²⁶ Cfr. <https://www.sprar.it/buone-prassi>.

²⁷ Operazione, questa, invero posta in essere in qualche misura tramite il d.m. 10 agosto 2016 (*Modalità di accesso da parte degli enti locali ai finanziamenti del Fondo nazionale per le politiche ed i servizi dell'asilo per la predisposizione dei servizi di accoglienza per i richiedenti e i beneficiari di protezione internazionale e per i titolari del permesso umanitario, nonché approvazione delle linee guida per il funzionamento del Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR)*). Per un analitico commento delle misure incentivanti ivi introdotte si rinvia a S. PENASA, *L'accoglienza dei richiedenti asilo: sistema unico o mondi paralleli?*, cit., p. 14-23.

²⁸ “Regolamento comunale sulle strutture di accoglimento per migranti”, dell'8 aprile 2019. In ordine a tale documento sono state presentate alla Camera due interrogazioni parlamentari.

biblioteche: l'equazione “migrante uguale pericolo per la sicurezza” appare evidente, e ciò a prescindere da una distinzione circa la tipologia di migrante e di modello di accoglienza!

2.1. L'intollerabile opacità nella comunicazione dei dati connessi al sistema dell'accoglienza

Un elemento che è possibile evidenziare, ad integrazione del quadro delineato *supra*, è l'assenza assoluta di trasparenza nella comunicazione pubblica dei dati relativi alla gestione del sistema della accoglienza dei migranti. Negli ultimi anni in Italia i principi di trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa hanno conosciuto uno sviluppo notevole, sotto molteplici aspetti²⁹. La stessa definizione giuridica di trasparenza, oggi presente nell'art. 1 del d.lgs. n. 33/2013, laddove dispone che «La trasparenza è intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche» attribuisce evidentemente alla massima accessibilità ai documenti amministrativi, nonché visibilità dei tempi, dei modi e dei soggetti responsabili dell'agire pubblico, un ruolo nodale in chiave sia di lotta ai fenomeni corruttivi³⁰, sia di legittimazione democratica. Tale evoluzione trova oggi attuazione in diversi contesti, quali l'introduzione dei diritti di accesso civico e generalizzato accanto al modello tradizionale di accesso documentale ex artt. 22 ss., l. n. 241/1990; la valorizzazione della figura del responsabile per la trasparenza all'interno di ciascuna p.a.; l'incremento delle tipologie di documentazione che le amministrazioni sono spontaneamente obbligate a pubblicare sul proprio sito istituzionale.

Ebbene, nonostante il quadro regolativo affidi oggi alla trasparenza un ruolo chiave³¹ nelle dinamiche relazionali tra cittadino e pubblica amministrazione, si

²⁹ M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 117 ss.; D. U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del D.lgs. n. 33/2013*, in www.federalismi.it, 2016; A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 749 ss.; E. CARLONI, *La trasparenza “totale” delle amministrazioni pubbliche: caratteri, finalità, potenzialità*, in *Rass. Astrid*, 2011, p. 1 ss.

³⁰ N. GULLO, *La prevenzione della corruzione nel sistema amministrativo: impulsi del diritto europeo e tendenze evolutive della legislazione italiana*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, p. 939 ss.; V. FANTI, *La pubblicità e la trasparenza amministrativa in funzione del contrasto alla corruzione: una breve riflessione in attesa del legislatore delegato*, in *Giustamm.it*, 2016; N. RANGONE, *Quale trasparenza per rendere il cittadino consapevole?*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, 2016, p. 195 ss. Anche la giurisprudenza ha in più occasioni sottolineato lo stretto legame esistente tra gli istituti espressione del principio di trasparenza e la lotta alla corruzione: cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 14 febbraio 2018, n. 1735, in *Foro Amministrativo*, 2018, 278; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5901, in *Foro Amministrativo*, 2017, p. 2486. Sul tema si sta da tempo interrogando anche la dottrina straniera: per tutti v. I BRUSCA, F. MANES ROSSI, N. AVERSANO, *Accountability and Transparency to Fight against Corruption: An International Comparative Analysis*, in *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, 2018, p. 486 ss.; T.M. HARRISON, D.S. SAYOGO, D. S., *Transparency, participation, and accountability practices in open government: A comparative study*, in *Government Information Quarterly*, 2014, p. 513 ss.; C. LINDSTEDT, D. NAURIN, *Transparency Is Not Enough: Making Transparency Effective in Reducing Corruption*, in *International Political Science Review*, 2010, p. 301 ss.

³¹ Sotto alcuni punti di vista potrebbe anche definirsi “eccessivo”, laddove non si ponga la dovuta attenzione anche alla qualità, oltre che alla quantità delle informazioni fornite al cittadino. Sul punto sia consentito rinviare a M. CALABRÒ, *La prevenzione della cattiva amministrazione attraverso l'esercizio dei diritti di accesso e*

registra un grave deficit da parte del Governo nella comunicazione dei dati concernenti la gestione dei centri di accoglienza della popolazione immigrata. Nella pagina web del Ministero dell'Interno espressamente dedicata ai Centri di accoglienza, infatti, non è pubblicato il numero esatto né la collocazione dei Centri di prima accoglienza su base regionale³². Lo stesso vale per i Centri di Permanenza e Rimpatrio: la disposizione che li ha istituiti ne prevedeva uno per ogni regione, ma anche su tale aspetto mancano dati ufficiali certi³³. Per quanto possa apparire paradossale – nonostante il dibattito politico nazionale sia in buon parte incentrato ormai da mesi sulla gestione del fenomeno migratorio – la pagina web del Ministero dell'Interno dedicata ai Centri per l'immigrazione non solo contiene pochissime informazioni (alcune delle quali palesemente errate³⁴), ma, elemento ancor più grave, è aggiornata a luglio 2015! Gli unici dati aggiornati in tempo reale sono quelli sul numero di espulsioni effettuate e sul numero di permessi di soggiorno per asilo rilasciati (in netto calo rispetto agli anni passati), chiaro indice della politica di comunicazione dell'attuale Governo.

3. *L'incerto status dell'immigrato regolare: l'assenza di parametri univoci di riferimento ed il rischio di derive indebitamente restrittive a livello locale*

Il t.u. immigrazione individua le amministrazioni comunali quali soggetti istituzionali ai quali è affidato il compito di rimuovere gli ostacoli alla piena soddisfazione dei diritti fondamentali degli immigrati regolari, nonché di occuparsi nello specifico di istruzione, alloggio, assistenza sociale e, non ultimo in termini di rilevanza, integrazione³⁵. Le amministrazioni locali sono quindi chiamate a porsi in un'ottica inclusiva, da un lato, attraverso la realizzazione di politiche pubbliche idonee a rendere l'immigrato regolare consapevole dei propri diritti sociali e a fornirgli gli strumenti per poterne usufruire, dall'altro lato, mediante interventi in grado di agevolare l'inserimento dello straniero all'interno della nuova comunità di appartenenza.

In realtà, l'assenza dell'approvazione dei livelli essenziali delle prestazioni sociali in sede statale, ovvero la mancanza di parametri di riferimento uniformi, ha consentito in

partecipazione: il caso dei procedimenti in materia di ambiente, in S. TUCCILLO (a cura di), *Semplificare e liberalizzare. Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015*, Napoli, 2016, p. 123 ss.

³² L'ultimo rilevamento ufficiale risale al 23 gennaio 2017, data di pubblicazione del report della Commissione parlamentare d'inchiesta sul sistema di accoglienza della Camera dei Deputati (<https://immigrazione.it/docs/2017/dati-statistici-23-gennaio-2017.pdf>), dal quale emerge come in Italia fossero (all'epoca) presenti 15 Centri di prima accoglienza regionali: 4 in Sicilia, 3 in Puglia, 3 in Veneto, 2 in Friuli Venezia Giulia, 1 in Calabria, 1 Emilia Romagna e 1 nel Lazio.

³³ Ad oggi, secondo quanto riportato dalla Relazione 2019 del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute e private della libertà personale (www.garantenazionaleprivatiliberta.it) ve ne sarebbero 5 (Torino, Roma, Bari, Brindisi, Potenza).

³⁴ Nella pagina, ad esempio, sono riportate anche tipologie di Centri che in realtà non sono più contemplati dalla nostra legislazione, quali ad esempio i Centri di identificazione ed espulsione, ormai da tempo sostituiti dai Centri di Permanenza e Rimpatrio.

³⁵ Cfr. art. 3, co. 5 del d.lgs. n. 286/1998. Sono, poi, presenti nel medesimo testo unico in materia di immigrazione altre disposizioni che disciplinano specifici ambiti nei quali è riconosciuto un ruolo attivo alle amministrazioni locali, quali, ad esempio, l'istruzione (art. 38, co.6) e l'accesso all'abitazione (art. 40, co.6).

passato ad alcune amministrazioni locali di intervenire in senso restrittivo nei confronti della popolazione immigrata, quasi sempre in nome di presunte ragioni di sicurezza pubblica. In uno con il rafforzamento dell'ottica securitaria e a seguito dell'ampliamento dei poteri di ordinanza riconosciuti ai sindaci, si sono registrate numerose ordinanze sindacali con le quali si sono inaspriti i criteri di accesso ai registri della popolazione residente, rispetto a quanto previsto dalla normativa nazionale, introducendo, ad esempio, (per i soli stranieri) l'obbligo di dimostrare la disponibilità di un reddito superiore ad una certa soglia, o – con una formula dotata di evidente vaghezza – di dimostrare l'assenza di elementi di pericolosità sociale³⁶.

L'effetto di tali interventi è evidente: basta ricordare come il solo possesso della residenza consenta l'esercizio di alcuni diritti, quali l'iscrizione scolastica, la sottoscrizione di un contratto di lavoro, l'ottenimento della patente di guida, la decorrenza dei termini sia per il rilascio del permesso per soggiornanti di lungo periodo che per l'ottenimento della cittadinanza italiana. Solo nel 2008 sono state emanate oltre 800 ordinanze restrittive nei confronti della popolazione immigrata, la maggior parte delle quali è stata poi annullata dal giudice amministrativo in quanto contrarie ai principi di proporzionalità e divieto di discriminazione³⁷. Il tutto, tra l'altro, in palese violazione dell'art. 2 comma 3 del Protocollo addizionale n. 4 alla CEDU, ai sensi del quale l'esercizio del diritto di circolare liberamente e di fissare liberamente la propria residenza non può «essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono previste dalla legge». Il fenomeno ha, fortunatamente, visto una drastica riduzione a seguito della sentenza della Corte Costituzionale 4 aprile 2011 n. 115, con la quale si è sancita l'illegittimità delle disposizioni del c.d. Pacchetto sicurezza (d.l. n. 92/2008) laddove consentivano al carattere permanente degli effetti delle ordinanze di incidere indebitamente su materie inerenti i diritti e le libertà fondamentali³⁸.

Di recente, tuttavia, è intervenuto sul punto il decreto Salvini con una disposizione che rischia di avere effetti dirompenti, laddove dispone che il rilascio del permesso temporaneo per i richiedenti asilo “non costituisce titolo per l'iscrizione all'anagrafe”. Ciò potrebbe voler significare che per un periodo di tempo che può andare dai 6 mesi ad oltre un anno l'immigrato, in attesa di conoscere se la sua istanza di asilo sarà accolta, si troverà in una sorta di limbo: non è formalmente irregolare (in quanto titolare di un permesso di soggiorno temporaneo), ma – non potendo iscriversi all'anagrafe – non potrà ottenere la residenza presso il comune in cui dimora e, di conseguenza, sarà in parte escluso

³⁶ F. SCUTO, *Le Regioni e l'accesso ai servizi sociali degli stranieri regolarmente soggiornanti e dei cittadini dell'Unione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2013, p. 56 ss.; G. TROPEA, *La sicurezza urbana, le ronde, e il disagio (sociale) della Corte*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 55 ss.; N. ZORZELLA, *I nuovi poteri dei sindaci nel pacchetto sicurezza e la loro ricaduta sugli stranieri*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3-4/2008, p. 57 ss.

³⁷ E. GARGIULO, *Le politiche di residenza in Italia: inclusione ed esclusione nelle nuove cittadinanze locali*, in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNA (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna 2013, p. 135 ss.

³⁸ «Va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 54 comma 4 t.u.e.l., come sostituito dall'art. 6 d.l. n. 92 del 2008 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), conv., con modificazioni, dall'art. 1 comma 1 l. n. 125 del 2008, nella parte in cui comprende la locuzione “anche” prima delle parole “contingibili e urgenti”, così consentendo che il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotti provvedimenti a “contenuto normativo ed efficacia a tempo indeterminato”, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minaccino la sicurezza urbana, anche fuori dai casi di contingibilità e urgenza.» (Corte Cost., 7 aprile 2011, n. 115, in *Foro it.*, 2011, p. 1280).

dall'accesso ad alcuni diritti essenziali per la conduzione di una vita dignitosa³⁹. Sulla corretta applicazione di tale disposizione⁴⁰ si è già formata un'interessante casistica giurisprudenziale, ai sensi della quale la norma non sarebbe affatto intesa a vietare *tout court* l'iscrizione all'anagrafe per i titolari di permesso temporaneo, bensì più limitatamente a precisare che il solo permesso non è sufficiente, dovendosi ad esso affiancare la dimostrazione degli altri requisiti richiesti dalla normativa (permanenza in un certo luogo e dell'intenzione di abitarvi stabilmente, secondo quanto disposto dal D.P.R. n. 223/89, Regolamento anagrafico della popolazione residente)⁴¹. Per quanto condivisibile negli effetti, tale orientamento giurisprudenziale appare alquanto forzato, nella misura in cui priva la disposizione di qualsiasi portata a carattere innovativo; esso è, inoltre, espressione di una tendenza pericolosa – in quanto incrementa il già elevato grado di incertezza che connota la materia – laddove si affida impropriamente alle aule di tribunale il compito di interpretare “forzatamente” la legge al fine di ricondurla nell'alveo dei principi costituzionali.

Tra l'altro, anche al di fuori dell'alveo dell'ordine pubblico, in passato si sono registrate politiche locali di tipo restrittivo motivate sulla base di esigenze economiche o di identità culturale. In diverse occasioni amministrazioni locali sono intervenute rendendo più difficile (se non, in alcuni casi, impossibile) per la popolazione straniera il poter beneficiare di prestazioni sociali quali agevolazioni finanziarie alle famiglie o l'accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica⁴²; il tutto sulla base di ragioni connesse alla sostenibilità finanziaria della misura di *welfare* o di un (in gran parte dei casi non giustificato) legame tra cittadinanza italiana ed accesso al beneficio⁴³.

³⁹ La previsione di cui al nuovo art. 5, co.3, del d.lgs. n. 142/15 secondo cui «L'accesso ai servizi previsti dal presente decreto e a quelli comunque erogati sul territorio ai sensi delle norme vigenti è assicurato nel luogo di domicilio», infatti, non comporta la possibilità di fruire di tutti i benefici di cui godono i residenti (primo fra tutti la decorrenza del periodo di residenza, ai fini del conseguimento del permesso di soggiorno di lungo periodo).

⁴⁰ M. COLLEVECCHIO, *Comuni ed immigrazione: prime riflessioni e criticità applicative del "Decreto sicurezza" per gli enti locali*, in www.federalismi.it, 2019; F. GUELLA, *Sistema di accoglienza dei richiedenti asilo e disposizioni in materia di iscrizione anagrafica nel c.d. Decreto Sicurezza*, cit., p. 60-62.

⁴¹ Tribunale di Bologna, sez. speciale immigrazione, ord. 2 maggio 2019; Tribunale di Firenze, Sez. IV civile, ord. 18 marzo 2019; Tribunale di Genova, ord. 22 maggio 2019.

⁴² Medesimi indirizzi restrittivi si sono registrati (ed ancora si registrano) in sede di legislazione nazionale e regionale. Sul punto cfr. Corte Cost., 20 luglio 2018, n. 166, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 11, co. 13, del d. l. 25 giugno 2008 n. 112 nella parte in cui aveva introdotto, per l'accesso degli stranieri a un fondo per il sostegno alla locazione delle famiglie indigenti, il requisito di 10 anni di residenza nello Stato o 5 anni nella Regione. Sul piano della legislazione regionale sono recenti le leggi regionali Liguria n. 13/2017 e Veneto n. 6/2017 sulle quali si è pronunciata la Corte Costituzionale (rispettivamente n. 106/2018 e n. 107/2018) con dichiarazione di incostituzionalità nella parte in cui, la prima, subordinava la partecipazione al bando per alloggi di edilizia residenziale pubblica alla dimostrazione del requisito della residenza per dieci nel territorio nazionale, e la seconda indicava come fattore preferenziale per l'iscrizione all'asilo nido comunale la residenza nella regione per almeno quindici anni.

⁴³ Tristemente famoso è il caso del c.d. “Bonus bebe”: a fine 2008 il Comune di Brescia adottava una delibera che prevedeva l'elargizione di un contributo di 1000€ per ogni nato o adottato nel 2008 in presenza di: a) reddito familiare al di sotto di una certa soglia; b) residenza nel comune da almeno 2 anni; c) almeno uno dei genitori aventi la cittadinanza italiana. Veniva quindi presentata azione civile contro atti di discriminazione da parte di una coppia di stranieri ai sensi dell'art. 44 del t.u. immigrazione, a seguito della quale l'amministrazione veniva condannata ad estendere anche ai non italiani il beneficio, in quanto la discriminazione non trovava giustificazione nelle finalità della disposizione. A fronte della decisione giudiziale, tuttavia, il Comune decideva di revocare la propria delibera in quanto l'estensione del beneficio agli stranieri

Al di là della loro intrinseca discriminatorietà⁴⁴, tali interventi hanno anche l'effetto di inasprire i rapporti tra immigrati e popolazione autoctona, facendo ricadere sugli stranieri la "colpa" del mancato ottenimento di un beneficio. Al fine di arginare pericolose derive in sede locale è, pertanto, necessario che quanto prima siano individuati a livello statale standard minimi di diritti sociali con specifico riferimento alla figura dell'immigrato regolare. E' forte, infatti, il rischio che nuove forme di razzismo possano essere alimentate dalla visione dello straniero come "usurpatore" di prestazioni sociali. Di recente, tra l'altro, sta prendendo piede una pericolosa tendenza a giustificare interventi di tipo restrittivo in ragione di una migliore e più adeguata integrazione dell'immigrato all'interno della società: si teorizza, in altri termini, una integrazione a basso conflitto, secondo la quale limitare i diritti degli immigrati favorirebbe la loro accettazione da parte della popolazione autoctona, che si sentirebbe rassicurata dalla permanenza di cittadini di serie A e di serie B. Il paradosso è che in tal modo la limitazione dei diritti viene fatta passare come uno strumento di integrazione per il bene dell'immigrato!

4. *Il multiforme panorama degli strumenti di partecipazione alla vita pubblica locale*

Politiche pubbliche di integrazione che ambiscono a conseguire risultati efficaci, tra l'altro, devono andare ben oltre il riconoscimento dei diritti sociali alla popolazione immigrata regolare. La complessa e quanto mai attuale questione delle modalità di acquisto della cittadinanza non può essere, evidentemente, affrontata in questa sede, ma è fuor di dubbio che il tema dei diritti ai quali può accedere lo straniero regolarmente residente nel territorio italiano intercetta il dibattito sulla nozione stessa di cittadinanza, la distinzione tra cittadinanza in senso formale e cittadinanza in senso sostanziale, tra cittadinanza come appartenenza formale ad uno Stato e cittadinanza come partecipazione alla vita di una comunità⁴⁵. Ed è altrettanto chiaro che l'evoluzione di tali concetti non può che trovare il proprio "stimolo propulsivo" principalmente a livello locale.

La tendenza delle nostre città verso modelli fortemente multiculturali è un fatto incontestabile e solleva la questione del grado di partecipazione democratica da riconoscere al non cittadino. Sul tema occorre richiamare la Convenzione di Strasburgo sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale⁴⁶: per la prima volta in un

sarebbe stata in contrasto con la finalità di incentivare la natalità italiana, nonché per ragioni di sostenibilità economica. Propugna l'implementazione di una nuova nozione di "comunità di diritti e doveri" che prescindano dal vincolo della cittadinanza M. IMMORDINO, *Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti fondamentali degli immigrati*, in www.federalismi.it, 2014.

⁴⁴ M. CALABRÒ, *Livelli essenziali delle prestazioni sociali e politiche pubbliche per l'integrazione*, in www.giustamm.it, 2015, p. 1 ss.

⁴⁵ T. WOTHERSPOON, *Migration, Boundaries and Differentiated Citizenship: Contested Frameworks for Inclusion and Exclusion*, in *Social inclusion*, 2018, p. 153 ss.; F. DINELLI, *Le appartenenze territoriali. Contributo allo studio della cittadinanza, della residenza e della cittadinanza europea*, Napoli, 2011; F. ASTONE, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAIITA (a cura di), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Soveria Mannelli, 2009; M. BELL, *Civic Citizenship and Migrant Integration*, in *Eur. Public Law*, 2007, p. 311 ss.; S. BENHABIB, *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge 2004.

⁴⁶ Ratificata dall'Italia nel 1997 e reperibile all'indirizzo <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/conventions/treaty/144>. A tale primo documento hanno fatto seguito ulteriori atti di rilievo internazionale volti a stigmatizzare la rilevanza dell'introduzione di strumenti di democrazia partecipativa in chiave di lotta ai

documento sovranazionale è stato chiaramente affermato che gli stranieri che risiedono sul territorio nazionale rappresentano una caratteristica permanente delle società europee e che pertanto essi hanno il diritto di godere di tutti gli strumenti per potersi integrare pienamente nella comunità. In realtà, il Testo unico in materia di immigrazione è alquanto vago sul punto, e l'unico elemento certo che può dedursi è che il contesto in cui è possibile immaginare il riconoscimento dei diritti di partecipazione democratica dei non cittadini è unicamente quello locale⁴⁷. Si tratta, in effetti, della logica estensione di (alcuni) diritti politici all'immigrato sulla base del suo legame con il territorio di riferimento.

In Italia, il dibattito sulla possibilità di concedere diritti di partecipazione alla vita pubblica agli stranieri si è concentrato soprattutto sul diritto di voto⁴⁸. Non sono mancate in passato iniziative, sia a livello regionale che comunale, tese a riconoscere il diritto di voto alle elezioni locali agli stranieri legalmente residenti. Tali iniziative, tuttavia, non hanno sortito esiti positivi, soprattutto a causa della mancanza di una normativa statale che consentisse alle amministrazioni locali di intervenire in tale direzione⁴⁹. Ciò nonostante, sembra comunque possibile configurare una dimensione “civica” anche in capo gli immigrati regolari. Nel d.lgs. n. 267/2000 sono, infatti, inserite alcune disposizioni che promuovono forme di partecipazione degli stranieri alla vita pubblica locale, attraverso la costituzione di organismi consultivi (dedicati alle problematiche degli immigrati e composti da immigrati)⁵⁰. Le espressioni più significative sono rappresentate dai consiglieri comunali aggiunti, dai consigli provinciali per gli stranieri, e dalle consulte per l'integrazione.

Queste ultime, in particolare, rappresentano – almeno in linea teorica – un efficace modello di effettivo coinvolgimento dello straniero nella vita pubblica locale. Ad oggi si registrano circa 60 consulte per l'immigrazione, in maggioranza a livello comunale; organi cui sono assegnate essenzialmente funzioni consultive e propositive, con la duplice finalità di fornire alla popolazione immigrata uno strumento di partecipazione istituzionale e, nel contempo, di dare un contributo cognitivo essenziale al lavoro della pubblica amministrazione ogni qualvolta essa intervenga con azioni volte ad assistere i processi di integrazione e dialogo interculturale.

Sul piano dell'assetto organizzativo, in gran parte delle ipotesi è prevista la co-presenza di italiani e stranieri all'interno della consulta: l'eterogeneità della composizione

fenomeni di segregazione della popolazione immigrata (cfr. *Agenda europea per l'integrazione dei cittadini di paesi terzi*, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex:52011DC0455>).

⁴⁷ Cfr. art. 2, co. 4, del d.lgs. 286/1998 dove, piuttosto apoditticamente, si dispone che « Lo straniero regolarmente soggiornante partecipa alla vita pubblica locale», nonché art. 9, co. 12, lett. d) del medesimo testo unico in materia di immigrazione, ove si afferma che il titolare di un permesso di soggiorno di lungo periodo può «partecipare alla vita pubblica locale, con le forme e nei limiti previsti dalla vigente normativa».

⁴⁸ E. LAGANÀ, *La questione aperta dei diritti politici degli “stranieri” (con particolare riguardo al diritto di voto a livello locale)*, in C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), Napoli, 2016, p. 415 ss.; P. COLASANTE, *L'attribuzione del diritto di voto ai non cittadini: prospettive di riforma e fonte competente*, in *Rivista Aic*, 2016; M. MEZZANOTTE, *Il diritto di voto degli immigrati a livello locale, ovvero la necessità di introdurre una espansive citizenship*, in www.formucostituzionale.it, 2012.

⁴⁹ Cfr. Corte Cost., 2 dicembre 2004, n.372 in *Dir. e giust.*, 2004, p. 22 e Corte Cost., 6 dicembre 2004, n. 379, in *Foro amm. CDS*, 2004, p. 3398, che hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni contenute in statuti regionali; nonché Cons. St., Sez. I, 16 marzo 2005, n. 9771 e Cons. Stato, Sez. I, 6 luglio 2005, n. 11074, in *Foro amm. CDS*, 2005, p. 2344, che hanno annullato alcune previsioni di statuti comunali.

⁵⁰ Per un'analisi generale sul punto si rinvia a M. CARTA, *La partecipazione alla vita pubblica dello straniero nella prospettiva del diritto internazionale*, in www.federalismi.it, 5/2014, p. 1 ss.; V. PRUDENTE, *In tema di partecipazione degli stranieri all'amministrazione locale*, in *Nuove autonomie*, 1/2013, p. 149 ss.

evita l'effetto enclave, stimola il dialogo "tra pari" e consente lo scambio di idee tra individui che – seppur portatori di identità culturali differenti – fanno parte della medesima comunità. Di contro, tuttavia, la maggior parte delle consulte non riceve alcuna legittimazione "dal basso": i loro membri non sono eletti dalla popolazione immigrata, bensì designati da associazioni di stranieri precedentemente inserite in un registro locale, se non addirittura identificati direttamente dalle istituzioni pubbliche locali. Tale sistema di cooptazione comporta, tra l'altro, che unicamente i delegati delle comunità di immigrati più rappresentative sono chiamati a partecipare a questi organismi, con il conseguente rischio di esacerbare i conflitti tra i diversi gruppi etnici presenti sul territorio.

Dal punto di vista funzionale, invece, le consulte sono chiamate non solo a intervenire su stimolo delle istituzioni locali, bensì anche ad agire in chiave proattiva, al fine di indurre comuni e regioni ad attuare nuove e più efficaci iniziative sociali e culturali destinate ad avere un impatto sulle politiche di integrazione. Dall'esame dei lavori di alcune consulte emerge, tuttavia, che nella maggior parte dei casi i documenti prodotti contengono semplici opinioni o generiche rimostranze, prive di un sufficiente grado di concretezza tale da essere in grado di veicolare le attività delle istituzioni locali. Ciò che appare del tutto inaccettabile, poi, è il fatto che - con l'eccezione di rari casi - non sia previsto uno specifico onere motivazionale in capo all'ente locale che non intenda conformare la propria decisione al parere ricevuto dalla consulta, o non intenda prendere in considerazione una proposta presentata dalla medesima⁵¹.

5. Conclusioni

Il superamento di una (per lo più) ingiustificata logica emergenziale ed il riconoscimento di un ruolo proattivo alle amministrazioni locali – in una prospettiva di autonomia responsabile – sembrano rappresentare due passaggi essenziali per una gestione del fenomeno migratorio che abbia una visione di lungo periodo e che prescindano da scelte di governo dettate spesso da ragioni di interesse politico-elettorale o dalla difficile gestione degli equilibri all'interno dell'Unione europea.

Non si intende, in tal modo, certo negare come la complessità del fenomeno imponga un modello di *governance* multilivello, che si riverbera sull'allocatione delle funzioni⁵². La forte spinta centripeta che si registra in relazione al sistema dell'accoglienza, se risponde senza dubbio a evidenti esigenze di coordinamento, rischia di escludere dal processo decisionale gli enti rappresentativi delle popolazioni locali, pur essendo evidentemente questi ultimi a subire con maggior forza l'impatto del fenomeno. Tale esclusione non solo appare chiaramente in contrasto con il principio di sussidiarietà verticale di cui all'art. 118 Cost., ma collide anche con la buona regola che richiede contiguità tra politiche di accoglienza e politiche di integrazione⁵³.

⁵¹ Per una più ampia disamina della disciplina delle Consulte per l'immigrazione e delle loro attuali criticità applicative sia consentito rinviare a M. CALABRÒ, *Legal immigration and local resilience in Italy: the case of the integration councils*, in *Italian Journal of Public Law*, 1/2019, p. 86 ss.

⁵² M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012.

⁵³ Il Manuale operativo per l'attivazione e la gestione di servizi di accoglienza integrata in favore di richiedenti e titolari di protezione internazionale e umanitaria, pubblicato dal Ministero dell'Interno e da ultimo

Il t.u. in materia di immigrazione non riconosce affatto ai comuni un ruolo di meri esecutori di politiche nazionali, bensì di soggetti ai quali sono affidate importanti funzioni proprie. In tale ottica, almeno in parte, sembra porsi anche il d.lgs. n. 142/2015 (*Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale*), laddove sottolinea la necessità che il sistema di accoglienza sia fondato sulla leale collaborazione tra i diversi livelli di governo (art. 8), sin dal momento della programmazione, e prevede a tal fine tavoli di coordinamento sia a livello nazionale che regionale (artt. 9, 12 e 16)⁵⁴.

Eppure, come si è visto, – a dispetto del quadro regolativo di riferimento – oggi ci si trova di fronte ad un modello di gestione dell'accoglienza della popolazione immigrata che vede l'eccezione trasformarsi in regola, che vede il Ministero e le Prefetture protagonisti e titolari di competenze che il disegno costituzionale affiderebbe in via ordinaria agli enti territoriali e locali⁵⁵. Come osservato *supra*, sul punto occorrerà non solo introdurre nuovi incentivi per le amministrazioni locali, ma più in generale ripensare l'approccio volontaristico sul quale si fonda il sistema ex-SPRAR che – per quanto pienamente condivisibile in linea teorica – appare poco coerente con l'idea di un modello ordinario di accoglienza.

Sul versante delle politiche pubbliche di integrazione, poi, l'esame delle diverse iniziative messe in atto da alcune autorità locali, rivela come la figura dell'immigrato regolare abbia in Italia ancora una connotazione “fragile”. In questo contesto si registra un fenomeno in qualche misura opposto a quello descritto in relazione al momento dell'accoglienza: nella definizione dello status giuridico dell'immigrato regolarmente soggiornante emerge una sorta di “assenza” dello Stato. Alla già segnalata lacuna rappresentata dalla mancata individuazione a livello nazionale dei livelli essenziali delle prestazioni sociali (con specifico riferimento alla figura del migrante regolare), si affianca l'assenza di disposizioni statali che rendano obbligatoria l'introduzione a livello locale di adeguati strumenti di partecipazione alla vita pubblica della comunità, così da superare l'attuale panorama fortemente discontinuo, basato su spontanee iniziative di amministratori locali “illuminati”. Occorrerebbero misure volte a implementare la razionalità e l'efficienza di organismi quali le consulte per l'immigrazione, che, in una prospettiva di democrazia partecipativa, si rivelano essenziali non solo in termini strumento idoneo a consentire alla pubblica amministrazione l'acquisizione diretta delle reali esigenze di cui sono portatrici le

aggiornato nell'agosto del 2018, qualifica espressamente il sistema dell'accoglienza integrata (ex-SPRAR) quale parte integrante del *welfare* locale: «Lo SPRAR non è altro rispetto al *welfare*, né tanto meno ne ricopre un ruolo di supplenza, anche quando gli interventi previsti in favore di richiedenti e titolari di protezione internazionale vengono attivati ex novo. In tali casi lo SPRAR deve poter essere considerato come valore aggiunto sul territorio, capace di apportare cambiamenti e rafforzare la rete dei servizi, di cui possa avvalersi tutta la comunità dei cittadini, autoctoni o migranti che siano» (<https://www.sprar.it/wp-content/uploads/2018/08/SPRAR-Manuale-Operativo-2018-08.pdf>, 8).

⁵⁴ D. VITIELLO, *Verso un sistema di protezione internazionale più sostenibile e garantista? Analisi delle principali novità introdotte dalla legge 17 ottobre 2014, n. 146*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2015, p. 1 ss.

⁵⁵ Sottolinea la profonda distanza esistente, in questo ambito, tra il quadro giuridico di riferimento (*law in the books*) e l'attuazione dinamica del medesimo (*law in action*) S. PENASA, *L'accoglienza dei richiedenti asilo: sistema unico o mondi paralleli?*, cit., p. 3.

diverse comunità che risiedono nel territorio, ma anche quale formale riconoscimento di una dignità giuridica e dimensione civica al soggetto immigrato⁵⁶.

ABSTRACT: *The possible remodulation of the role of local authorities in the management of migration flows*

This paper aims at examining the critical issues arising from the uncertain - and often inconsistent - division of competences between the State, Regions and local authorities in the management of migration flows in Italy. From this point of view, the several aspects of reception, access to social services and participation in local public life by the immigrants (regular and not regular), are analyzed. The author underlines how the majority of the examined critical issues could be overcome abandoning the current emergency approach and, at the same time, rationalizing and enhancing the role of the local authorities, through the assignation of proactive, and not merely executive, tasks.

⁵⁶ M. JESSE, *The civic citizens of Europe : the legal potential for immigrant integration in the EU, Belgium, Germany and the United Kingdom*, Leida, 2017; G. ARENA, *Immigrazione e cittadinanze*, in R. ACCIAI, F. GIGLIONI (a cura di), *Poteri pubblici e laicità delle istituzioni*, Roma, 2008, p. 113 ss.; E. OLIVITO, *Primi spunti di riflessione su multiculturalismo e identità culturali nella prospettiva della vulnerabilità*, in *Politica del diritto* 1/2007, p. 98 ss.

TOO LITTLE TOO LATE: ASSESSING THE EU'S LEGAL FRAMEWORK ON THE PROTECTION OF UNACCOMPANIED MINORS IN EMERGENCY SITUATIONS

KATARZYNA GROMEK-BROC*

CONTENT: 1. Introduction. – 2. Identifying the areas of concern. – 2.1. The children's journey. – 2.2. Reception Centres, protective custodies and children's well-being. – 3. The Multi-layered protection system. – 4. The ECtHR's interpretation of "the best interests" principle in the area of immigration. – 5. The EU legal framework: the CEAS system and the CJEU decisions concerning migrant. – 5.1. CEAS and the "best interests" principle. – 5.2. The Court of Justice of the European Union (CJEU) and the "best interests" principle. – 6. Strengthening the EU Shield: The strategies and the soft law. – 7. Conclusion.

1. *Introduction*

The topic of children in migration has attracted considerable attention from policy makers, scholars and children's rights defenders but the steps taken to ensure meaningful protection have been haphazard. As a result, notwithstanding gradual improvement in the legal framework at the EU and national levels, children are still subjected to situations which are inappropriate for their age and psychological development. Minors are often alone and unsupervised, falling victims to extreme exploitation and abuse.

As a vulnerable group, they require a child-friendly approach and specific attention that they are often denied. Risks are accentuated during rescue operations, mass arrivals, crises, border checkpoints, camps and unexpected events which can easily get out of control.

The current alarming data raise two issues of concern: the first one refers to rescue and arrivals; the second concerns their future in reception centres and beyond. The 2019 UNICEF Report highlights that «all children on the move are vulnerable to abuse and other grave forms of violence during and after their journeys. [...] It is estimated that more than one child dies every day along the perilous Central Mediterranean route from North Africa to Italy. Of the almost 100,000 refugees and migrants travelling via this route in the past year, around 15 percent were children»¹. In 2015, 3771 people died trying to reach Europe's shores; and there were 4655 deaths or disappearances between January and November 2016»². The European Agenda on Migration pleaded for «a clear, consistent and harmonised system for the reception of asylum seekers' that should be operational in times of crisis»³.

* Associate Professor of European Union Law, University of Pavia.

¹ Refugee and migrant children in Europe, 2019 at <https://www.unicef.org/eca/emergencies/refugee-and-migrant-children-europe> accessed 7 July 2019.

² IOM Mediterranean update report. Migration Flows Europe: Arrivals and Fatalities, 2019 at https://migration.iom.int/docs/MMP/Mediterranean_Update_170106_02.pdf accessed 3 July 2019.

³ European Agenda on Migration COM (2015) 240 final.

This article argues that the legal framework that should protect the most vulnerable is very porous and ill-suited to protect children in migration. Section 2: Identifying the areas of concern, offers an illustration of the scale of problem providing evidence of many situations where the system has failed to respond to the children's needs. Section 3: discussed the multi-layered legal framework. Section 4: the ECtHR unconvincing interpretation of the principle of "best interests of a child" in the immigration context. Section 5: considers the lacunas of a CEAS system and the CJEU decisions interpreting its legislation. Section 6: looks at some examples of soft law as an ultimate tool to curb the lacunas.

This paper argues that the current EU approach to emergencies of children in migration is too narrow and there is no sufficient link between emergency and non-emergency situations, general lack of coordination between different actors involved and the significant disparity between law and its implementation causing the gaps in protection. Lastly, there is no clear prospect for durable solutions.

2. Identifying the areas of concern

2.1. The children's journey

Mediterranean crossing appears to be the deadliest route for children. Data demonstrates that between 2014 and 2018, 678 children died taking this route⁴. Needless to say that in search and rescue in the sea operations children become an absolute priority. One of four principles governing humanitarian action makes it clear that the best interest of the child should be a guiding principle in organisation of the rescue actions, their planning and design. Further monitoring and programming must be appropriate for the children's needs. If a decision regarding an individual child must be made, it needs to respect procedural safeguards specific for children⁵. Nonetheless, these ambitious principles are often difficult to apply in practice since the combination of different unpredictable events might deter the effectiveness of a rescue operation.

In Italy, the rescue interventions in the sea have been undermined by the current political climate and Minister Salvini's policy of *porti chiusi*. The Sea Watch 3 has been stuck in the Mediterranean in June 2019 with on the board 53 migrants and four unaccompanied minors⁶. Almost on a daily basis, the rescue vessels remain days at the shore of Italy without the permission to disembark. The first concern is for the vulnerable groups and, health and safety of the children. *Médecins Sans Frontières* denounce the considerable risks for health of vulnerable groups suffering from exhaustion, often the lack of food and water and poor hygiene conditions on the vessels. In one of the earlier reports MSF testified that the unaccompanied minors were a predominant group requiring a medical support mainly unaccompanied male minors (43.6%). Children are more likely to suffer from symptoms of

⁴ UN: On average, one migrant child has died per day since 2014, 29 June 2019 at <https://www.dw.com/en/un-on-average-one-migrant-child-has-died-per-day-since-2014/a-49408394>.

⁵ Minimum Standards for Child Protection in Humanitarian Action, Child Protection Working Group (CPWG) (2012), 15, at <https://spherestandards.org/wp-content/uploads/CPMS-EN.pdf>.

⁶ More than 40 migrants left in limbo on rescue boat off Italy, 20 June 2019 at <https://www.thelocal.it/20190620/more-than-40-migrants-left-in-limbo-on-rescue-boat-off-italy> accessed 14 July 2019.

mild and moderate hypothermia and accidental trauma caused by chemical burns due to benzene and other wounds not mentioning of underlying psychological trauma or gastrointestinal problems⁷. Many of them were saved while drifting in the inflatable rafts⁸.

Other suffered psychological trauma due to «witnessing people drowning, along with previous repeated exposure to violent events such as sexual violence, kidnapping and human trafficking»⁹.

Save the Children defines an emergency as «a situation where lives, physical and mental wellbeing, or development opportunities for children are threatened as a result of armed conflict, disaster or the breakdown of social or legal order, and where local capacity to cope is exceeded or inadequate»¹⁰.

The definition puts an emphasis on long term effects of a trauma experienced during the migration journey such as psychological consequences and ability to build a normal life. Therefore, the traumatising situation having a long-lasting effect on children also occurs in other circumstances such as at the borders and checking points, during the registration or finger printing, at the custody or migrants camps created, or in the zones of the arrivals¹¹.

2.2. Reception Centres, protective custodies and children's well-being

Nonetheless, the most distressing situations occur in the custodies and the reception camps where the temporal conditions become permanent. There is no clarity on time schedule when the decision regarding children will be taken and where they would be able to start their normal lives. Not surprising that the issue of children administrative detention or regarding conditions similar to detention has been widely debated and attracted an abundant case law. The situation is very complex and consists of a multiple failure at many levels. First, the legal framework is weak and its implementation does not conform to the standards required. Secondly, the policies lack cohesion and planning focuses on a short term objectives, often not based on the policy indicators. Thirdly, there is no appropriate management and coordination, involving the actors at all levels International, EU and national.

Many children escape from the centres. The UNICEF-led REACH Initiative reports that many Eritrean unaccompanied and separated children in Rome escaped the reception centres and living today in precarious conditions outside the system exposed to abuse and exploitation. They lost faith in the system being waiting for the decisions implementing the relocation mechanism¹², and for the appointment of the legal guardian, that never came¹³.

⁷ Médecins Sans Frontières in F. ESCOBIO, M. ETIENNOUL, S. SPINDOLA, *Rescue Medical Activities in the Mediterranean Migrant crisis*, in *Conflict and Health*, 2017, p. 1 ss., at <https://conflictandhealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/s13031-017-0105-1> accessed 2 July 2019.

⁸ F. ESCOBIO, M. ETIENNOUL, S. SPINDOLA, *Rescue Medical Activities in the Mediterranean Migrant crisis*, cit.

⁹ F. ESCOBIO, M. ETIENNOUL, S. SPINDOLA, *Rescue Medical Activities in the Mediterranean Migrant crisis*, cit.

¹⁰ Child Protection in Emergencies, Save the Children, 2019 at https://resourcecentre.savethechildren.net/keyword/child_protection_emergencies?sort=is_publication_year&retain-filters=1, accessed 5 July 2019.

¹¹ H. CRAWLEY ET AL. *Refugees, migrants, neither, both: categorical fetishism and the politics of bounding in Europe's "migration crisis"*, in *Journal of Ethics and Migration Studies*, 2018, p. 48 s.; J. BHABHA, *Not a sack of potatoes: Moving and removing children across borders*, in *Pub. Int. LJ*, 2005, p. 197 ss.

¹² European Commission, Twelfth EU Relocation and Resettlement Report, May 2017; Eurostat, Asylum applicants considered to be unaccompanied minors by citizenship, age and sex, May 2017.

¹³ UN Children's Fund, REACH Initiative, Italy: Assessing the Experiences of Unaccompanied and Separated Eritrean Children outside of the Reception System in Rome, 2017 at <https://www.reach-initiative.org/what>

In Greece, migrant children are dispersed around Thessaloniki living in 12 neighbourhoods¹⁴. However, living outside the reception centres in the alternative accommodation facilities could be beneficial to children as long as they are safe, have a guardian, are able to access information and are supervised. Children in migration are often lacking access to correct information. A survey in 2018 revealed that «over 60 percent of unaccompanied foreign minors [...] living in Italy have not been informed of the possibility of living with a foster family»¹⁵.

Further, certain incontestable merits of the CEAS system are not implemented properly and not monitored further. For example, the same survey unveils that only three in 10 minors were familiar with their appointed guardians¹⁶. And, «only 64 percent felt supported [by the appointed guardians] in their legal practices, health and school issues»¹⁷. In addition, unaccompanied and separated children are often detained, their safety is not guaranteed; they do not receive adequate protection, assistance or guidance for their future lives, their schooling is not monitored.

The question arises: Who is to blame? There is no a single answer that could be satisfactory. The EU response to the immigration crisis has been weak, leaving the southern European Member States, Italy and Greece alone to deal with immigration emergencies. Almost all EU countries adopted a very hostile attitude to migrants with some exceptions (example, Germany, using the sovereignty clause accepted a number of migrants on a voluntary basis) and did not act according to the solidarity principle rejecting many viable plans on relocation.

Even worse, the EU did not support Greece on other fronts. The massive influx of immigrants to Greece coincided with the economic downfall partially due to the EU austerity measures¹⁸. Neither, Greece or Italy were prepared for such a massive influx and struggled to control the situation. The reception centres in Italy and in Greece have been overcrowded exceeding these countries' capacity¹⁹. The 2019 UNICEF data on Italy shows that «10,787 unaccompanied foreign minors are currently residing in Italy»²⁰. The number is down from the 18,000 at the end of 2017. One of the explanation of this drastic drop was

we-do/news/italy-assessing-the-experiences-of-unaccompanied-and-separated-eritrean-children-outside-of-the-reception-system-in-rome/ accessed 20 July 2019.

¹⁴ UN Children's Fund, REACH Initiative, Refugee and Migrant Child Population outside Accommodation sites in Thessaloniki, Greece, 2017 at https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/REACH_GRC_FactsheetThess_final.pdf accessed 20 July 2019.

¹⁵ ANSA, *Italy: 60 percent of unaccompanied minors unaware they could live with family*, 2 Feb. 2018 at <https://www.infomigrants.net/en/post/7339/italy-60-percent-of-unaccompanied-minors-unaware-they-could-live-with-family> accessed 20 July 2019.

¹⁶ ANSA, *Italy: 60 percent of unaccompanied minors unaware they could live with family*, cit.

¹⁷ ANSA, *Italy: 60 percent of unaccompanied minors unaware they could live with family*, cit.

¹⁸ A, BUCHANAN, T. KALLINIKAKI, *Meeting the Needs of Unaccompanied children in Greece*, in *International Social Work*, 2018, p. 2 s.

¹⁹ V. DIGIDIKI, J. BHABHA, *Emergency within an emergency: Exploitation of migrant children in Greece*, at <https://fxb.harvard.edu/2017/04/17/new-report-emergency-within-an-emergency-exploitation-of-migrant-children-in-greece/> accessed 15 July 2019.

²⁰ ANSA, *10,787 unaccompanied foreign minors in Italy, Unicef says*, 2019 at <https://www.infomigrants.net/en/post/15367/10-787-unaccompanied-foreign-minors-in-italy-unicef-says> accessed 15 July 2019.

that 5,229 became untraceable and thus an easy target for those who take advantage of their position of vulnerability²¹.

Jacqueline Bhabha and Vasileia Digidiki in their report on the situation in the migrants camp in Athens underline a number of failures in the protection of children. First, they noticed that the reception centres are «unsafe and unfit» to accommodate children, being «created haphazardly in old army camps, car parks, derelict warehouses and factories, or other unused locations outside main cities»²². In addition, there have been very long delays in the asylum and relocation process and slow response from the EU Member States to relocate registered children. By the end of 2016, only 2,413 (11%) migrant children from Greece were relocated whereas the 160,000 relocation slots promised²³. Children often play unsupervised and can be easily approached by the traffickers and dragged into criminal activities. In their report, Digidiki & Bhabha blame «an inadequate institutional response» to the children's needs²⁴, coordination failures as well as the general lack of observance of basic human rights and insurance of children safety. In Spring 2019, the European Committee of Social Rights of the Council of Europe called on Greece to address the lacunas in the protection of minor migrants²⁵. There is no a miracle solution to such a compound problem but many elements of this difficult puzzle could be enhanced through a more effective planning, clearer legal framework, better implementation, efficient coordination and more resources.

These considerations should be at the top of political agenda instead the migrant children have been victims of a political deadlock created by a lack of the EU political commitment, leaving Italy and Greece alone to face the problem²⁶.

In 2016, the year of Hotspots, 25,846 unaccompanied foreign minors arrived in Italy, more than twice as much as the year before²⁷. The hotspot approach did not really benefit children. It certainly helped in the identification and registration of migrants improving administration of immigration policies but neglected any aspect of human rights and failed to prioritise children in migration²⁸. In the first hotspots in 2016 in Italy, unaccompanied and separated minors were left isolated for months in Taranto and in Pozzallo²⁹. The centre for foreign unaccompanied minors in Reggio Calabria did not respect the most basic

²¹ ANSA, *10,787 unaccompanied foreign minors in Italy*, Unicef says, cit.

²² V. DIGIDIKI, J. BHABHA, *Emergency within an Emergency: The Growing Epidemic of Sexual Exploitation and Abuse of Migrant Children in Greece*, p. 13 s.

²³ UNICEF, *Refugee and migrant children in Greece*, 2016. Available at: <http://data.unhcr.org/mediterranean/regional.php>; accessed 20 July 2019 European Commission, *European Solidarity: A refugee relocation system*. Available at: http://www.iomnederland.nl/images/MTRI/2_eu_solidarity_a_refugee_relocation_system_en.pdf, V.

DIGIDIKI, J. BHABHA, *Emergency within an Emergency*, cit., p. 15.

²⁴ V. DIGIDIKI, J. BHABHA, *Emergency within an Emergency*, cit.

²⁵ ANSA, *Strasbourg calls on Greece for measures for minor migrants*, May 2019 at <https://www.infomigrants.net/en/post/17245/strasbourg-calls-on-greece-for-measures-for-minor-migrants>.

²⁶ <https://reliefweb.int/report/world/migrants-and-their-vulnerability-human-trafficking-modern-slavery-and-forced-labour>, accessed 20 July 2018.

²⁷ G. ZANDONINI, *The long wait of young unaccompanied migrants in Italy*, 2017, at <https://openmigration.org/en/analyses/the-long-wait-of-young-unaccompanied-migrants-in-italy/> accessed 20 July 2019.

²⁸ I. MAJCHER, *The EU Hotspot Approach: Blurred Lines between Restriction on and Deprivation of Liberty* (Part I) <https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2018/04/eu-hotspot>, accessed 16 July 2019.

²⁹ G. ZANDONINI, *The long wait of young unaccompanied migrants in Italy*, cit.

hygiene rules, the workers dealing with children were not trained and their accommodation was isolated from the rest of the camp making them vulnerable for the trafficker's promise. Although the children's conditions have improved since, the most recent UNICEF's report on Italy underlines uneven efforts and a lack of homogeneity across the country as far as the reception conditions are concerned. The report stresses the need for more alternative accommodation and more facilitated access to schools and training programmes³⁰.

3. *The multi-layered protection system*

The ongoing problems that migrant children have been experiencing for some years now demonstrate a number of evident flaws in the system that should otherwise protect them. The legal framework regarding children in migration is very complex. In fact, it could be compared to a multi-layered inversed pyramid that in many circumstances did provide the right solutions to children on the move. Nonetheless, the European immigration crisis has tested its limits. At the top of this inversed pyramid, we have international law, with some specific branches such as migration law, asylum law or humanitarian law. In this setting the UN Convention on the Rights of a Child is fundamental in improving child visibility across the World and «the best interests of the child's principle [inserted in Article 3(1)], is increasingly viewed as an independent source of international protection»³¹. Further down this pyramid, we find regional law, represented in Europe by the EU and the Council of Europe. Finally, at the lowest level of this pyramid, there is national law deeply entrenched in the International obligations and subjected to the EU supremacy.

In theory, the system seems to be comprehensive looking at the various aspects of a child well-being, such as protection from any harm, mental and physical development, access to education and access to public health and looking after the child's integration in the society. In practice, however, the multi-layered pyramid results in many legal instruments with different enforcement mechanisms tangled together. There is also a growing bulk of soft law, guidance, benchmarking, data collections proving to be more and more effective in pleading the child's cause.

As a consequence of the interplay between different sources of law, the legal framework that aims to protect children in migration is fragmented and presents many loopholes often evidenced by case law. The judiciary at the International and Regional level does not always speak the same language and sends the same message that is understandable given that the problem of unaccompanied or separated minors has received attention in international law quite late. For years, migrant children were subjected to the same legal regime as the adult asylum seekers. The 1989 UN Convention on the Rights of the Child was a first instrument recognising that unaccompanied children should be

³⁰ 10787 *Unaccompanied foreign minors in Italy* UNICEF says, cit.

³¹ See Committee on the Rights of the Child, General Comment No 14: *On the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (Article 3, para 1), 29 May 2013; and Joint General Comment No 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child *on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration*, 16 November 2017. See, J. M. POBJOY, *The Best Interests of the Child Principle as an Independent Source of International Protection*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2015, p. 327 ss.

distinguished from accompanied children (Article 22(1)) and deserve legal protection on their own³². Even if the CRC did not consider children in migration, it is highly relevant to children in all circumstances, migration included³³.

However, the most important principle inserted in Article 3(1) of the CRC requiring a consideration of “the best interests of a child” appeared to be the most enigmatic as to its content and manifestly problematic for the Courts. Langrognet on one hand recognises the «interpretative uncertainties that the provision’s general wording may create», but on the other, he rightly notices that the principle in the “best interests of the child” is a “dynamic concept” as well as a flexible one, making it possible to apply the best interest principle to all the rights protected by the CRC³⁴.

4. *The ECtHR’s interpretation of “the best interests” principle in the area of immigration*

In the European context, the ECtHR was the main judicial body to decide the human rights issues of the migrant minors in interpretation of the ECHR. However, the CJEU increasingly takes a stand mainly regarding the interpretation of the CEAS secondary legislation and its application to children.

The early ECtHR cases on migrant children did not consider the best interests of a child as an absolute and unquestionable value. For example, in *Nsona*, a nine year old girl was separated from her adult carer and sent back to Zaire. The decision shows no reliance on Article 3(1) of the CRC and a consideration for the “best interests of a child” principle³⁵. The Court in its reasoning seemed to privilege the importance of immigration laws and policies over a child well-being. The only dissenting judge, De Meyer wrote «the treatment of the Netherlands authorities to remove a 9-year-old girl, without taking sufficient care in examining her rather uncertain personal and family circumstances and handing over all responsibility for her welfare as soon as she had left Netherlands territory to others, is difficult to consider human»³⁶.

In *Rabimi*, the Court did refer to the best interests’ principle but did not attribute to its meaning the due respect. An unaccompanied minor was detained in Greece together with adults. The ECtHR based its decision on the combination of Articles 8, 3 & 13 of ECHR. The principle of best interests of a child was «intertwined closely with the right to one’s family and private life, safeguarded by Article 8 of the ECHR [...] which is a provision applicable to children as well as adults»³⁷. The ECtHR adopted a very prudent approach trading off between immigration policies and individual rights. Similarly, in *Mahmundi and others v Greece*, the ECtHR found a breach of Articles 3, 5 and 13 ECHR

³² I. BANTEKAS, *Unaccompanied Children and their Protection under International Refugee Law*, in S. J. SATVINDER (a cura di), *The Ashgate Research Companion to Migration Law, Theory and Policy*, Abingdon, 2013, p. 347 ss.; U. KILKELLY, *The Best of Both Worlds for Children’s Rights? Interpreting the European Convention on Human Rights in the Light of the UN Convention on the Rights of the Child*, in *Hum. Rights Quart.*, 2001, p. 308 ss.

³³ F. LANGROGNET, *The Best Interests of the Child in French Deportation Case Law*, in *Hum. Rights Law Rev.*, 2018, p. 567 ss.

³⁴ F. LANGROGNET, *The Best Interests of the Child in French Deportation Case Law*, cit.

³⁵ *Nsona v. The Netherlands*, Appl. no. 23366/94, ECtHR (Plenary), Decision of 6 July 1994.

³⁶ *Nsona v. The Netherlands*, Appl. no. 23366/94, ECtHR (Plenary), Decision of 6 July 1994 dissenting opinion at <https://www.refworld.org/cases,ECHR,3ae6b6f910.html>.

³⁷ F. LANGROGNET, *The Best Interests of the Child in French Deportation Case Law*, cit.

where children and families were rescued and detained in Lesvos in the squalid conditions³⁸. The Court also observed that children were left without supervision exposed to exploitation.

The ECtHR continued its apprehensive position in *Abdullabi Elmi & Aweys Abubakar v Malta*, concerning minors' detention with adults in Malta³⁹. The judgment of the ECtHR is disappointing. The Court found that it was a breach of Article 5 and the detention was unlawful due to the lengthy delays but the Court did not firmly state that children should not be detained while awaiting for the age determination procedure, either declared that the age determination procedure was not with conformity with the principle of the best interest of a child⁴⁰.

In fact, the ECtHR was seized many times to consider the conformity of a child detention or the conditions similar to detention with Articles 3, 5 and 8 of the ECHR. There is a certain progression in the line of the Court's argumentation leaning towards a more favourable interpretation of a "best interests" principle. In its abundant case law, the ECtHR developed a number of guiding principles that should be followed and observed in the future decisions. The judgments bring some important precisions, indirectly filling with a content Article 3(1) CRC in the context of immigration. At the top of this list should be one of the most important statements the ECtHR has ever had in this context, decided in *Popov v. France* that «child's extreme vulnerability takes precedence over other interests»⁴¹. The case involves a six-month-old baby and his three years old sibling detained with parents for two weeks. The ECtHR adopted a differentiated approach depending if the detention concerned adults or children and held that the detention of children was a violation of Article 5(1)⁴². The same decision also specified that «legal void must not exist in domestic law; domestic courts must consider both lawfulness and necessity of detention»⁴³. The *Rahimi* decision specified «the specific circumstances of the individual case must be considered». Also in *Rahimi* and more recently in *A.B. and Others v. France*, the Court held that detention must be an exceptional measure and a measure of last resort⁴⁴. In *Yob-Ekale Mwanje v. Belgium*⁴⁵, the Court indicated that alternatives to detention must be considered before deciding to put children in detention, and this measure must clearly be used only as a last resort⁴⁶.

³⁸ *Mahmundi and others v. Greece*, Appl. no. 14902/10, ECtHR, Decision of 24 October 2012.

³⁹ *Abdullabi Elmi and Aweys Abubakar v. Malta*, Appl. nos. 25794/13 and 28151/13, ECtHR, 22 February 2017, Decision of 9 January 2018.

⁴⁰ C. ROONEY, *Age: What's in a Number? Detention of Minors Pending Age Determination and the Case of Abdullabi Elmi & Ors V Malta*, 2017, Available at: <https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2017/01/age-what's-0> (22 accessed 22 July 2019).

⁴¹ *Popov v. France*, Appl. nos. 39472/07 and 39474/07, ECtHR at [https://hudoc.echr.coe.int/FRE#{"itemid":\["001-108710"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/FRE#{).

⁴² *Popov v. France*, cit.

⁴³ *Immigration Detention of Children: Coming to a Close?*, Prague 25-26 September 2017, p. 15, at <https://rm.coe.int/immigration-detention-of-children-coming-to-a-close-prague-25-26-septe/16807b8841>; C. NUGENT, *Whose children are these-towards ensuring the best interests and empowerment of unaccompanied alien children*, *Pub. Int. L.J.*, 2006, p. 237 s.

⁴⁴ *A.B. and Others v. France*, Appl. no. 11593/12, ECtHR, judgment of 12 July 2016.

⁴⁵ *Yob-Ekale Mwanje v. Belgium*, Appl. no. 10486/10, ECtHR, judgment of 20 December 2011.

⁴⁶ *Yob-Ekale Mwanje v. Belgium*, cit.

In *Muskhadzhiyeva v. Belgium*⁴⁷ similarly to the previous decision in *Rabimi's* application, the Court held that detention is prohibited if «conditions are incompatible with the child's needs, irrespective of the duration of such detention»⁴⁸.

Nevertheless, even in the most recent European jurisprudence, the detention of minors is permitted as a last resort. This has been the position of the ECtHR and the secondary EU law in the CEAS system. This is also a position of Article 37(b) of the CRC stating that «the arrest, detention or imprisonment of a child shall be used as a measure of last resort»⁴⁹. However, a higher standard was recently suggested at the International level in relation to administrative detention of migrant children. In 2017, the UN Committee on the Rights of the Child and the Committee on the protection of the rights of All Migrant Workers and Members of Their Families adopted a Joint General Comment on an absolute prohibition of administrative detention of children, dictating a higher standard of protection that is actually offered in Europe⁵⁰.

In fact, in the five recent judgments against France the ECtHR reaffirmed its position that the detention of minors is permitted as a last resort⁵¹. In these cases the purpose of detention was a deportation procedure. The Court also underlined that in the first 3 cases, France did not consider alternatives to detention⁵². «The Court reiterated that the child's extreme vulnerability is the decisive factor and takes precedence over considerations relating to the status of an irregular immigrant. In addition, asylum seeking children have specific needs that are related in particular to their age, lack of independence, and status. [...] In the present cases, the Court noted that, although the material conditions in certain centres were appropriate, the conditions inherent in establishments of this type are a source of anxiety for young children. The Court therefore concluded that, given the children's young age, the duration and conditions of their detention, the French authorities had subjected the children to treatment in breach of Article 3 ECHR»⁵³.

In *Rackete and Others v. Italy*⁵⁴ the ECtHR did not impose on Italy interim measures in case Sea-Watch 3, nonetheless, put it clear that the Italian authorities should «continue to provide all necessary assistance to those persons on board Sea-Watch 3 who are in a vulnerable situation on account of their age or state of health».

⁴⁷ *Muskhadzhiyeva v. Belgium* o., Appl. no. 41442/07, ECtHR, judgment of 19 January 2010.

⁴⁸ *Immigration Detention of Children: Coming to a Close?*, Prague 25-26 September 2017, p. 15 at <https://rm.coe.int/immigration-detention-of-children-coming-to-a-close-prague-25-26-septe/16807b8841>.

⁴⁹ CRC at <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>.

⁵⁰ The UN Committee on the Rights of the Child and the Committee on the protection of the rights of All Migrant Workers and Members of Their Families adopted a *Joint General Comment on an absolute prohibition of administrative detention of children*, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 17 November 2017, <https://www.refworld.org/docid/5a12942a2b.html> [accessed 30 July 2019].

⁵¹ *A.B. and Others v. France*, Appl. no. 11593/12 [Articles 3, 5 §§ 1 and 4, 8], ECtHR, Judgment of 12 July 2016; *A.M. and Others v. France*, Appl. no. 24587/12 [Articles 3, 5 §§ 1 and 4, 8], ECtHR, Judgment of 12 July 2016; *R.C. and V.C. v. France*, Appl. no. 76491/14 [Articles 3, 5 §§ 1 and 4, 8], ECtHR, Judgment of 12 July 2016; *R.K. and Others v. France*, Appl. no. 68264/14 [Articles 3, 5 §§ 1 and 4, 8], ECtHR, Judgment of 12 July 2016; *R.M. and Others v. France*, Appl. no. 33201/11 [Articles 3, 5 §§ 1 and 4, 8], ECtHR, Judgment of 12 July 2016.

⁵² C. M. SMYTH, *Towards a Complete Prohibition on the Immigration Detention of Children*, in *Hum. Rights Law Rev.*, 2019, p. 18 ss.

⁵³ ECtHR - *Administrative detention of children in the context of deportation procedures* <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-administrative-detention-children-context-deportation-procedures>.

⁵⁴ *Rackete and Others v. Italy*, Appl. no. 32969/19, Press Release ECtHR 240 (2019) of 25 June 2019.

A very recent case decided in February 2019 considered again administrative detention. The case *H.A. and others v. Greece* concerned unaccompanied minors in protective custody at the police stations. The applicants were nine unaccompanied minors aged 14 to 17: six Syrians, two Iraqis and one Moroccan. When they arrived in Greece, they were arrested by the police authorities since no places were available in the childcare facilities. The applicants invoked Articles 3, 5 and 13 of the ECHR in relation to the detention conditions and ill-treatment by police officers, as well as the lack of effective remedy⁵⁵.

The ECtHR found that the applicants' placement in "protective custody" was an unlawful measure of detention under Article 5(1)f. Referring to the previous decisions, such as *Rahimi* the Court held that the lack of time limits for "the protective custody" could lead to arbitrary situations of prolonged child detention in violation of the principle of best interests of the child (Article 3(1) of CRC)⁵⁶. Another important ECtHR consideration was to recognise the position of vulnerability of these children⁵⁷. The Court observed that «the authorities had not taken into account the applicants' particular vulnerability as unaccompanied minors and not considered whether the measure was one of last resort»⁵⁸.

The Prague Conference Report (COE) clarifies that under Article 5(1)(f) of the ECHR, the legality of detention is subject to certain conditions such as existence of «a strict link to the specific purpose of detention, i.e. to prevent the unauthorised entry of a person on the territory of a State Party or to secure the removal of a person from the territory»⁵⁹. «The legality of the detention will fade away if it is not strictly related to the purpose and, significantly, if that particular purpose is not pursued diligently»⁶⁰. The report rightly states that the balance between Articles 5(1)(f) and 3 of ECHR is difficult to maintain⁶¹. This is also an explanation why the Court's judgments do not take a clear stand towards non detention of children and the ECtHR will probably not develop its case-law to conclude that the detention of migrant children is as such contrary to Article 5(1)(f)⁶². An optimistic scenario would be to construe Article 5(1)(f) not only in light of the absolute nature of Article 3 of the ECHR but also in light of Article 3(1) CRC recognising it as an absolute principle of International law⁶³.

The last of the Saga on detention is a pending case before the ECtHR in *Travalli and Others v. Italy* regarding thirteen undocumented children held in a hotspot in Taranto in

⁵⁵ European Council on refugees and exiles, ECtHR: *Greece violated Convention by Placing Unaccompanied Minors in Protective Custody in Police Stations and not Addressing ill-treatment Complaints*, 1 March 2019 news at, <https://www.ecre.org/ecthr-greece-violated-convention-by-placing-unaccompanied-minors-in-protective-custody-in-police-stations-and-not-addressing-ill-treatment-complaints/> accessed 20 July 2019.

⁵⁶ European Council on refugees and exiles, ECtHR - *H.A. and others v. Greece: Greece violated Convention by placing unaccompanied minors in protective custody in police stations* at <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-ha-and-others-v-greece-greece-violated-convention-placing-unaccompanied-minors>; accessed 12 July 2019; *Immigration Detention of Children*, Prague 2017 at <https://rm.coe.int/immigration-detention-of-children-coming-to-a-close-prague-25-26-septe/16807b8841>.

⁵⁷ R. HUMPHRIS ET AL. *Outsourcing the 'best interests' of unaccompanied asylum-seeking children in the era of austerity*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2017, p. 1 s.

⁵⁸ <http://www.statewatch.org/news/2019/mar/ecchr-ha-others-v-greece-pr-28-2-19.pdf>.

⁵⁹ *Immigration Detention of Children*, Prague 2017 at <https://rm.coe.int/immigration-detention-of-children-coming-to-a-close-prague-25-26-septe/16807b8841>.

⁶⁰ <https://rm.coe.int/immigration-detention-of-children-coming-to-a-close-prague-25-26-septe/16807b8841>, p.15.

⁶¹ *Immigration Detention of Children*, cit.

⁶² *Immigration Detention of Children*, cit.

⁶³ *Immigration Detention of Children*, cit., 15.

Italy⁶⁴. The Court was seized to answer the question «whether their detention and reception conditions were lawful and/or constituted an inhuman or degrading treatment» under the ECHR⁶⁵.

5. *The EU Legal Framework: the Common European Asylum System (CEAS) and the CJEU decisions concerning migrant children*

The EU consideration for the EU children has started quite late. Until almost 2000, the children's issues did not occupy much space at the EU political Agenda. One of the first serious political statements making children visible was the Charter of Fundamental Rights adopted in Nice in 2000, recognising in its Article 24 the rights of a child. In relation to children in migration, the creation of the CEAS system made the protection of minors in migration an EU matter. Although the protection of the child's rights in the EU and the arising of the CEAS system coincided in time, the level of protection afforded is clearly different. The growing concern for the child welfare within the EU that has transpired in many EU Policy documents but it did not inform sufficiently legislation within the CEAS system. Thus, although children's visibility within the EU has increased sensibly, the child protection within the CEAS is weaker and politically entrenched. This creates an artificial division between the EU children and the third country children noticeable in the Courts' interpretation of the "best interest" principle. The EU wittingly or not applies a double standard here. In case of migrant children who by definition are the third country nationals the interpretation of the "best interest" principle as demonstrated in the previous section was very prudent and the child well-being has been a trade-off between the child welfare and the always tougher immigration rules, driven by the obsession with the border controls and the general fight against immigration. Nonetheless, the "best interest" principle is embedded in all secondary legislation composing the Common European Asylum System (CEAS). Unfortunately, the Member States in the implementation of the directives made very little of it.

5.1. *CEAS and the "best interests" principle*

We find clear expression of this principle in the recast Procedures Directive in the recital 33 «In assessing the best interest of the child, Member States should in particular take due account of the minor's well-being and social development, including his or her background».

The recast Procedure Directive provides also for specific arrangements at the borders, processing applications within 6 months, better training for the decision makers and more help in the early stage for the young applicants. The "best interest" principle is enshrined in Article 25 dealing with guardianship and legal aid assistance of unaccompanied minors. Moreover, the Directive sets up some additional guaranties regarding

⁶⁴ *Alagie Travalli and Others v. Italy*, Appl. no. 47287/17 lodged on 5 July 2017 at [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-180670"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

⁶⁵ ICJ, *Italy: ICJ and others intervene in case of unaccompanied children before European Court*, 18 June 2018 at <https://www.icj.org/italy-icj-and-others-intervene-in-case-of-unaccompanied-children-before-european-court/>.

unaccompanied children who suffered abuse, providing for some special arrangement during the interview proceedings, as well as during medical examination and age assessment (Article 25, paragraph 5). Yet, the time limit on the appointment of guardian is not strictly defined to become an effective tool in hands of children. The new Proposal for Regulation replacing Procedures Directive fixes the time limit to appoint a guardian within 5 days⁶⁶. This is a very strong point of the 2016 Proposal that should be absolutely upheld even if in the end the 2016 package is dropped.

Nonetheless, the most important piece of legislation laying down standards on how to accommodate children after their arrival is the recast Reception Conditions Directive. The Directive aims to tackle the problems emerging from a long term custody, reception centres and other units and institutions that are in contact with children in migration⁶⁷. The Directive provides many important details that are either not implemented or implemented wrongly. There are also some clearest flaws for example, the time limit when the guardian should be appointed. The Directive prescribes to appoint a guardian «as soon as possible» which in fact is vague. Member States followed this provision with some flexibility that in practice made children wait long time for this appointment or left children without a guardian. In the recital 9 the Directive makes a specific reference to the principle of «the best interests of the child and of family unity, in accordance with the Charter of Fundamental Rights and the 1989 United Nations Convention on the Rights of the Child and the ECHR respectively»⁶⁸.

In the heart of our discussion is Article 23 that again draws on the underlying commitment to “the best interests of the child” and imposes on the Member States an obligation to ensure that the standard of living is «adequate for the minor’s physical, mental, spiritual, moral and social development». In addition, Article 23(c) that states that Member States shall provide children with safe and secure environment, in particular where there is a risk of the minor being a victim of human trafficking⁶⁹. As we have seen in the previous sections, this Article was in majority of the situations discussed simply ignored. The Directive provides more guarantees to minors who suffered an abuse. The Member State in question needs to ensure access to rehabilitation services for minors who have been victims of any form of abuse, neglect, exploitation, torture or cruel, inhuman and degrading treatment⁷⁰ (Article 23, paragraph 4).

The Reception Conditions Directive has been accused of being ineffective in protecting children. The guardians were not appointed on time or not at all or proved to be inadequate for a particular child. Further, the purpose of the recast Directive was to provide «clearer concepts and more simplified rules» but in reality did not bring a significant

⁶⁶ Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council, Brussels, 13.7.2016, COM(2016) 467 final 2016/0224 (COD) *establishing a common procedure for international protection in the Union and repealing Directive 2013/32/EU* «As regards unaccompanied minors, they should be assigned a guardian as soon as possible and not later than five working days from the moment an unaccompanied minor makes an application (Article 22(1))». In <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/1-2016-467-EN-F1-1.PDF>.

⁶⁷ Directive 2013/33/EU of the European Parliament and the Council of 26 June 2013 *laying down standards for the reception of applicants for international protection*, OJ L 180, 29 June 2013, p. 96 ss.

⁶⁸ Directive 2013/33/EU, cit.

⁶⁹ Directive 2013/33/EU, cit.

⁷⁰ Directive 2013/33/EU cit.

change in the reception conditions of the children⁷¹. The Recast Reception Conditions Directive should «apply during all stages and all types of procedures concerning applications for international protection and in all locations and facilities hosting asylum seekers»⁷². Thus the proper implementation of this Directive would have been extremely useful in emergency situations. Regrettably, the Member States, Italy and Greece, did not or rather were not able to strictly observe some remarkable provisions of this text.

The European Agenda on Migration pointed out the need for «a clear, consistent and harmonised system for the reception of asylum seekers that should be operational in times of crisis». For the time being the 2018, (EASO) guidance on reception conditions brings some examples of possible common standards and indicators⁷³.

«The guidance describes specific common standards which are applicable to national reception systems across all EU Member States and the indicators with which such standards should be measured against».

The 2016 proposed reform of reception conditions Directive retains the possibility of detention of children as a last resort heavily criticised by the EU Parliament considering that «detention or any confinement of children, whether unaccompanied or with families, should be prohibited». Also, the COREPER advocated for a higher protection for unaccompanied children in relation to the right to education or a right to a legal representative concluding that the contingency plan imposed on Member States in case of massive number of arrivals could also benefit children⁷⁴.

The Recast Qualification Directive addresses the children's issues in Article 7 enabling to make an application for asylum on their behalf. Further, the Directive emphasises the importance of information and counselling in detention facilities and at border crossing points (Article 8).

The Recast Qualification Directive equalises beneficiaries of subsidiary protection with refugees regarding right to family unity (Article 23), issuance of travelling documents, access to healthcare and integration facilities. In contrast, Article 23 is weak allowing Member States to determine who are the members of the family who would benefit, from subsidiary protection and who would be excluded. Although the definition has been extended to the parents of a minor, it is limited to the existing family or family present in the host State in time when the application was made.

Article 25, emphasises that «unaccompanied minor shall be informed immediately of the appointment of a representative. The representative shall perform his or her duties in accordance with the principle of the best interests of the child and shall have the necessary expertise to that end»⁷⁵.

⁷¹ UNHCR comments amended recast Reception Conditions Directive at <https://studylib.net/doc/18178294> accessed 20 July 2019.

⁷² Directive 2013/33/EU, cit.

⁷³ EASO Guidance on reception conditions, 2018 <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/Guidance-on%20reception-%20conditions-%20for-unaccompanied-children.pdf>.

⁷⁴ *Legislative Train Schedule, Towards a New Policy on Migration*, at <http://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-towards-a-new-policy-on-migration/file-reform-of-the-reception-conditions-directive>, accessed 15 July 2019.

⁷⁵ Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 *on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted*, OJ L 337, 20 December 2011, p. 9 ss.

Article 31, paragraph 3, makes it clear that children's accommodation should be appropriate for their age and that the children's view should be taken into account. Appropriate training should be provided for those who deal with children but still there is no precision what such training should entail.

The 2016 Proposal for Qualification Regulation is worrying and particularly detrimental to children in education. The proposal introduces compulsory *status* reviews for those who benefit from international protection. These reviews are mandatory in case of the renewal of a residence permit and when there is an indication of «a significant change in the country of origin». In addition, those resettled under the proposed Resettlement Scheme would also be subject to *status* reviews. There is no explanation of what constitutes a «significant change in the country of origin», opening in practice the door to arbitrary decisions⁷⁶.

5.2. The Court of Justice of the European Union (CJEU) and the “best interests” principle

The CJEU jurisprudence on the principle of “best interests” is quite recent. However the CJEU considered it in *Zarraga v Pelza*, an abduction case, or in the case on the right on custody in *Mercredi v Chaffe*, not always following the same line of argumentation⁷⁷. In *MA and others v Secretary of State* the CJEU concluded that «according to Article 24(2) of the Charter of Fundamental Rights, the best interest of the child needs to be taken into consideration in all actions relating to children. Article 6(2) [of the Dublin Regulation] shall not disregard this fundamental right»⁷⁸.

More recently in *Rendón Marín and Chavez-Vilchez and others* the Court made it clear that: «an account must be taken, in the best interests of the child concerned, of all the specific circumstances, including the age of the child, the child's physical and emotional development, the extent of his emotional ties both to the Union citizen parent and to the third-country national parent, and the risks which separation from the latter might entail for that child's equilibrium»⁷⁹.

The case demonstrates a clear commitment to give the “best interest of a child” principle a meaningful content in EU law. Applied in the asylum context, «the close connection between the best interests of the child and the rights of the child means that any assessment of best interests in the CEAS instruments is essentially an inquiry into the degree of respect for the rights of the child».

In April 2018, the CJEU, recognised vulnerability of a child in case *A e S*, adopting a protectionist approach towards a young Eritrean, who arrived in the EU as an unaccompanied minor. The question raised before the Court referred to whether a Member State can deny both the *status* of being a child and the protection deriving from it under EU law if the child turned eighteen while waiting for the decision. «Could Member States be left to “use” delays in the processing of children's applications for the refugee status as a mechanism to thwart their

⁷⁶ *The CEAS Reform Package: The death of Asylum by a Thousand Cuts*, 6th Working Paper, 2017, Jesuit Refugee service Europe, Brussels, 18 at <https://jrseurope.org/assets/Regions/EUR/media/files/JRS-EuropeCEASreformWorkingPaper6.pdf> accessed 17th July 2019.

⁷⁷ Judgment of the Court of 22 December 2010, Case C-491/10 PPU, *Zarraga v Pelza*, ECLI:EU:C:2010:828; Judgment of the Court of 22 December 2010, Case C-497/10 PPU, *Mercredi v Chaffe*, ECLI:EU:C:2010:829; A. INVERNIZZI, *The Human Rights of Children: From Visions to Implementation*, London, 2016, p. 212 s.

⁷⁸ Judgment of the Court of 6 June 2013, Case C-648/11, *MA, BT and DA v Secretary of State of the Home Department*, ECLI:EU:C:2013:367.

⁷⁹ Judgment of the Court of 13 September 2016, Case C-165/14 *Rendón Marín*, ECLI:EU:C:2016:675; and the Judgment of the Court of 10 May 2017, Case C-133/15, *Chavez-Vilchez*, ECLI:EU:C:2017:354.

fundamental right to family reunification⁷⁹). The Court held that Article 10 (3) (a) of Family Reunification Directive (Directive 2003/86/EC) creates an enforceable right to unaccompanied minor refugees to be reunited with their parents; a right which cannot be thwarted by the “negligent” behaviour of the national authorities. An unaccompanied child who has turned eighteen while awaiting for the decision should be considered as an “unaccompanied minor”⁸⁰.

Recently the CJEU interpretation of the principle of “best interest” is a decision regarding the legal consequences of Kafala guardianship⁸¹. Thus, the CJEU decisions in the CEAS context are clearly becoming influential in promoting the “best interests” principle.

6. *Strengthening the EU shield: strategies and soft law*

Previous analysis and the most recent real scenarios have made it clear that the EU legal framework does not adequately protect children in migration. Despite many valuable provisions of the CEAS secondary legislation, many situations fall into the loopholes of the CEAS legal framework unweighting a few of its incontestable merits⁸². The CEAS 2016 reform proposals reached a dead point after the European Council in 2018 did not take them forward. It seems that the most recent Commission’s strategy is to supplement the current system with a corrective allocation mechanism. «The mechanism would be triggered automatically when a Member State faces a disproportional number of asylum-seekers»⁸³. Nonetheless, the 2016 Proposals leave us with the mixed feelings, on one hand enhancing some guarantees for example a 5 days delay to appoint the guardian but on the other, introduced the jaw screening from the age of 6 and reduced access to health care in case of asylum shopping.

Hence, many failures of the system relate to the problem of implementation and the latter correlates with the various types of resources. Consequently, the biggest criticism refers to squalid and inappropriate accommodation, lack of the trained personnel, delays in the appointment of a guardian, lack of supervision and monitoring. The situation could be addressed to some extent with a better planning and better resources, monitored at the EU level. Moreover, there is a lot of space here for the use of soft law mechanisms, guidance, recommendations, benchmarking, collecting data, coordination efforts, monitoring and supervision.

For example, the UNICEF Toolkit provides quite comprehensive strategy on how to protect children in emergencies. It defines the institutions involved giving some important details how to confront the problem. The guidelines look first at the possible risks in the child protection such as injuries, displacement, family separation, physical violence and abuse or

⁸⁰ Judgment of the Court of 12 April 2018, Case C- 550/16, *A & S*, ECLI:EU:C:2018:248; S. PEERS, *Childhood's End? The Court of Justice upholds unaccompanied child refugees' right to family reunion*, at <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/04/childhoods-end-court-of-justice-upholds.html>, accessed 7th July 2018.

⁸¹ Judgment of the Court of 26 March 2019, Case C-129/18, *SM (Enfant placé sous kafala algérienne)*, ECLI:EU:C:2019:248.

⁸² V. CHETAIL, PH. DE BRUYCKER, F. MAIANI (eds.) *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law*, Leiden, 2016.

⁸³ *Briefing, Reform of the Dublin System* at http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/586639/EPRS_BRI%2016%29586639_EN.pdf.

emotional distress and linking them to the preparedness for such eventualities. Part 2, on «Preparedness» covers coordination, communication and building awareness, access to information, engaging children in preparedness and child protection monitoring. Finally, in the last part the guidelines describe what is needed for an efficient response to the crisis such as rapid assessment of the situation, prioritising, resources and staffing⁸⁴.

Since 2016, IOM has begun implementing specific programmes aiming at providing Education and Immediate Accommodation to Migrant Children in Greece (PEDIA) or responding to Emergency needs and Fostering Refugees' and Migrants' Empowerment (REFRAME). Some others are increasingly focusing on trafficking for labour exploitation and forced labour such as Filoxenia or U-Care⁸⁵.

Frontex for example, issued a VEGA handbook aiming at protecting children at the airports and detecting smuggling, trafficking or abduction. The VEGA handbook provides for a close cooperation with the civil society that could in fact strengthen the way in which children are handled at the airports. Frontex is also working on a similar handbook targeting children at the sea borders⁸⁶. Another valuable tool is a FRA Handbook to reinforce a Guardianship Systems for the victims of trafficking. The CEAS Directives were very general on the competence of a guardian and the Handbook fills many gaps in the legislation⁸⁷.

In application of the CEAS system, the 2018 EASO Guidance on reception conditions for unaccompanied children appears to be fundamental in the situations described earlier⁸⁸. It addresses a long list of issues such as family reunification possibilities; the child's well-being and social development, consideration the child's background; safety and security (example: a victim of human trafficking); as well as schooling and health⁸⁹. In 2019, EASO adopted a Practical Guide on the best interests of the child in asylum procedures focusing on a holistic approach and «of a rights-based approach, engaging all actors, to secure the holistic physical, psychological, moral and spiritual integrity of the child and promote his or her human dignity»⁹⁰.

7. Conclusion

Many points could be raised in light of the daily news, problematic arrivals, human rights violations and compromised visibility of children in migration. The first section of

⁸⁴ https://www.unicef.org/pacificislands/Child_protection_toolkit.pdf.

⁸⁵ <https://greece.iom.int/en/filoxenia-temporary-shelter-and-protection-most-vulnerable-migrants-greece>.

⁸⁶ VEGA Handbook, Children at the airports, 2015 at <https://euagenda.eu/upload/publications/untitled-6371-ea.pdf>; also <https://fra.europa.eu/en/news/2017/finalising-frontex-handbook-children-sea-borders>.

⁸⁷ (FRA), *Guardianship for Children Deprived of Parental Care: A Handbook to reinforce Guardianship Systems to Cater for specific needs of a Child Victims of Trafficking*, Luxembourg, 2015, p. 5 ss.; METAdrasi's Guardianship Network for Unaccompanied Minors, 2018, at <https://metadrasi.org/wp-content/uploads/2016/12/Guardianship-Network.pdf>, accessed 23 July 2019; S. ARNOLD, M. GOEMAN, K. FOURNIER, *The role of the guardian in determining the best interest of the separated child seeking asylum in Europe: A Comparative Analysis of Systems of Guardianship in Belgium, Ireland and the Netherlands* in *Eur. Jour. Migr. Law*, 2014, p. 467 s.

⁸⁸ <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/Guidance-on%20reception-%20conditions-%20for-unaccompanied-children.pdf>.

⁸⁹ <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/Guidance-on%20reception-%20conditions-%20for-unaccompanied-children.pdf>.

⁹⁰ <https://www.easo.europa.eu/news-events/new-easo-practical-guide-best-interests-child-asylum-procedures>.

this article provided evidence that the system that is supposed to protect children in migration is weak. Despite a multi-layered legal framework and growing case law, migrant children in the EU are neglected. Questioning who is to blame would lead to a very compound answer. First in a row is a political will. The EU Member States have become obsessed with their borders and immigration control immune to hear the children's cry. They remain concentrated on their petty, chauvinistic interests unable to reach a consensus that would require to share the responsibility in migration flows. Mediterranean Member States confronted with the problem are overwhelmed by the scale of the disaster, unprepared and unequipped to handle such a complex issue. Nonetheless, they are also to blame for neglecting many aspects of the rescue and reception conditions. More importantly however, for adopting harsh enforcement policies focused on stopping the arrivals, detention and deportation, investing in deterrence strategies instead of detecting that children are unsafe, often abused and exploited⁹¹.

Moreover, the ECtHR seized many times to interpret "the child best interests" principle in the European context has been to some extent ambivalent and evasive and only recently has become more affirmative in making the child's interests paramount. Thirdly, the CEAS system presents many shortcomings and its implementation leaves a lot to desire. Member States often chose and pick the provisions helping with the immigration control such a finger printing, registration, age assessment, isolated children accommodation without regard on how traumatising the procedure are for the children. Separated minors were not assigned to a guardian and waited indefinite time for the decisions on their immigration *status*. There has also been a controversy over unaccompanied children becoming adults during the procedure and then deprived of their privilege to fall within the category of a vulnerable group. Hotspots approach failed to protect the children and in many cases led to administrative detention. Moreover, the major revamp of the CEAS system announced in 2016 might not materialise which means that we are extending the *status quo*. There are also many anxieties surrounding the "returning procedure" and the safe third country in relation to children. The soft law strategies, guidelines and recommendations could enhance visibility of children in particular that there is no a rapid prospect for change. Moreover, the children in the centres need a constant supervision, they need access to education and their development and progress need to be monitored⁹². Finally, there is not enough emphasis on the integration measures and durable solutions permitting these children to start new lives⁹³.

Yet, International, EU actors and national authorities need to face the problem: children's cause should be defended and the strategies readjusted.

The current analysis of the "Redline Project" shows that things are getting worse⁹⁴. The administrative detention overall increased in Italy by 25% and in Greece by 75%⁹⁵. Research provides some clear examples of *de facto* detention of children in "protective

⁹¹ C. MENJÍVAR, K. M. PERREIRA, *Undocumented and Unaccompanied: children of Migration in the European Union and the United States*, in *Journal of Ethics and Migration Studies*, 2019, p. 217 s.

⁹² C. MCLAUGHLIN, *They don't look like children': child asylum-seekers, the Dubs amendment and the politics of childhood*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2018, p. 11.

⁹³ J. ALLSOPP, E. CHASE, *Best interests, durable solutions and belonging: policy discourses shaping the futures of unaccompanied migrant and refugee minors coming of age in Europe*, in *Journal of Ethics and Migration Studies*, 2017, p. 5 s.

⁹⁴ G. MATEVŽIČ ET AL., *Crossing A Red Line: How EU Countries Undermine the Right to Liberty by Expanding the Use of Detention of Asylum Seekers upon Entry: Case Studies on Bulgaria, Greece, Hungary, and Italy*, 2019, at https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/crossing_a_red_line.pdf.

⁹⁵ G. MATEVŽIČ ET AL., *Crossing A Red Line*, p. 4.

custody” in Greece, hotspots in Greece and Italy, transit zone detention in Greece, detention for the purpose of pushback in Greece, detention on the vessels in Italy and detention for the purpose of the forced return in Greece⁹⁶. The worrying fact is that human rights of migrants are severely compromised and administrative detention violates Article 31 of the Geneva Convention⁹⁷. They are detained without the Court’s decision and without any procedural guarantees or a possibility for judicial review⁹⁸. In Italy for example, the refusal to be fingerprinted at arrival was considered as a “risk of absconding” the registration requirements, seen as legitimising administrative detention⁹⁹.

However, Italy also adopted the so-called “the Zampa Law”, viewed as the most innovative system of child protection in Europe providing many guarantees to unaccompanied children. At the first place it recognises their position of vulnerability, introduces an absolute prohibition on the return or removal of any unaccompanied child unless by the order of the Court¹⁰⁰. The methods of the procedure on age determination should be the least invasive possible and the identification concluded within 10 days¹⁰¹. Nonetheless the merits of this law are today puzzled in the context of the Italian Political hostility towards immigrants and Salvini’s decreto Sicurezza¹⁰².

In Greece, the current situation in the Moria Camp in Lesvos is appalling and the NGOs voice did not bring any improvements. Seen as «the worst refugee camp in the world» and dangerous for public health and the environment, where unsupervised children are exposed to sexual violence and abuse¹⁰³. It is unlikely that a new Conservative government would be committed to the humanitarian issues. One of the pillars of their manifesto was safety, and with that comes a harder stance against immigration and border control.

Concluding, in any event, the efforts at all levels are needed to make a change. Without doubt, more resources are necessary but it is also up to the local authorities to improve coordination among the institutions concerned and all actors involved.

Thus, the EU approach to emergencies is too narrow since it does not ensure any support or monitoring of a distressed child after his/her arrival. Children are left to themselves to get over their traumatising experience. The lack of supervision in the centres creates an unsecure environment of fear and distrust. In addition, the lack of coordination between different institutions and actors involved delays the process of transfer and family reunification. The EU system of protection failed to support them and there is no a clear prospect for a new departure to rebuild their lives. Nevertheless, it is never too late to evaluate the situation and to make a constructive progress in supporting migrant children.

⁹⁶ G. MATEVŽIČ ET AL., *Crossing A Red Line*, p. 4.

⁹⁷ G. S. GOODWIN-GILL, *Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees: Non-penalization, Detention and Protection*, Department of International Protection for the UNHCR Global Consultations, at <https://www.unhcr.org/3bcfdf164.pdf>.

⁹⁸ G. MATEVŽIČ ET AL., *Crossing a Red Line*, cit.

⁹⁹ Article 10 ter (3) Consolidated Immigration Act (L. 286/98) as amended by Law n. 46/17.

¹⁰⁰ J. LELLIOTT, *Italy’s ‘Zampa’ law: increasing protection for unaccompanied children* at <https://www.fmreview.org/syria2018/lelliott>.

¹⁰¹ J. LELLIOTT, *Italy’s ‘Zampa’ law*, cit.

¹⁰² Italian Law 47/17; R. ELENA, *The new Italian law on unaccompanied minors: a model for the EU?*, November 2017 at <http://eumigrationlawblog.eu/the-new-italian-law-on-unaccompanied-minors-a-model-for-the-eu/>

¹⁰³ G. MATEVŽIČ ET AL., *Crossing the red line*, cit.

ABSTRACT: Too little, too late: an assessment of the eu's legal framework aiming to protect unaccompanied minors in emergency

The EU Legal framework appeared to be ill-suited to protect children in migration. The ongoing crisis has become a platform to test the limits of its operation in relation to children on the move: unaccompanied, separated but also those in the family units. The CEAS revised legal framework enhanced the level of protection for the vulnerable groups but its implementation was patchy and a number of ambiguities of the provisions allowed Member States to take advantage of the system. In short, the CEAS did respond to the children's needs and the problem escalates in rescue or other emergency situations. It does not seem that the Commission's 2016 Proposals on the reform of the CEAS system improve the guarantees for unaccompanied minors. The recent political deadlocks and the vessels off shore Italy demonstrate that "the best interest of a child" principle has been subjected to the political Agenda. This contribution first illustrates the scale of the problem and somewhat incoherent national responses. Secondly, it examines a very cautious approach of the European Courts towards the principle of best interests of a child in the area of immigration. Thirdly, it considers the weakness of the CEAS arguing that soft law measures could provide some viable solutions.

LA INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL DERECHO MIGRATORIO

ANA MERCEDES LÓPEZ RODRÍGUEZ*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Retos principales resultantes de la interacción entre el Derecho internacional privado y el Derecho migratorio. – 3. Reconocimiento del estatuto personal. – 3.1. Documentos. – 3.1.1. Mecanismos alternativos para la determinación de la edad. – 3.1.2. Prueba de existencia de parentesco. – 3.1.3. Existencia de vínculo matrimonial. – 3.2. Orden público. – 3.2.1. Matrimonios poligámicos. – 3.2.2. Matrimonios infantiles. – 3.3. Instituciones desconocidas en el país de destino. – 4. Aplicación del Derecho extranjero. – 5. Estatuto de refugiado bajo el Artículo 12 del Convenio de Ginebra de 1951. – 6. Conclusiones.

1. Introducción

El Derecho internacional privado es la rama del ordenamiento jurídico de cada Estado que se encarga de normar las situaciones privadas internacionales¹, mientras que el Derecho migratorio regula el flujo de personas a través de las fronteras internacionales². La división entre estas dos ramas jurídicas parece clara, pero en la práctica no lo es tanto, puesto que la obtención de derechos migratorios (derechos de residencia, prestaciones familiares) depende frecuentemente de situaciones jurídico-privadas como puede ser el matrimonio, la filiación o el estado civil. Por ejemplo, la protección de menores no acompañados depende de la prueba de la edad y requiere la identificación y seguimiento de posibles miembros de la familia; el derecho a la reunificación familiar supone la prueba del matrimonio o la paternidad; la existencia de lazos familiares determina qué Estado es responsable de las solicitudes de asilo, etc. Es por tanto innegable que en la medida en que la validez de los matrimonios internacionales, relaciones de filiación, edad dependen de la aplicación de las normas de Derecho internacional privado, la interacción con esta disciplina es un factor decisivo para el Derecho migratorio. En este sentido, se habla del «Derecho internacional privado como el eje principal sobre el que se cimienta la situación legal de los ciudadanos extranjeros»³.

En el contexto migratorio actual las autoridades administrativas de los países de recepción se enfrentan a importantes desafíos cuando se les solicita que apliquen las normas de Derecho internacional privado, problemas que están relacionados con la falta de documentos, presencia de documentos fraudulentos, la aplicación del Derecho extranjero o

* Ph.D. (University of Aarhus). Profesora titular de Derecho internacional privado, Directora del Departamento de Derecho, Universidad Loyola Andalucía.

¹ A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Granada, 2014, p. 2; J. LAW, *Oxford Dictionary of Law*, Oxford, 2015.

² International Organization for Migration (IOM), *Glossary on Migration*, Geneva, 2011, p. 53.

³ V. VAN DEN EECKHOUT, *The ill-fitting hinge. PIL as turning wheel of the legal position of foreign nationals* (Het schurend scharnietje. Internationaal privaatrecht als draaischijf voor de rechtspositie van vreemdelingen), in *Rechtskundig Weekblad*, 1995-96, p. 33 ss.

el reconocimiento de matrimonios infantiles, poligamia o instituciones desconocidas en Occidente, como la *kafala* islámica⁴. Al mismo tiempo, la estrecha relación entre el Derecho internacional privado y el Derecho migratorio tiene también un efecto adverso: en la medida en que el legislador y las autoridades son conscientes de la interacción entre estas dos ramas jurídicas, estos pueden sentirse tentados a orientar la adopción y aplicación de las normas de Derecho internacional privado hacia un determinado resultado preestablecido por la agenda política. De esta forma, el Derecho internacional privado es utilizado como instrumento para impedir que migrantes no europeos reclamen la residencia, seguridad social o la nacionalidad en los países de recepción⁵.

Dado que la mayoría de las normas de Derecho internacional privado aplicables al estatuto personal y relaciones familiares son de origen nacional, la obtención de derechos migratorios basados en una misma situación jurídico-privada puede variar de un país a otro. En la Unión Europea, por ejemplo, a pesar de existir un espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, que abarca tanto las políticas de control fronterizo, asilo e inmigración, como la cooperación judicial en materia civil, las normas de Derecho internacional privado aplicables al estatuto personal no se han armonizado, circunstancia que ha dado pie a que varias organizaciones haya pedido la promoción de instrumentos internacionales de Derecho internacional privado sobre estatuto personal y una mayor coordinación con las normas del Derecho internacional sobre migración⁶.

Partiendo de las premisas anteriores, esto es, la falta de coordinación e instrumentalización del Derecho internacional privado, este trabajo analiza la doctrina y la práctica administrativa y judicial existente al objeto de identificar posibles puntos de fricción con el Derecho migratorio y evaluar posibles soluciones. Algún estudio ya se ha aproximado a la interacción entre Derecho migratorio y Derecho internacional privado⁷, aunque este es un campo en continuo cambio y más aún, por los recientes giros legislativos y administrativos ciertamente bruscos que están experimentando algunos estados, fruto del cambio político. Con el propósito de añadir otra pieza en el rompecabezas del estado de la cuestión en la Unión Europea, la presente contribución se centra en España, un país con una afluencia considerable de migrantes. En aras a la claridad, el término “migrante” va referido en este trabajo tanto a las personas que buscan refugio contra la persecución y el conflicto en sus países de origen (asilo y protección subsidiaria), como a los migrantes *stricto sensu*, es decir, personas que buscan una reunificación familiar o que se desplazan por razones económicas o medioambientales.

⁴ S. CORNELOUP ET AL., *Private International Law in a Context of Increasing International Mobility: Challenges and Potential*, PE 583.157, Parlamento Europeo, Dirección de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales, Unión Europea, 2017.

⁵ V. VAN DEN EECKHOUT, *Private International Law questions that arise in the relation between migration law (in the broad sense of the word) and family law: subjection of PIL to policies of migration law?*, available at: <http://ssrn.com/abstract=2203729>.

⁶ *Ibidem*. En el mismo sentido, *Declaration of the European Group on Private International Law on the Legal Status of Applicants for International Protection from Third Countries to the European Union*, 2015, <https://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-25bis.htm>.

⁷ Estudios relativamente recientes han analizado la interacción entre el Derecho internacional privado y el Derecho migratorio en un número limitado de países. Por ejemplo, el Informe del Parlamento Europeo *Private International Law in a Context of Increasing International Mobility*, cit. que cubre Italia, Alemania, Bélgica y Francia. También, vid. K. DECLERCK ET AL., *How Other countries do it: Belgium, North Africa, South Africa and Sweden*, in G. CARE (ed.), *Migrants and the Courts, A Century of Trial and Error*, London, 2013.

2. Retos principales resultantes de la interacción entre el Derecho internacional privado y el Derecho migratorio

Como ya se ha apuntado, la migración internacional interactúa con varias cuestiones de Derecho internacional privado, como pueden ser la protección de la infancia (en particular, de menores no acompañados), la determinación de la edad, el matrimonio o las relaciones parentales. A este respecto las autoridades judiciales y administrativas se enfrentan continuamente en su práctica diaria a varios desafíos cuando se les solicita que se reconozcan documentos extranjeros (como certificados de nacimiento o de matrimonio) y apliquen leyes extranjeras en un contexto migratorio⁸. Estos desafíos pueden ser clasificados de forma general en tres categorías de problemas: a) Problemas relacionados con el reconocimiento del estatuto personal obtenido en el extranjero; b) Aplicación del Derecho extranjero y c) Estatuto legal del refugiado⁹.

Una primera categoría de problemas tiene su origen en la dificultad que experimentan los migrantes para probar su estatuto personal y los lazos familiares¹⁰. A veces estas personas han tenido que huir rápidamente dejando documentos relevantes en su país o tal vez las autoridades no emiten certificados de nacimiento o de matrimonio en sus países de origen o la autenticidad de estos se pone en tela de juicio. En este sentido, una organización registral poco fiable da generalmente pie a que la producción de documentos falsificados sea rentable y se multiplique y que los migrantes tengan dificultades para utilizar documentos emitidos por las autoridades de estos países por las sospechas sistemáticas de falta de autenticidad¹¹. En otras ocasiones, sin embargo, los migrantes están en posesión de documentos auténticos pero se enfrentan al no reconocimiento del contenido de los mismos por razones de orden público o debido a la inexistencia de la institución en cuestión en el país de reconocimiento. Los matrimonios polígamos o la *Kafala* islámica son ejemplos bien conocidos de esta situación¹².

Una segunda categoría de problemas se deriva de la aplicación del Derecho extranjero. A menudo las autoridades competentes en materia de inmigración se ven obligadas a aplicar una normativa extranjera para evaluar la validez y el contenido del estatuto personal de la persona solicitante de derechos migratorios. Esto implica el acceso, el conocimiento y el tratamiento del Derecho extranjero. Sin embargo, hay veces en que no existe información precisa y fiable sobre el contenido y la validez del Derecho extranjero o esta no es comprensible, lo que constituye un problema particularmente significativo para las autoridades competentes que no forman parte del poder judicial¹³.

Por último, una tercera categoría de problemas concierne a la interacción entre el Convenio de Ginebra de 1951 sobre los Refugiados y el DIPr. debido a algunas

⁸ S. CORNELOUP ET AL., *Private International Law*, cit., p. 8.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ En general, R. CAFARI PANICO, *Lo straniero e l'ordinamento dello stato civile*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 921 ss.

¹¹ D. MACNIVEN, *Fraud with respect to civil status*, PE 462.499, Parlamento Europeo, Dirección de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales, Unión Europea, 2012.

¹² C. CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 1029 ss; A. BORRÁS, *The protection of the rights of children and the recognition of kafala*, in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*, Antwerp, 2013, p. 77 ss.

¹³ S. CORNELOUP ET AL., *Private International Law*, cit., p. 29.

ambigüedades respecto a la interpretación del concepto de estatuto personal, su definición y alcance bajo el artículo 12 del Convenio¹⁴.

3. Reconocimiento del estatuto personal

Con frecuencia el reconocimiento del estatuto personal, articulado a través de las normas de Derecho internacional privado, es una condición previa a la adquisición de un estatuto migratorio determinado, por ejemplo, la obtención del estatuto de refugiado u otro estatuto de residencia. De igual forma, el reconocimiento de un matrimonio celebrado en el extranjero puede ser un requisito indispensable para a la obtención de un visado o de una reunificación familiar. Es por ello que la inexistencia de documentos o documentos auténticos se convierte un problema para los migrantes, quienes asumen la carga de aportar pruebas de las circunstancias personales que conducen a la obtención de derechos migratorios. Otras veces, sin embargo, aún estando en posesión de documentos auténticos, los solicitantes ven cómo la validez sustantiva de éstos es rechazada debido a razones de orden público o por ir su contenido referido a una institución que no existe en el país de reconocimiento.

3.1 Documentos

Algunas veces los encargados del Registro Civil y jueces han de afrontar situaciones en las que hay migrantes que no pueden presentar un certificado de matrimonio o de nacimiento. Las razones pueden ser varias. Por ejemplo, hay personas que tienen que salir corriendo de su país con el temor de ser perseguidos y sin tener apenas tiempo de llevarse documentos importantes con ellos. En otros supuestos, se trata de migrantes de países que no emiten certificados de matrimonio ni de nacimiento, o donde los particulares no pueden acceder a las autoridades oficiales en el momento del matrimonio o del nacimiento. Este es el caso de algunos países en los que para obtener un certificado hay que esperar hasta que las autoridades competentes vayan a cada aldea, lo que ocurre, en el mejor de los casos, dos veces al año y como resultado, los certificados de nacimiento de esos países sólo tienen enero o junio como los meses de nacimiento, lo que puede conducir a la sospecha de fraude, con la consiguiente polémica de si una persona es todavía menor de edad o no y por lo tanto, tiene derecho o no a un tutor, etc. Problemas similares pueden ocurrir cuando los solicitantes de derechos migratorios provienen de países que usan otra era (por ejemplo, el calendario persa)¹⁵. Un caso significativo ha tenido lugar en España con las certificaciones emitidas por las autoridades de la República Árabe Saharaui Democrática, cuya autenticidad ha sido rechazada en numerosas ocasiones por la Dirección General de los Registros y el Notariado¹⁶.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ D. MACNIVEN, *Fraud with respect to civil status*, cit.

¹⁶ A modo de ejemplo, en la Resolución de la DGRN de 10 de junio de 2014, se denegaba la nacionalidad española en base a que «El interesado aporta al expediente certificaciones de antecedentes penales y nacimiento expedidas por la República Árabe Saharaui Democrática carentes de validez en España por no proceder de un estado reconocido por nuestro país, por lo que no se puede considerar que haya acreditado su identidad ni la buena conducta cívica, requisito que establece el artículo 22.4 del Código Civil». Sin embargo, desde el 2016 se ha vuelto a admitir la documentación de la República Saharaui en los procedimientos de

Al ser la documentación un elemento clave en el reconocimiento de la condición jurídica del extranjero, las falsificaciones de documentos probatorios del estatuto personal constituyen un problema creciente para los estados receptores de migrantes. Estos, en consecuencia, están adoptando una legislación cada vez más restrictiva¹⁷ que afecta principalmente a las personas provenientes de países cuyos certificados sufren sistemáticamente sospechas de fraude. En efecto, estos migrantes se encuentran con la imposibilidad de demostrar la exactitud su estatuto personal, circunstancia que puede bloquear el expediente de estancia, estudios, residencia, reagrupación familiar, residencia o trabajo y en último término conducir a la destrucción de la unidad familiar y constituir una violación del derecho al respeto de la vida familiar, garantizado por el Artículo 8 CEDH y el Artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE¹⁸. Por ello, los estados suelen articular mecanismos alternativos sustitutivos de los documentos acreditativos del estatuto personal, aunque con distinto contenido y garantías procesales. Estos procedimientos alternativos son especialmente relevantes en relación a la determinación de la edad, la paternidad y la veracidad del matrimonio.

3.1.1. Mecanismos alternativos para la determinación de la edad

La evaluación de la edad correcta del solicitante de derechos migratorios es importante en dos aspectos: por un lado, para dar al menor la necesaria protección y por otro lado, para evitar que adultos que se hacen pasar por menores de edad sean admitidos en centros de protección de menores, ya que esto, además de no adecuarse a las necesidades del solicitante, puede también poner en peligro el bienestar de los menores allí residentes. Además, la determinación de la edad es crucial para que, en el caso de que se trate de un menor, se le asigne un tutor puesto que sin la debida representación no puede actuar legalmente, y en particular, no se le permite solicitar asilo o participar en procedimientos de asilo¹⁹. Por lo tanto, la tutela debe nombrarse lo más rápidamente posible aunque si no existe un certificado de nacimiento o si la partida de nacimiento extranjera no está legalizada o no se considera no fiable, es necesario considerar otros procedimientos de evaluación de la edad²⁰.

En España, el artículo 35 (3) de la Ley de Extranjería establece que cuando los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado localicen a un extranjero indocumentado cuya edad no pueda ser establecida con seguridad, además de darle atención inmediata por los servicios competentes de protección de menores, se ha de poner el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, en colaboración con las instituciones sanitarias oportunas, quienes realizarán las pruebas necesarias²¹. La disposición mencionada se refiere así a la intervención de cuatro

adquisición de nacionalidad española por residencia, como en la Resolución de la DGRN de 12 de febrero de 2016. Boletín del Ministerio de Justicia, marzo 2017.

¹⁷ D. MACNIVEN, *Fraud with respect to civil status*, cit.

¹⁸ S. COURNELOUP ET AL., *Private International Law*, cit., p. 13.

¹⁹ A. FONSECA ET AL., *Unaccompanied migrant children and legal guardianship in the context of returns: The missing links between host countries and countries of origin*, in *Children on the Move*, Geneva, 2013.

²⁰ F. TASSINARI, *La identificación de los MENAS y el tutor voluntario en Italia: ¿Un modelo a asumir por la UE?*, en *Cuad. der. trans.*, 2019, p. 545 s.

²¹ Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. El Art. 35 (3) dispone que «En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con

instituciones diferentes: las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, los servicios de protección de menores, el Ministerio Público y las instituciones sanitarias, aunque en la práctica esta atribución de competencias ha dado lugar a numerosos problemas debido a la ausencia de una prelación jerárquica y de un procedimiento claro²². Por su parte, el Reglamento que desarrolla la Ley de Extranjería, el Real Decreto 557/2011²³ ha tratado de abordar esta cuestión en su artículo 190(2), impulsando la adopción de un Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados, destinado a coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas²⁴. Sin embargo, a pesar de contar con dicho Protocolo desde el 2014, la descoordinación entre autorizadas y la utilización de métodos intrusivos en la determinación de la edad persisten, incluso en casos en que los documentos de identificación parezcan ser auténticos²⁵. En efecto, siguen existiendo diferentes patrones de actuación en función del lugar del territorio nacional donde sea localizado el presunto menor. Por ejemplo, aunque el Artículo 35 (3) de la Ley de Extranjería parece estar restringido a los extranjeros indocumentados, se está aplicando particularmente en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla a aquellos que están en posesión de documentación, a pesar de varias decisiones del Tribunal Supremo sobre esta práctica²⁶. También hay actuaciones contradictorias en cuanto a la autoridad competente para determinar, en caso de duda, la edad de los menores extranjeros no acompañados, a pesar de que la redacción del artículo 35 (3) de la Ley de Extranjería atribuye su determinación al Ministerio Fiscal. A este respecto, cada vez son más los casos en los que los servicios de protección del menor en algunas Comunidades Autónomas realizan pruebas radiológicas a menores, asumiendo o cesando la tutela de los individuos examinados, con base en el resultado de dichas pruebas, sin que se produzca la intervención del Ministerio Fiscal, que solo toma conocimiento del hecho, una vez que la entidad de protección le da traslado de la resolución de cese de tutela²⁷. Además, tampoco hay consistencia en el procedimiento seguido para informar

seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias».

²² *Menores o Adultos?*, Informe de la Defensoría del Pueblo, Madrid, 2012.

²³ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

²⁴ Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados (BOE-A-2014-10515).

²⁵ Nota interna de la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado número 2/2018 sobre seguimiento de los expedientes de revisión de los decretos de determinación de la edad de extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no puede ser establecida con seguridad, <https://blogextranjeriaprogestion.org/wp-content/uploads/2018/05/NOTA-INTERNA-NUM-2-SEGUIMIENTO-MENAS.pdf>.

²⁶ STS de 23 de septiembre 2014 (n.º 453/2014, recurso n.º 1382/2013), STS de 24 de septiembre de 2014 (452/2014, recurso n.º 280/2013) y SSTs de 16 de enero 2015 (11/2015, recurso 1406/2013, y 13/2015, recurso 241/2014), entre otras. A. DE PALMA DEL TESO y A. GONZÁLEZ GARCÍA, *La determinación de la edad de los Menores Extranjeros No Acompañados tras la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2015, p. 39 ss.

²⁷ En Madrid, por ejemplo, uno de los tres Juzgados en funciones de Control de Estancia ha acordado reiteradamente la práctica de pruebas de determinación de edad sin efectuar consulta alguna al Registro del Menores No Acompañados (MENA). Memoria de la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado durante el año 2016, https://www.fiscal.es/memorias/memoria2017/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/capitulo_III/cap_III_4.pdf

sobre el alcance y consecuencias del examen médico, el consentimiento y el derecho a la asistencia jurídica²⁸. Así, existe una importante diversidad de prácticas respecto al tipo de prueba médica para determinar la edad del supuesto menor, lo que a tenor del informe de 2018 del Defensor del Pueblo Andaluz, continúa generando quejas de diferentes sectores²⁹.

Lo anteriormente expuesto nos lleva a preguntarnos sobre la oportunidad de adoptar protocolos a nivel local. La existencia de protocolos de actuación es necesaria, pero estos deberían redactarse en coordinación con otras autoridades regionales, estatales y de la UE para lograr una cierta uniformidad. De lo contrario, estos menores se encontrarán con unas prácticas más o menos restrictivas en función del lugar en el que sean localizados dentro de la UE. Esto es, por supuesto, intolerable y parece contradecir el tenor del Artículo 25 (5) de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, que establece que la minoría de edad del menor no acompañado se presume cuando después de utilizar todos los mecanismos de evaluación pertinentes, los Estados Miembros tengan todavía dudas acerca de su edad.

3.1.2. Prueba de existencia de parentesco

Las inconsistencias descritas en el apartado anterior también se aprecian respecto a la prueba de parentesco. Si no se pueden obtener documentos (legalizados) de las autoridades del país de origen, la única opción que queda para establecer los lazos es recurrir al método de prueba fáctica mediante un test genético de paternidad/maternidad. Según el Artículo 5 (2) de la Directiva sobre reagrupación familiar³⁰, «[...] Si fuera conveniente, a fin de obtener la prueba de la existencia de vínculos familiares, los Estados miembros podrán realizar entrevistas con el reagrupante y los miembros de su familia y efectuar cualquier otra investigación que estimen necesaria.» Esta discrecionalidad con respecto a la admisión de otros medios de investigación considerados apropiados (también incluidos en el Art. 16 (4) de la Directiva) permite la existencia de varias variables de verificación, aunque la preferencia se da implícitamente a las pruebas de ADN. Sin embargo, esta discreción anticipa graves riesgos y posibles abusos en el uso de pruebas genéticas. Básicamente, puede conducir a una violación significativa de la dignidad e intimidad del migrante, ya que afecta al derecho fundamental al respeto de la vida privada y familiar estipulado en el artículo 8 del CEDH³¹.

En España, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 292/2000, de 30 de noviembre³² ha afirmado que «un sistema normativo que autoriza la recogida de datos con fines legítimos pero sin incluir garantías adecuadas frente a su uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano, vulnera el derecho a la intimidad de la misma manera que lo harían las intromisiones directas en el contenido nuclear de ésta». España no contempla de forma expresa la posibilidad de realizar pruebas biológicas para establecer la existencia de parentesco, aunque requiere una entrevista personal, según lo estipulado en el Artículo

²⁸ Nota interna de la Unidad de Extranjería, cit.

²⁹ Quejas al Defensor del Pueblo Andaluz 18/0035, 18/1107, 18/1254, 18/1310, 18/3134 y 18/3971. Informe Anual del Defensor del Pueblo Andaluz 2018, <https://www.defensordelpuebloandaluz.es/sites/default/files/iac-dpa-2018-digital.b.pdf>

³⁰ Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

³¹ I. HELÉN, *Biological citizenship across the borders: politics of DNA profiling for family reunification*, in *Scandinavian Journal of Social Theory*, 2014, p. 343 ss.

³² STC 292/2000, de 30 de noviembre, BOE núm. 4, de 4 de enero de 2001.

57 del Reglamento que desarrolla la Ley de Extranjería³³. Sin embargo, ello no ha impedido que los test de ADN sean una práctica común entre las autoridades consulares, práctica que además es selectiva ya que, en particular, el parentesco se verifica a través de este método en los consulados de China y Nigeria, así como en el Consulado de Dakar, que tiene la circunscripción consular de seis países: Senegal, Gambia, Guinea Conakry, Guinea Bissau, Sierra Leona y Cabo Verde³⁴. Según el Instituto Nacional de Toxicología, órgano encargado de los análisis, la extracción de las muestras en dependencias consulares cumple formalmente el requisito básico del consentimiento informado de la persona que dona su muestra biológica para proceder al estudio del ADN³⁵. Sin embargo, el Defensor del Pueblo ha reiterado que el mantenimiento de esta prueba y la posible extensión de su práctica a nuevos consulados y oficinas consulares debe ser precedida por una mayor reflexión acerca del marco jurídico en el que puede desarrollarse dado su incidencia en el derecho a la intimidad y a la vida en familia³⁶. Dada su importancia en la esfera personal y de la privacidad, los datos genéticos pueden ser considerados como información extremadamente personal que proporciona información extraordinariamente delicada, íntimamente ligada al núcleo de la personalidad y a la dignidad humana y es por ello que existe la prohibición general de tratar este tipo de datos³⁷.

3.1.3. Existencia de vínculo matrimonial

A diferencia de lo que ocurre con el parentesco, la ausencia de documentos (auténticos) probatorios de la existencia de vínculo matrimonial no puede sustituirse por pruebas médicas y lógicamente, dicha circunstancia suele plantear problemas en los expedientes de reagrupación familiar. En España, se realizan entrevistas a los cónyuges por separado para comprobar si el matrimonio es real o de conveniencia, de conformidad con la décima disposición adicional del Real Decreto 557/2011³⁸. En relación con los matrimonios de conveniencia, además de las consecuencias civiles (nulidad del matrimonio) y penales (delito de favorecimiento a la inmigración ilegal bajo el Artículo 318 bis del Código Penal y delito de falsedad), en el ámbito administrativo, el matrimonio de convivencia constituye una causa de denegación de la solicitud de residencia o del visado por reagrupación familiar a tenor del art. 53.2 b) de la Ley Orgánica de Extranjería.

Si se solicita la reagrupación familiar en alguna Oficina Consular de España en el extranjero, que otorga visados por reagrupación familiar, se puede verificar la documentación emitida en origen e incluso realizar entrevistas personales. Si la evaluación

³³ Real Decreto 557/2011 cit.

³⁴ E. LA SPINA, *Las pruebas de ADN como factor de vulnerabilidad de las familias migrantes en la normativa de extranjería española*, en F. J. GARCÍA CASTAÑO y N. KRESSOVA (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Granada, 2011, p. 873 ss.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Por ejemplo, en su Informe de 2017, http://www.congreso.es/l12p/e8/e_0080347_n_000_m.pdf.

³⁷ El artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, *relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE*, regula el tratamiento de categorías especiales de datos personales, estableciendo la prohibición general de tratar los datos genéticos. Por lo que respecta a la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, se mantiene la prohibición de consentir tratamientos con la finalidad principal de almacenar información identificativa de determinadas categorías de datos especialmente protegidos, entre ellos los datos genéticos.

³⁸ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Extranjería, cit.

no es satisfactoria, puede denegarse la reunificación familiar por el Consulado o la Embajada pertinente, incluso si previamente se obtuvo la autorización de las autoridades de inmigración en España³⁹. Este procedimiento cuenta con el respaldo confirmatorio del Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de abril de 2014⁴⁰.

3.2 Orden público

La legalización o Apostilla de los documentos probatorios del estatuto personal del migrante no certifica el contenido subyacente al documento en sí, sino que este ha de ser reconocido en el estado de destino quien decidirá, en su caso, si da continuidad o no a las relaciones jurídicas originadas en el extranjero. A este respecto, el DIPr. prevé una serie de excepciones al reconocimiento transfronterizo de situaciones jurídicas, entre los que se encuentra el orden público. El orden público constituye pues una excepción a la aplicación de la ley extranjera competente, a causa de su incompatibilidad manifiesta con aquellos principios y valores que se consideran fundamentales en el ordenamiento jurídico del foro⁴¹. Una pareja migrante, por ejemplo, podría enfrentarse al no reconocimiento del vínculo matrimonial y por tanto, a serles rechazado el derecho a la reagrupación familiar por el hecho de que uno de los cónyuges sea menor de edad, puesto que el matrimonio infantil se considera contrario al orden público en la mayoría de Estados Miembros de la UE. De manera similar, los matrimonios polígamicos son sometidos al escrutinio de la excepción de orden público en un número considerable de Estados⁴².

A pesar de su relevancia en la adquisición de derechos migratorios, dentro de la Unión Europea no existe uniformidad normativa respecto al reconocimiento de los matrimonios celebrados en otros estados, ya se trate de Estados Miembros o de terceros estados. En el caso de España, esta cuestión debe ser tratada por las autoridades del Registro Civil quienes, por ejemplo, suelen rechazar instituciones matrimoniales que permiten la poligamia, los matrimonios de niños menores de doce años e incluso la entrega de una dote para la mujer, por ser contrarios a los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico español⁴³.

3.2.1. Matrimonios poligámicos

Debido a las muy variadas concepciones de matrimonio existentes en los distintos ordenamientos jurídicos estatales, el orden público presenta una incidencia muy fuerte en relación con la aplicación de Leyes extranjeras que regulan la capacidad matrimonial. Este es el caso del matrimonio poligámico en el que un varón está casado simultáneamente con varias mujeres, introducido por la emigración hacia Europa de personas y familias

³⁹ *Reagrupación familiar de nacionales de terceros países en España*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016, <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/redeuropeamigracion>.

⁴⁰ STS de fecha 25 de abril de 2014, R.º 10/2013.

⁴¹ M. AGUILAR NAVARRO, *El orden público en el Derecho internacional privado*, en *Rev. esp. der. int.*, 1953, p. 33 ss.; J.D. GÓNZALEZ CAMPOS y J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Orden público como correctivo funcional: Artículo 12, apartado 3 del Código Civil*, en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (eds.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Jaén, 1995, p. 894 ss.;

⁴² S. COURNELOUP ET AL., *Private International Law*, cit., p. 20 s.

⁴³ M. GUZMÁN ZAPATER, *Matrimonios celebrados en el extranjero e inscripción en el Registro Civil: práctica de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, en *Rev. esp. der. int.*, 2017, p. 93 ss.

procedentes de países islámicos, en cuyo contexto este tipo de matrimonio es legal y produce plenos efectos jurídicos.

La doctrina lleva algunos años analizando el impacto de este tipo de matrimonio en Europa⁴⁴, aunque sus tribunales y legisladores han recorrido sucesivas etapas, partiendo del rechazo inicial a la poligamia y a cualquier reconocimiento de efectos jurídicos para llegar a admitir ciertas consecuencias de orden legal⁴⁵. En algunos países europeos (Bélgica, Francia, Alemania, Italia), la legislación nacional de cada cónyuge es decisiva para determinar si un matrimonio polígamico ha sido celebrado válidamente dentro de la denominada doctrina del “orden público de proximidad”⁴⁶, es decir, que el orden público tiene más posibilidades de incidir sobre un matrimonio polígamico cuanto mayor es su vinculación de la relación jurídica con el foro (*Inlandsbeziehung*). Como resultado, un matrimonio polígamico no será reconocido si uno de los cónyuges tiene la nacionalidad del foro o en el ámbito europeo, de un Estado Miembro de la UE y sólo es posible si la Ley de ambos cónyuges permite el matrimonio polígamico⁴⁷. En el mismo sentido ha actuado la jurisprudencia inglesa, que ha reconocido ciertos efectos a los matrimonios polígamicos celebrados válidamente en el extranjero de acuerdo con la ley personal y la del lugar de celebración⁴⁸. A este respecto es necesario mencionar la Resolución del Parlamento Europeo sobre la inmigración femenina: papel y situación de las mujeres inmigrantes en la Unión Europea (2006/2010(INI)) donde se observa con preocupación que el reconocimiento legal de matrimonios polígamicos en algunos Estados miembros, pese a la prohibición de la poligamia y se pide a los Estados miembros que se aseguren de que se mantenga esta prohibición.

En España, la excepción de orden público recogida en el Artículo 12 (3) del Código Civil impide el acceso al Registro Civil de los matrimonios polígamicos extranjeros válidamente celebrados⁴⁹. Además, el extranjero residente en España podrá reagrupar a un solo cónyuge o pareja de hecho, tal como establecen expresamente los Artículos 17.1.a) y 17.4 de la Ley Orgánica 2/2009 y el Artículo 53 a) de su Reglamento⁵⁰. A este respecto, el Artículo 65 (4) del Reglamento de extranjería exige que se haga una declaración jurada en el expediente de reagrupación, por parte del reagrupante, en el sentido de que no reside con él en España ningún otro cónyuge o pareja de hecho. Incluso existe además un sistema de

⁴⁴ B. BOURDELOIS, *Marriage polygamique et droit positif français*, París, 1993; A. J. E. JAFFEY, *The Essential Validity of Marriages in the English Conflict of Laws*, in *Mod. Law Rev.*, 1978, p. 3 ss.;

⁴⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Nuevos modelos de familia y Derecho internacional privado en el Siglo XXI*, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, 2003, p. 109 s.; P. JUÁREZ PÉREZ, *Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿Un matrimonio forzoso?*, *Rev. elec. est. int.*, 2012, p. 21 ss.

⁴⁶ Esta teoría fue expuesta en el siglo XX por F. KHAN, *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, Munich, 1928. Según esta teoría, el orden público internacional sólo opera contra la aplicación de la ley extranjera si existe un vínculo con el foro. En el mismo sentido ha actuado la jurisprudencia inglesa, que ha reconocido ciertos efectos a los matrimonios polígamicos celebrados válidamente en el extranjero de acuerdo con la ley personal y la del lugar de celebración. C. Campiglio, *Matrimonio polígamico e repudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1990, p. 853 ss.

⁴⁷ S. COURNELOUP ET AL., *Private International Law*, cit., p. 20 ss.

⁴⁸ D. PEARL y W. MENSKI, *Muslim Family Law*, London, 1998, p. 273 ss.

⁴⁹ Decisiones de la Dirección General de los Registros y del Notariado RRDGRN núm. 202/2015, de 28 agosto (JUR 2016 43483); núm. 34 /2014, de 24 abril (JUR 2015 81863); núm. 2/2001, de 14 mayo (RJ 1728).

⁵⁰ Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

alertas en el Registro Central de Extranjeros que permite descubrir la presentación de más de una solicitud de residencia sobre la identidad de una misma persona por lo que ello constituye un medio para detectar y evitar la reagrupación de varios cónyuges. Todo esto es consecuencia de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reunificación familiar, la cual establece en el Artículo 4 (4) que «En caso de matrimonio poligámico, si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la reagrupación familiar de otro cónyuge». Es evidente, por tanto, que la poligamia es rechazada de pleno por las Instituciones Europeas, tal como refleja esta norma ciertamente polémica. En efecto, bajo la justificación de que se trata de un requisito de integración necesario para que la familia migrante pueda estar mejor preparada para ajustarse a los estándares cívicos del Estado de acogida y “no vivir aislado”, la solución recogida en la Directiva puede poner en peligro la vida en familia y acaba castigando al sujeto que intenta proteger, esto es, a las mujeres migrantes⁵¹.

En cualquier caso, los tribunales españoles no niegan todo tipo de efecto jurídico a estos matrimonios, en aplicación de lo que se ha denominado distinción entre «efectos jurídicos nucleares y efectos jurídicos periféricos»⁵². Los primeros se refieren a los efectos constitutivos del matrimonio y son los que el sistema español rechaza de forma rotunda en el caso de los matrimonios poligámicos. Los efectos jurídicos periféricos son, por el contrario, las consecuencias jurídicas que, derivándose del matrimonio, no afectan a su propia esencia o existencia: derecho de alimentos, pensión de viudedad, régimen económico matrimonial, filiación, derechos sucesorios, etc. Así pues, aunque no se reconozcan los efectos nucleares del matrimonio poligámico, la doctrina del orden público atenuado permite concederle ciertos efectos al objeto de proteger a las partes más débiles de este vínculo matrimonial: la esposa y los hijos. Y en este sentido la jurisprudencia más reciente ha reconocido importantes efectos a estos matrimonios en el orden social, como puede ser la pensión de viudedad⁵³. En líneas generales, el razonamiento de los tribunales es que la excepción de orden público no debe aplicarse con rigor y sin matices contra los matrimonios poligámicos ya que el ordenamiento jurídico español tiene un amplio margen para preservar sus principios básicos al tiempo que adopta decisiones protectoras y justas para aquellos que son consideradas las “víctimas” de la poligamia: las mujeres⁵⁴. Si bien es verdad que el tratamiento tan dispar que se da a la poligamia en el ordenamiento jurídico español, desde la tipificación como delito hasta este reconocimiento de importantes efectos legales en el orden social, genera una cierta inseguridad jurídica⁵⁵.

3.2.2. Matrimonios infantiles

La excepción de orden público puede también incidir sobre los denominados matrimonios infantiles. En muchos ordenamientos jurídicos se distingue entre requisitos

⁵¹ E. MORRIS, *Family Reunification and integration Policy in the EU: Where Are the Women?*, in *International Migration and Integration*, 2015, p. 639 ss.; M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *Una lectura crítica de los vínculos familiares a la luz de la Directiva 2003/86/CE y de las normas españolas de extranjería*, en *Cuad. der. trans.*, 2018, p. 732 s.

⁵² M. J. VALVERDE MARTÍNEZ y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público atenuado*, en *Cuad. der. trans.*, 2018, p. 718 ss.

⁵³ P. JUÁREZ PÉREZ, *La consolidación de una lúcida doctrina judicial sobre poligamia y pensión de viudedad: la STSJ de Andalucía de 24 de mayo de 2018*, en *Cuad. der. trans.*, 2019, p. 801 ss.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ P. JUÁREZ PÉREZ, *Jurisprudencia española y poligamia islámica: ¿Un matrimonio forzoso?*, *Rev. elec. est. int.*, 2012, p. 1 ss.

formales y sustanciales para determinar la validez del matrimonio celebrado en el extranjero. Como regla general, la Ley del estado donde se celebró el matrimonio regula los requisitos formales y la legislación nacional (en algunos estados, la ley del domicilio) de cada cónyuge determina los requisitos sustantivos. No obstante, la excepción de orden público permite rechazar el reconocimiento de un matrimonio válido bajo la ley aplicable, si con ello se produce una violación de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico del estado donde se solicita el reconocimiento. En algunos estados el matrimonio con menores de edad se suele considerar como matrimonio forzado y por tanto, contrario al orden público, puesto que los niños carecen de capacidad suficiente para tomar decisiones plenamente informadas y consentidas sobre actos que puedan tener importantes consecuencias sobre su situación jurídica⁵⁶. Pero ello no significa que se rechace el reconocimiento de todos los matrimonios celebrados con menores.

España ha ratificado el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y la lucha contra la violencia contra la mujer y violencia doméstica, también conocido como Convenio de Estambul⁵⁷, que exhorta en su Artículo 32 a los Estados Parte a tomar las medidas legislativas u otras necesarias para que los matrimonios contraídos recurriendo a la fuerza puedan ser anulables, anulados o disueltos sin que esto suponga para la víctima cargas económicas o administrativas excesivas. Además, a tenor del Artículo 37 del Convenio, los Estados Parte tomarán las medidas legislativas u otras medidas necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de obligar a un adulto o un menor a contraer matrimonio. Como consecuencia de la ratificación de este Convenio, la edad mínima para contraer matrimonio ha sido elevada en España de 14 años a 18 (o 16 en el caso de un niño emancipado) por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria y, de igual forma, los matrimonios forzados han sido criminalizados bajo el Artículo 172 bis del Código Penal⁵⁸. La reforma, se afirma, ha de servir para combatir los matrimonios forzosos, puesto que la mayoría son contraídos por niñas, y permitir a la mujer decidir sobre su propia vida⁵⁹.

El problema aparece cuando se insta la inscripción de un matrimonio con menores celebrado en el extranjero, porque aunque el Encargado del Registro Civil no puede obviar la ausencia total de consentimiento, es cuestionable que este deba realizar una ponderación del grado de intimidación de la menor, puesto de esta forma se podría estar conculcando el *ius connubii* de la mujer⁶⁰. Así, la inscripción de este tipo de matrimonios viene siendo generalmente denegada por la Dirección General de Registros y Notariado (DGRN), práctica que ha sido criticada desde sectores doctrinales por seguir una línea de actuación claramente condicionada por la política de extranjería⁶¹.

⁵⁶ S. COURNELOUP ET AL., *Private International Law*, cit., p. 21 s.

⁵⁷ Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, BOE de 6 de junio de 2014.

⁵⁸ F. CISNEROS ÁVILA, *Reflexiones sobre el delito de matrimonio forzado del artículo 172 bis del Código Penal*, *La Ley*, 2017, p. 1 ss.

⁵⁹ C. VAQUERO LÓPEZ, *Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de Derecho internacional privado desde una perspectiva de género*, *Cuad. der. trans.*, 2018, p. 439 ss., p. 447.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ M. GUZMÁN ZAPATER, *Matrimonios celebrados en el extranjero e inscripción en el Registro Civil: práctica de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, *Rev. esp. der. int.*, 2017, p. 95. En el mismo sentido, vid. I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *La calificación jurídica del "matrimonio de conveniencia": del fraude al uso indebido de la institución matrimonial*, *Rev. esp. der. int.*, 2007, p. 628.

Esto tiene por supuesto un impacto en el derecho a la reagrupación familiar de estos menores, que habrán de litigar ante los tribunales antes de poder iniciar el expediente de solicitud, aunque al menos España no ha establecido un requisito mínimo de edad para el cónyuge reagrupado, tal como prevé el Artículo 4 (5) de la Directiva 2003/86/CE⁶², como sí lo ha hecho, por ejemplo, el Reino Unido⁶³,

Ciertamente, los matrimonios infantiles pueden suponer un atentado contra la igualdad, libertad e incluso la salud de las niñas y todas las trabas establecidas por los países de recepción, sobre todo administrativas, van encaminadas a prevenir este tipo de prácticas⁶⁴. Pero el rechazo al reconocimiento a los matrimonios infantiles, además de hacerse en sede judicial, debería realizarse analizando los intereses en liza caso por caso⁶⁵. A veces estos matrimonios se celebran en circunstancias extremas para proteger a las niñas contra la violencia sexual en los campamentos de refugiados o durante su viaje migratorio hacia Europa y el hecho de que un matrimonio extranjero no sea aceptado o reconocido lo priva de sus consecuencias jurídicas. Ello tiene, por supuesto, un impacto enorme en los derechos migratorios del menor, puesto que no se le otorgará un visado por reagrupación familiar o permiso de residencia, no se llevarán a cabo las transferencias para estudiar la solicitud de asilo previstas en el Reglamento de Dublín⁶⁶ etc. Se da, además, la paradoja de que varios Estados Miembros de la Unión Europea, como el caso de España, tienen legislaciones que permiten a sus ciudadanos menores de edad contraer matrimonio (a partir de cierta edad, o con determinados tipos de autorización, o ambos)⁶⁷. Por ello, los estados receptores deberían tener en cuenta la Resolución 1468 del Consejo de Europa (2005) sobre matrimonios forzados y matrimonios infantiles, que insta a que no se reconozcan los matrimonios forzados ni los matrimonios celebrados con menores en el extranjero, excepto cuando el reconocimiento fuera en el mejor interés de las víctimas respecto a los efectos del matrimonio y particularmente, para garantizar derechos no pueden ser tutelados de otra forma⁶⁸. De lo contrario, un rechazo total y absoluto al reconocimiento de estos matrimonios, podría conculcar principios generales como son la protección de los derechos adquiridos y o el interés superior del menor. Es más apropiado que la decisión sobre el reconocimiento de matrimonios con menores celebrados legalmente en el extranjero se decida caso por caso, teniendo en cuenta el interés superior del niño y todas las circunstancias concurrentes⁶⁹.

⁶² Según el Artículo 4 (5) de la Directiva, «Con objeto de garantizar un mayor grado de integración y de evitar los matrimonios forzados, los Estados miembros podrán exigir que el reagrupante y su cónyuge hayan alcanzado una edad mínima, sin que ésta exceda los 21 años, antes de que el cónyuge pueda reunirse con el reagrupante».

⁶³ <https://fra.europa.eu/en/publication/2017/mapping-minimum-age-requirements/family-reunification>.

⁶⁴ https://www.unicef.org/spanish/protection/files/FactSheet_childmarriage_sp.pdf.

⁶⁵ C. VAQUERO LÓPEZ, *Mujer, matrimonio y maternidad*, cit., p. 448.

⁶⁶ Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, *por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida*, OJ L 180, 29.6.2013.

⁶⁷ S. COURNELOUP ET AL., *Private International Law*, cit., p. 21 ss.

⁶⁸ Debate de la Asamblea de 5 de octubre de 2005 (29) (vid. Doc. 10590, Informe del Comité de Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres. Rapporteur: Sra. Zapfl-Helbling and Doc. 10678, Dictamen del Comité de Asuntos Sociales, Sanitarios y de Familia. Rapporteur: Sra. Bargholtz). Texto adoptado por la Asamblea el 5 de octubre de 2005, <https://rm.coe.int/090000168079eff8>.

⁶⁹ M. N. SHUILLEABHAIN, *The right to marry, the right to respect for family life, the prohibition on discrimination and international marriage*, en J. J. FAWCET, M. N. SHUILLEABHAIN, S. SHAH (Eds.), *Human Rights and private*

3.3. Instituciones desconocidas en el país de destino

Hay supuestos en los que el reconocimiento del estatuto personal del extranjero no es suficiente desde la perspectiva del Derecho migratorio, en el sentido de que el reconocimiento de estatuto personal en el Derecho civil (en aplicación de las normas de Derecho internacional privado) no va necesariamente seguido de la concesión de un estatuto migratorio adecuado. Esta situación se produce, por ejemplo, cuando el estatuto personal del extranjero no encaja en las categorías existentes en la Ley del estado de destino, como ilustra la institución islámica de la *Kafala*.

En algunos países islámicos, el término *Kafala* se utiliza para describir una situación similar a la adopción, pero que no implica necesariamente la ruptura de lazos familiares, la transferencia de derechos hereditarios o el cambio de nombre del menor. Esta institución puede definirse como el compromiso realizado por un varón adulto musulmán, el *kafil*, destinado al mantenimiento, educación y protección de un menor, el *makful*, hasta su mayoría de edad, de la misma manera que haría un padre hacia su hijo, pero sin crear ningún vínculo paterno-filial. Por estas razones la *Kafala* no puede ser comparada a una adopción internacional. No se trata de un concepto unívoco, existiendo diferentes modalidades según el ordenamiento islámico que se tome de referencia, siempre basándose en la Sharia y de ahí que el factor religioso sea extremadamente importante. Así, sólo podrán ser *kafil* los musulmanes, quienes asumen el deber sagrado de educar al niño en la verdad del Corán⁷⁰.

La *Kafala* es un concepto jurídico reconocido por el Derecho internacional, en particular, por la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño⁷¹, que reconoce en el artículo 20 a la *Kafala* como un medio de protección de los niños, así como por el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños⁷², que se refiere específicamente a la *Kafala* en el Artículo 3 e) asimilando la *kafala* a las medidas de protección del niño “occidentales”. Pero aunque la existencia de responsabilidad parental sea indudable en la teoría, en la práctica los niños bajo *Kafala* y sus *kafils* tienen que librar arduas batallas legales antes de poder obtener alguna forma de reconocimiento y el derecho a residir en el territorio de un Estado Miembro de la Unión Europea⁷³.

La *Kafala* es una institución desconocida para el Derecho español, aunque puede desplegar efectos mediante las técnicas de Derecho internacional privado denominada

international Law, Oxford, 2016, p. 581 ss.; F. ARLETTAZ, J. GARCIA, *Los matrimonios forzados como una manifestación de violencia de género Extranjería cultural, religión y derechos humanos*, en Actas de las Segundas Jornadas sobre Violencia de Género. Universidad de Zaragoza. Laboratorio de Sociología Jurídica, 2016, <http://sociologiajuridica.unizar.es/sites/default/files/archivos/documenta/arlettazgracia.pdf>.

⁷⁰ P. DIAGO DIAGO, *La Kafala Islámica en España*, en *Cuad. der. trans.*, 2010, p. 140 ss.

⁷¹ BOE número 313 de 31 de diciembre de 1990.

⁷² BOE número 291 de 2 de diciembre de 2010.

⁷³ L. PANELLA, *Il riconoscimento della Kafalah Islamica nella Giurisprudenza delle corti sovranazionali europee e nella giurisprudenza italiana*, in *Scritti in onore di Angelo Davì*, Torino, 2019; A. PERA, *La kafala islamica e il ricongiungimento familiare*, en S. GRECO, G. TUMMINELLI (a cura di), *Migrazioni in Sicilia 2017*, Milán, 2018, p. 277 ss.; S. COURNELOUP ET AL., *Private International Law*, cit., p. 11 ss.

calificación funcional⁷⁴, que permite examinar a la *Kafala* establecida al amparo del ordenamiento jurídico del país de origen para ser equiparada a alguna de las medidas de protección del menor existentes en la normativa española. En este sentido, hay que tener en cuenta que no el acogimiento ni la tutela ni la adopción reúnen la misma función que la *Kafala* en el Derecho islámico.

La *Kafala* puede ser equiparada en España a un acogimiento familiar, bien con carácter provisional (acogimiento familiar simple), bien con carácter permanente (acogimiento familiar permanente) a tenor del Artículo 173 bis del Código Civil, pues el menor participa en la vida familiar e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.⁷⁵ Asimismo, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, también reconoce en su artículo 34 que la *Kafala* puede equipararse funcionalmente a la tutela. A este respecto la Dirección General de los Registros y del Notariado confirma lo dispuesto en el artículo 34 de esta Ley, al considerar al kafil como tutor dativo y otorgarle la representación legal del menor kafalado⁷⁶. Pero en ningún caso se equiparará a una adopción; es más, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ha supuesto una modificación en la Ley de Adopción Internacional y limita la práctica habitual de transformar la *Kafala* en adopción en el Artículo 19 (4), ya que «en el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción se denegará la constitución de la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en desamparo y tutelado por la Entidad Pública». De esta forma, se impide que el menor kafalado termine siendo adoptado en España para eludir las obligaciones que la legislación del país de origen impone a los guardadores o kafilés⁷⁷.

Desde el punto de vista del Derecho migratorio se deben distinguir entre situaciones donde la *Kafala* se ha constituido privadamente, con la intervención los padres biológicos del niño, que puede oficializarse mediante acta notarial, y aquellas otras en las que la *Kafala* se ha constituido sobre un menor que es declarado abandonado mediante un procedimiento administrativo o judicial una vez constatada la situación de desamparo del menor (si éste tiene padres o tutores), en cuyo caso el kafil es equiparado a un tutor dativo o representante legal del menor⁷⁸. Así, según la Instrucción de la Dirección General de Inmigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 27 de septiembre de 2007⁷⁹, en el caso de que la *Kafala* se haya constituido privadamente se deniega la concesión de un visado para la reagrupación familiar del menor en aplicación del Artículo 187 del Real Decreto 557/2011 de extranjería, puesto que este tipo de *Kafala* no es equivalente a la tutela y, en consecuencia, el *Kafil* no es tutor legal de *makeful*. Cuando la *Kafala*, sin embargo, haya sido constituida mediante un procedimiento judicial o administrativo, el visado para la

⁷⁴ Tal como expone, entre otros, la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 15 de junio de 2006, el Artículo 34 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional o el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de junio de 2011(EDJ 2011/190071).

⁷⁵ Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de octubre de 1993, que califican la “*kafala*” como un mero acogimiento.

⁷⁶ Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

⁷⁷ E. RODRÍGUEZ PINEAU, *La protección en España de menores cuya ley nacional prohíbe la adopción tras la reforma de la Ley 54/2007, de Adopción Internacional*, en *Derecho Privado y Constitución*, 2017, p. 387 ss.; C. RUIZ SUTIL, *La mujer kafala y la recepción de la kafala marroquí en el rdenamiento jurídico español*, en *Revista Clepsydra*, 2017, p. 145 ss.

⁷⁸ N. MARCHAL ESCALONA, *La Kafala marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana*, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 2013, <http://ojs.ual.es/ojs/index.php/RIDJ/article/view/1782> .

⁷⁹ Instrucción DGI/SGRJ/06/2007.

reagrupación debe concederse en aplicación del Artículo 17 (1) (c) de la Ley Orgánica de Extranjería, el cual prescribe que que un extranjero puede reunir a «los menores de dieciocho años y los mayores de esa edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, debido a su estado de salud, cuando el residente extranjero sea su representante legal y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español.»⁸⁰

Finalmente, la *Kafala* también puede plantear problemas en el ámbito de la protección social. En este sentido, a pesar de no ser equiparable a la filiación adoptiva, existen algunas resoluciones judiciales en España, como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 31 de enero de 2008⁸¹ que reconocen el derecho del *makeful* a obtener la pensión de orfandad en el régimen de seguridad social⁸², aunque no se trata de una jurisprudencia pacífica⁸³.

4. *Aplicación del Derecho extranjero*

La aplicación del Derecho extranjero es una cuestión ampliamente tratada en el Derecho internacional privado⁸⁴. En un contexto migratorio, sin embargo, esta cuestión presenta ciertas particularidades que requieren una aproximación distinta a la tradicional, principalmente centrada en la obligatoriedad de las normas de conflicto y el régimen procesal del Derecho extranjero. Así, hay que prestar especial a la aplicación del Derecho extranjero por autoridades no judiciales, quienes han de evaluar su contenido y vigencia antes de conceder derechos migratorios. Por ejemplo, los funcionarios de extranjería han de determinar la validez sustantiva de un matrimonio conforme a una Ley extranjera como requisito previo a la concesión de una reunificación familiar o decidir sobre el reconocimiento de una adopción extranjera, o de un acuerdo de cuidado de crianza temporal, incluida la *Kafala*, antes de permitir al menor solicitar un visado en el país de origen de los padres adoptivos o de su *kaafil*.

Un estudio reciente ha analizado el acceso a la Ley extranjera desde la perspectiva del Derecho migratorio en algunos estados⁸⁵, si bien es verdad que no existe un estudio integral de esta cuestión que abarque todos los Estados Miembros de la UE. En España, por ejemplo, la carga de la prueba y acceso al Derecho extranjero, así como las consecuencias en caso de que no se pueda acreditar su contenido y vigencia, han sido recientemente aclaradas por la Ley 29/2015 de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en

⁸⁰ A. ORTEGA GIMÉNEZ, *La kafala de derecho islámico: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, p. 819 ss.

⁸¹ Sentencia del TSJ de la Comunidad de Madrid 58/2008, de 31 de enero de 2008.

⁸² E. RODRÍGUEZ PINEAU, *La protección en España*, cit.

⁸³ En sentido favorable, los AAP Barcelona, Secc. 18ª, de 8 de julio de 2008 y de 30 de octubre de 2008, el AAP Guipúzcoa, Secc. 3ª, de 4 de junio de 2008, o el AAP Valladolid, Secc. 1ª, de 11 de diciembre de 2008. En sentido contrario, entre otras, el AAP Tarragona, Secc. 1ª, de 23 de junio de 2008 o el AAP Cádiz, Secc. 5ª, de 11 de diciembre de 2008.

⁸⁴ SCHWEIZER INSTITUT FÜR RECHTSVERGLEICHUNG, *The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future*, 2011, JLS/2009/JCIV/PR/0005/E4, (http://ec.europa.eu/justice/civil/files/foreign_law_en.pdf); S. LALANI, *Establishing the Content of Foreign Law: A Comparative Study*, en *Maastricht Jour. Eur. Comp. Law*, 2013, p. 75 ss.; C. ESPLUGUES ET AL., *Application of Foreign Law*, Munich, 2011.

⁸⁵ S. COURNELOUP ET AL., *Private International Law*, cit., p. 29 ss.

materia civil⁸⁶. Esta Ley solo va referida a los supuestos en los que el Derecho extranjero es objeto de una remisión conflictual, dentro de un procedimiento judicial, pero no comprende aquellas situaciones en las que el contenido de una norma extranjera condicione una determinada consecuencia jurídica material prevista por una norma española, en este caso, las normas de extranjería.

En un contexto conflictual, el Artículo 12 (6) del Código Civil establece que las normas de conflicto españolas han de ser aplicadas de oficio, por lo que en principio el juez ha de resolver el fondo del asunto conforme al Derecho español o extranjero al que remitan dichas normas. Si se trata de un Derecho extranjero, el juez no tiene que averiguar de oficio su contenido, por no ser de aplicación en este caso el principio *iura novit curia*. En este sentido y, de conformidad con el Artículo 281.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁸⁷, el Derecho extranjero debe ser probado por la parte que lo alegue, sin perjuicio de que el juez pueda, además, completar o comprobar la pruebas que le han presentado las partes. A tenor del Artículo 33 de la Ley 29/2015, los medios de prueba de que disponen las partes son los generales previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo los más comunes los documentos públicos o intervenidos por fedatario público donde se hace constar el contenido y vigencia de las normas extranjeras invocadas y el dictamen de jurisprudencia de la nacionalidad del estado cuyo Derecho es objeto de prueba debidamente legalizado. Además, hay que tener en cuenta los convenios internacionales ratificados por España sobre información del Derecho extranjero, que permiten al juez completar o comprobar la información que le han facilitado las partes, como el Convenio de Londres de 1968 acerca de la información del Derecho extranjero⁸⁸ y la Convención interamericana de Montevideo de 1979 sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero⁸⁹, además de varios convenios bilaterales sobre la materia y de la Red Judicial Europea⁹⁰, que puede emplearse para tal fin. Cuando quien alega el Derecho extranjero no consigue probar satisfactoriamente su contenido y vigencia cabían tradicionalmente hasta tres posibles soluciones: resolver conforme al Derecho material español, desestimar la demanda o aplicar un punto de conexión subsidiario⁹¹. Con la entrada en vigor de la Ley 29/2015 las dudas se han despejado y cuando no se haya podido acreditar el Derecho extranjero, el juez habrá de resolver conforme al Derecho material español⁹².

Otra situación bien diferente es la aplicación del Derecho extranjero por autoridades de carácter no judicial, cuando se ha de tener en cuenta o toma en consideración el Derecho extranjero para condicionar una determinada consecuencia jurídica material prevista por la norma española, por ejemplo, normativa en materia de extranjería. En este tipo de casos, hay reglas especiales para determinados tipos de autoridades, como pueden

⁸⁶ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE núm. 182 de 31 de julio de 2015.

⁸⁷ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 7 de 8 de enero de 2000.

⁸⁸ Convenio europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero, hecho en Londres el 7 de junio de 1968, BOE de 7 de octubre de 1974.

⁸⁹ Convención Interamericana sobre Pruebas e Información acerca del Derecho Extranjero. Montevideo, 8 de mayo de 1979. BOE de 13 de enero de 1988.

⁹⁰ Artículo 3 (2) (b) de la Decisión 2001/470/CE, por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil.

⁹¹ A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLES, *Derecho internacional privado*, Granada, 2014.

⁹² Apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley 29/2015, que remite a la jurisprudencia constitucional, STC 10/2000.

ser notarios y registradores por remisión de los Artículos 100 de la Ley del Registro Civil⁹³, Artículo 36 del Reglamento Hipotecario⁹⁴ o Artículo 168 (4) del Reglamento Notarial⁹⁵. En estos supuestos la Dirección General de los Registros y del Notariado⁹⁶ ha establecido en distintas Resoluciones que la falta de acreditación del Derecho extranjero ante el registrador suspenderá la inscripción. No cabe por tanto, la solución prevista para la aplicación judicial del Derecho extranjero, donde se aplica el Derecho material español con carácter subsidiario⁹⁷. Esta aproximación afecta de lleno a los derechos migratorios de los extranjeros teniendo en cuenta que la gran mayoría de cuestiones relacionadas con el estatuto personal o los vínculos de parentesco están sometidas a la Ley nacional en virtud del Artículo 9 del Código Civil. Esta carga debe ser aún grande para las autoridades con competencia en temas de asilo e inmigración, pero no existen cifras sobre la aplicación del Derecho extranjero por parte de dichas autoridades administrativas⁹⁸.

5. Estatuto de refugiado bajo el Artículo 12 del Convenio de Ginebra de 1951

Finalmente, otro punto de interacción entre el Derecho internacional privado y el Derecho migratorio se manifiesta entorno al estatuto legal de refugiado. Según el Artículo 1 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados⁹⁹, el término “refugiado” se aplicará a toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. Una vez que el solicitante ha obtenido el reconocimiento de su condición de refugiado en un Estado conforme al Convenio de Ginebra de 1951, accede a lo que se conoce como estatuto de refugiado, lo que conlleva una serie de derechos y obligaciones. El estatuto personal del refugiado viene regulado en el Artículo 12 (1) del Convenio, en el que se establece que El estatuto personal de cada refugiado se regirá por la ley del país de su domicilio o, a falta de domicilio, por la ley del país de su residencia [...]. Es decir, que se asimilan a los nacionales del país de su residencia efectiva para las cuestiones que tienen que ver con su estatuto personal y sus

⁹³ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, BOE núm. 175 de 22 de julio de 2011.

⁹⁴ Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario, BOE núm. 106 de 16 de Abril de 1947.

⁹⁵ Decreto 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, BOE núm. 189 de 7 de Julio de 1944.

⁹⁶ RDGRN de 7 de julio de 2011, BOE núm. 192 de 11 de agosto de 2011 o RDGRN de 15 de julio de 2011, BOE núm. 229 de 23 de septiembre de 2011.

⁹⁷ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Artículo 12, apartado 6 del Código civil: Aplicación judicial y extrajudicial del Derecho extranjero*, en M. ALBALADEJO, S. DÍAZ ALABART (eds.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, 1995, p. 973 ss.; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Pamplona, 2017, p. 238.

⁹⁸ Ni en España ni en otros Estados Miembros de la Unión Europea. S. COURNELOUP ET AL., *Private International Law*, cit., p. 31.

⁹⁹ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, BOE núm. 252 de 21 de Octubre de 1978.

derechos civiles¹⁰⁰. Asimismo, dicho artículo estipula en su segundo párrafo que «Los derechos anteriormente adquiridos por cada refugiado y dependientes del estatuto personal, especialmente los derechos inherentes al matrimonio, serán respetados por todo Estado Contratante, siempre que el derecho de que se trate sea de los que habrían sido reconocidos por la legislación del respectivo Estado, si el interesado no hubiera sido refugiado». Esto es, que los refugiados no perderán los derechos anteriormente adquiridos en su país de origen, aunque hayan roto cualquier tipo de nexo con dicho país (del que pueden seguir siendo nacionales o haber perdido dicha nacionalidad).

Esta norma, que hoy está en línea con las normas de conflicto referentes al estatuto personal en una mayoría de estados, sigue suponiendo una ruptura con la aproximación tradicional en algunos otros, como el ordenamiento jurídico español, que generalmente somete la cuestión del estatuto personal a la ley de la nacionalidad en el Artículo 9 (1) del Código Civil. Además, el Artículo 12 de la Convención de Ginebra de 1951 deja sin contestar una serie de cuestiones que tienen una relevancia fundamental para los derechos y obligaciones de los refugiados, como pueden ser la definición y ámbito del estatuto personal, el concepto de domicilio o residencia habitual, el carácter imperativo de este precepto o qué solución es aplicable en el supuesto de conflicto móvil, es decir, cuando el refugiado cambia su residencia¹⁰¹. A este respecto y a diferencia de otras cuestiones de Derecho internacional privado que han sido “europeizadas”, todo lo relativo al estatuto personal sigue siendo competencia del legislador nacional y existen soluciones divergentes. Y es que en el ámbito del Derecho internacional privado el legislador europeo ha dejado la determinación del estatuto personal fuera del ámbito material de la normativa potencialmente relevante, tal como disponen el artículo 1.2 a) del Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis), el art. 1.3 a) del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, o el artículo 22 del Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, entre otros. La Unión Europea dispone de base jurídica para adoptar medidas legislativas en materia de asilo e inmigración y destinadas a garantizar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados Miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción, así como el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y extrajudiciales relativas al derecho de familia con repercusión transfronteriza, aunque se requiere la unanimidad de los Estados miembros, tal como prevé el artículo 81 (3) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Por ello, la ausencia de una normativa a nivel europeo relativa al estatuto personal es más bien consecuencia de que esta materia está estrechamente relacionada con las tradiciones y los valores sociales y es, por tanto, difícil alcanzar un consenso para armonizar los distintos criterios recogidos en los ordenamientos nacionales. Lo que no obsta para que varias organizaciones internacionales sigan insistiendo en la necesidad de una mayor armonización y coordinación entre las normas de Derecho internacional

¹⁰⁰ D. LÓPEZ GARRIDO, *El derecho de asilo*, Madrid, 1991, p. 107; S. PÉREZ BARAHONA, *El estatuto de refugiado en la Convención de Ginebra de 1951*, en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, REDUR, 2003, p. 244 ss.

¹⁰¹ S. COURNELOUP ET AL., *Private International Law*, cit., p. 33 s.

privado y el Derecho migratorio. Así lo ha puesto de manifiesto, por ejemplo, el *European Group on Private International Law*, quien en su Declaración sobre el estatuto jurídico de los solicitantes de protección internacional de terceros países a la Unión Europea¹⁰², ha instado a las Instituciones de la Unión Europea y a los Estados Miembros, a promover, entre otros, la ratificación universal de instrumentos de Derecho internacional privado, destinados a garantizar la seguridad jurídica y el reconocimiento mutuo del estatuto personal, incluido el Convenio de La Haya de 1996.

6. Conclusiones

Las líneas precedentes han dado cuenta de la clara interacción entre el Derecho internacional privado y el Derecho migratorio ya que la obtención de derechos migratorios depende a menudo de las relaciones privadas (matrimonio, paternidad) o el estatuto personal (edad) del migrante. Considerando la importancia de esta interacción, tanto el legislador como las autoridades implicadas deberían coordinar sus esfuerzos al objeto de salvaguardar la vida privada y familiar de los refugiados y migrantes. En particular, la UE debería adoptar un enfoque coherente en estas áreas, tanto internamente como en las relaciones con terceros Estados, teniendo en cuenta que tiene competencias tanto en materia de asilo e inmigración como en cooperación judicial en materia civil. No es de recibo que los derechos de las personas migrantes dependan aleatoriamente del Estado Miembro de recepción. Pero es que ni siquiera existe coordinación a nivel estatal o regional, como demuestra el caso español. Actuaciones tan importantes como la prueba de edad evidencian situaciones disparatadas e injustas, como los casos en los que se establecen distintas edades para un mismo extranjero indocumentado localizado en varias Comunidades Autónomas en un corto espacio de tiempo, lo que determina su ingreso o no en un centro de protección de menores, asignación de un representante legal etc¹⁰³. Tampoco existe uniformidad en cuanto a la prueba de parentesco, como manifiestan las pruebas selectivas de ADN dependiendo del estado de origen de los migrantes o la inadmisión de determinados certificados de nacimiento o matrimonio según cuál sea su procedencia.

Muchas de estas situaciones responden ciertamente a la falta de coordinación por parte del legislador y autoridades con competencia en la materia, lo que debería llevar a la adopción de instrumentos uniformes, en especial, relativos al estatuto personal. Instituciones y principios tradicionales del Derecho internacional privado, como los puntos de conexión en materia de estatuto personal, el domicilio, la calificación o el orden público, deberían armonizarse y adaptarse en el contexto migratorio para que su aplicación no impida de forma injustificada el derecho de los migrantes al respeto a una vida privada y familiar tal consagrada en el Artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los

¹⁰² Declaration of the European Group on Private International Law on the Legal Status of Applicants for International Protection from Third Countries to the European Union, 2015, <https://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-25bis.htm>.

¹⁰³ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*, Madrid, 2012, <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/menores-o-adultos-procedimientos-para-la-determinacion-de-la-edad-enero-2012/>

Derechos Humanos (CEDH)¹⁰⁴. Además, sería aconsejable que la excepción de orden público se aplique de forma atenuada, esto es, que si es necesario proteger al eslabón más débil, se respeten relaciones jurídicas creadas en el extranjero cuando el perjuicio que puede ocasionar la aplicación de la Ley extranjera sobre los principios básicos que inspiran el ordenamiento y la sociedad de los estados de acogida es muy débil. Este puede ser el caso del reconocimiento de efectos jurídicos periféricos en el orden social a los matrimonios poligámicos. De la misma manera, y siempre siguiendo objetivos de carácter tuitivo, habría que articular soluciones que permitan reconocer los efectos previstos por la Ley extranjera, examinando en cada caso concreto el contenido del acto constituido en el extranjero y buscando la equiparación funcional con una figura del Derecho del estado de acogida, que pueda dar la cobertura suficiente al efecto reclamado, como ocurre con la *Kafala* islámica¹⁰⁵.

Pero una cosa es que la falta de coordinación entre el Derecho migratorio y el Derecho internacional privado conduzca a resultados injustos y otra bien distinta que los resultados injustos sean consecuencia de una manipulación consciente de las normas de Derecho internacional privado por el legislador y las autoridades competentes para hacer política migratoria. En este sentido da la impresión de que, a veces, las normas de Derecho internacional privado se utilizan para asegurar la desestimación de ciertas solicitudes de derechos de residencia, seguridad social o de nacionalidad que están basados en los vínculos personales o familiares del migrante¹⁰⁶. En España, como se ha visto, la práctica de la Dirección General de los Registros y del Notariado refleja que la activación de la excepción de orden público está condicionada por la política de extranjería de cada momento. Cuando esta es restrictiva, el orden público se activa casi mecánicamente por los Encargados del Registro en la fase de control de validez del matrimonio celebrado ante autoridad extranjera, lo que ha suscitado importantes críticas por dar más preferencias a la protección de fronteras que a la institución matrimonial¹⁰⁷. Otro ejemplo ilustrativo concierne el derecho a la reagrupación familiar, donde el diseño de la familia “ideal” objeto de reagrupación a la luz del Derecho de extranjería no siempre coincide con la relación y la validez de los vínculos familiares creados en el extranjero. En efecto, desde el Derecho migratorio se quiere un modelo tradicional y no ampliado de familia que coincide con la familia nuclear europeo-occidental (cónyuge o pareja registrada + hijos menores de edad) y que excepcionalmente permite la inclusión de ascendientes dependientes del reagrupante y no competitivos en el mercado laboral del país de acogida¹⁰⁸. Pero como el paso previo es establecer la relación y validez de los vínculos familiares, las normas de extranjería acaban muchas veces condicionando la aplicación de conceptos y mecanismos típicos del Derecho internacional privado destinados a reconocer los perfiles de los miembros de la familia beneficiarios de la reagrupación (quién es cónyuge, quién es pareja, quién es hijo, quién es ascendiente). Lo que puede conducir a una dislocación de la familia extranjera en aras de la integración¹⁰⁹.

De lo anterior se deduce que no solo hay una falta de coordinación entre ambas disciplinas sino también una contaminación lamentable del Derecho internacional privado

¹⁰⁴ Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, BOE núm. 243 de 10 de Octubre de 1979.

¹⁰⁵ P. DIAGO DIAGO, *La Kafala Islámica en España*, cit., p. 160; L. PANELLA, *Il riconoscimento della Kafalah Islamica*, cit., p. 24.

¹⁰⁶ V. VAN DEN EECKHOUT, *The ill-fitting hinge*, cit.

¹⁰⁷ M. GUZMÁN ZAPATER, *Matrimonios celebrados en el extranjero e inscripción en el Registro Civil*, cit., p. 94.

¹⁰⁸ M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *Una lectura crítica*, cit., p. 734.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

por el Derecho migratorio¹¹⁰. Una contaminación que, con el fin de proteger las fronteras o poniendo el acento en la incorporación del extranjero al mercado de trabajo puede tener importantes implicaciones en el derecho a la vida familiar de los migrantes por medio de la imposición de un modelo donde no hay cabida para otras formas de familia¹¹¹. Otras veces se trata simplemente de excluir vínculos familiares perfectamente legítimos de acuerdo con la ley aplicable al estatuto familiar con un afán protector como, por ejemplo, los matrimonios poligámicos. Así lo pone de manifiesto el Parlamento Europeo cuando insta a los Estados Miembros a que todos los actos violentos perpetrados contra mujeres y niños, en particular los matrimonios forzosos, la poligamia, los delitos de honor y la mutilación genital femenina, sean objeto de sanciones eficaces y disuasorias¹¹². Pero al hacerlo, se está equiparando la poligamia a delitos particularmente graves, lo que a la postre, en vez de proteger a la mujer acaba sancionándola, pues se le despoja de derechos y expectativas que creía tener como esposa en el momento de celebración del matrimonio¹¹³. La falta de comprensión hacia otras formas de vida familiar puede ser el resultado de la percepción de que el modelo occidental es la forma universal de organización familiar, pero no hay que olvidar que el modelo occidental dominante y otros modelos familiares son solo productos culturales y como tal deben ser considerados¹¹⁴.

Todo lo que es diferente no tiene por qué ser una amenaza para las sociedades occidentales de acogida, aún menos cuando se trata de instituciones extranjeras de protección inspiradas en el principios generalmente reconocidos, como el interés superior del menor en el caso de la *Kafala*. En consecuencia, los estados receptores de migrantes deberían ser más cautelosos a la hora de impedir categóricamente que instituciones extranjeras desplieguen efectos propios según lo que determina la legislación del país de origen y prestar más atención al caso concreto. Esta aproximación desde el Derecho internacional privado al fenómeno migratorio no sólo es más respetuosa con la integridad de instituciones extranjeras, desconocidas pero no necesariamente contrarias a nuestros ordenamientos jurídicos, sino que permite además restaurar la continuidad de las relaciones jurídicas transfronterizas. Y es que, como acertadamente han puesto de manifiesto algunos autores¹¹⁵, el Derecho internacional privado, por definición, no debe ser xenófobo o imperialista.

¹¹⁰ S. SÁNCHEZ LORENZO, *La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia*, en *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, 2003, p. 247 ss., p. 266-273; V. VAN DEN EECKHOUT, *The ill-fitting hinge*, cit.

¹¹¹ N. FONER, *The Immigrant Family: Cultural Legacies and Cultural Changes*, en *International Migration Review*, 1997, p. 961 ss.; E. KOFMAN, *Female "Birds of Passage" a Decade Later: Gender and Immigration in the European Union*, en *International Migration Review*, 1999, p. 269 ss.

¹¹² Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre la inmigración femenina, cit., párrafo 35.

¹¹³ L. P. MOCH, *Gender and Migration Research*, en M. BOMMES, E. MORAWSKA (eds.), *International Migration Research: Constructions, Omissions and the Promises of Interdisciplinarity*, London, 2005, p. 95 ss.

¹¹⁴ B. NAUCK, B. SETTLES, *Immigrant and Ethnic Minority Families: An Introduction*, en *Journal of Comparative Family Studies*, 2001, p. 461 ss.

¹¹⁵ P. DIAGO DIAGO, *La Kafala Islámica*, cit., p. 164, citando a S. VRELLIS, *Le droit International privé est par hypothèse ouvert au monde entier: il n'est pas xénophobe ni impérialiste*, en *Recueil des Cours. Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé. A la recherche de la justice*, La Haya, 2007, p. 229.

ABSTRACT: *the relationship between private international law and migration law*

The paper tries to highlight the relationship between Private international law and migration law. In consideration of the importance of this relationship, both legislators and the authorities involved should coordinate their efforts towards the safeguard of private and family life of refugees and migrants alike. In particular, the EU should adopt a coherent framework both domestically and in relation to Third Member States, taking into consideration its competences in the areas of asylum and immigration and civil judicial cooperation. There are many fields in these areas, which lack of coordination between the legislator and the competent authorities. All this brings to the necessity to adopt coordinated instruments with regard to the personal status of people involved. Some key principles of private international law need being coordinated and harmonized in order to be applied to the migration field.

SALVAGUARDIA DELLA VITA UMANA IN MARE E POTERI DEL COMANDANTE

ADELE MARINO*

SOMMARIO: 1. Il soccorso in mare. – 2. La figura del comandante nel soccorso. – 3. Il ruolo del comandante ed il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. – 4. Conclusioni.

1. *Il soccorso in mare*

Il fenomeno migratorio che attraversa da alcuni anni il bacino del Mediterraneo ha posto all'attenzione dell'opinione pubblica l'istituto del «soccorso» prestato a coloro i quali, per fuggire alle guerre e alla disperazione si imbarcano su navi fatiscenti con il rischio di naufragare nella speranza di raggiungere le coste dell'Europa.

Il soccorso in acqua, istituto di antica tradizione, basato sulla solidarietà marinara, si è in questi ultimi anni trasformato da evento eccezionale a fatto quasi quotidiano. Esso è diventato, per un verso una sorta di «strumento operativo» di allontanamento dall'afflizione dei regimi totalitari per coltivare la speranza, altrove, di un futuro migliore, e, per converso, «strumento» nella signoria di organizzazioni criminali che speculano sulle aspettative dei cd. migranti.

A livello internazionale il soccorso prestato in acqua è disciplinato da diverse normative pattizie che contengono disposizioni omogenee quanto al dovere di intervenire per salvare le vite umane, ma testo cardine è rappresentato dalla Convenzione di Montego Bay del 1982 sul diritto del mare, con cui l'Italia si è impegnata a che ogni comandante presti soccorso a chi si trovi in pericolo di perdersi, procedendo, arg. *ex art.* 98 UNCLOS, «quanto più velocemente è possibile al soccorso delle persone in pericolo, se viene a conoscenza del loro bisogno di aiuto»¹. Il paragrafo 2 dell'art. 98 prevede inoltre che gli Stati debbono promuovere la costituzione e il funzionamento permanente di un servizio adeguato ed efficace di ricerca e soccorso per tutelare la sicurezza marittima. Ogni Stato deve garantire, secondo l'art. 94, par. 4, lett. c), che «il comandante, gli ufficiali e, ... i membri dell'equipaggio conoscano perfettamente e abbiano l'ordine di rispettare le pertinenti norme internazionali relative alla salvaguardia della vita umana in mare, alla prevenzione degli abbordi, alla prevenzione, riduzione e controllo dell'inquinamento marino, ...».

* Professore associato di Diritto della navigazione, Università degli studi di Messina.

¹ La Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, è stata firmata il 10 dicembre 1982 a Montego Bay, e ratificata in Italia con l. 2 dicembre 1994 n. 689, entrata in vigore il 20 dicembre 1994.

Come è noto a ciò si è provveduto mediante la Convenzione SAR (*Search and Rescue*) di Amburgo del 27 aprile 1979². I soccorsi, oggi, sono gestiti, sotto il profilo operativo, dalle previsioni della SAR volta ad uniformare le procedure per la creazione di una «rete» di centri di coordinamento SAR che agiscono secondo standard armonizzati. A tal fine lo Stato rivierasco deve dotarsi di un efficiente apparato di ricerca e salvataggio in mare equivalente a quello svolto negli altri Paesi contraenti. In Italia il DPR 28 settembre 1994 n. 662 ha dato attuazione alla Convenzione, affidando al Comando generale delle Capitanerie di porto il ruolo di «organismo nazionale, che assicura il coordinamento generale dei servizi di soccorso marittimo» (art. 4).

Anche la *International Convention for the Safety of Life at Sea* (SOLAS), adottata a Londra il 1 novembre 1974, contiene al capitolo V «*safety of navigation*», la Regola 33³ secondo la quale il comandante di una nave che ha notizia di una persona in pericolo in mare deve prestare assistenza prima possibile.

Sul piano del diritto uniforme il «soccorso in acqua» è anche richiamato dalla Convenzione di Londra del 1989, resa esecutiva in Italia con l. 2 aprile 1995 n. 29, entrata in vigore il 14 luglio 1996⁴. Questa convenzione, di derivazione anglosassone non distingue, tra assistenza e salvataggio, ma li considera «unitariamente ... nell'ambito della più generale nozione di *salvage*»⁵. Secondo l'art. 1, infatti, «per “operazione di assistenza” s'intende

² Sulla Convenzione di Amburgo cfr. S. MAGNOSI, *La convenzione di Amburgo del 1979 sulla ricerca ed il salvataggio in mare* (Search and Rescue, SAR) e gli accordi ad essa collegati stipulati dall'Italia, in *Studi per Leanza*, Napoli, 2008, p. 1693; U. LEANZA, F. CAFFIO, *L'applicazione della convenzione di Amburgo del 1979 sul SAR* in *Riv. dir. nav.*, 2015, fasc. 1, p. 319; C. BOVA, G. BOVA, *Sulle convenzioni internazionali in materia di soccorso alle persone in mare*, in *Dir. trasp.*, 2017, fasc. 1, p. 11.

³ La Regola 33 prevede testualmente «The master of a ship at sea which is in a position to be able to provide assistance on receiving information from any source that persons are in distress at sea, is bound to proceed with all speed to their assistance, if possible informing them or the search and rescue service that the ship is doing so. This obligation to provide assistance applies regardless of the nationality or status of such persons or the circumstances in which they are found». Per bibliografia sulla convenzione SOLAS v. F. BOISSON, *Safety at Sea. Policies, regulations International Law*, Paris, 1999; G. CAMARDA, *L'evoluzione della normativa internazionale e nazionale vigente in materia di sicurezza della navigazione e prevenzione dell'inquinamento marino*, in *Riv. giur. amb.*, 2001, p. 669 ss.; M. GRIGOLI, *Il problema della sicurezza nella sfera nautica*, I, Milano, 1989; Id., *Il problema della sicurezza nella sfera nautica*, II, Milano, 1990; S. ZUNARELLI, M. M. COMENALE PINTO, *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti*, I, ed. III, Padova, 2016, p. 99 ss.; A. RIZZO, *Sicurezza della vita umana in mare*, in F. Pellegrino (a cura di), *Sviluppo sostenibile dei trasporti marittimi nel Mediterraneo*, Napoli, 203, p. 63.

⁴ Per la letteratura italiana sulla convenzione di Londra si possono richiamare, tra gli altri, i contributi di F. BERLINGERI, *L'introduzione nell'ordinamento italiano della Convenzione del 1989 sul salvataggio: suoi effetti sulla normativa previgente*, in *Dir. mar.*, 1998, p. 1369; ID., *Le convenzioni internazionali di diritto marittimo e il codice della navigazione*, Milano, 2009, 457 ss.; ID., *Uniformità e armonizzazione del diritto marittimo*, in *Dir. comm. int.*, 2, 2012, p. 445; amplius G. CAMARDA, *Convenzione «Salvage 1989» e ambiente marino*, Milano, 1992; ID., *Il soccorso in mare*, Milano, 2006; ID., *Soccorso in mare*, in *Diritto della navigazione*, a cura di M. Deiana (nella collana *Dizionari del diritto privato* promossi da N. Irti), Milano, 2010, p. 412 ss.; D. GAETA, *La Convenzione di Londra del 1989 sul soccorso in acqua*, in *Dir. mar.*, 1991, p. 293; P. CELLE, *Note sull'applicazione della Convenzione di Londra del 1989 sul soccorso in mare*, in *Studi per F. Berlingeri*, Genova, 2010, p. 328; G. DI GIANDOMENICO, *Distinzioni ed interconnessioni fra soccorso e rimorchio nella convenzione di Londra del 1989*, in *Dir. trasp.*, 1996, p. 693 ss.; U. LA TORRE, *Salvataggio di nave e tutela dell'ambiente*, in *Dir. trasp.*, 2000, 691, p. 699 ss.; M. P. RIZZO, *La nuova disciplina del soccorso in acqua e il codice della navigazione*, Napoli, 1996; E. VINCENZINI, *La Convenzione internazionale di Londra del 1989 sul salvataggio ed il contratto LOF 1990*, Milano, 1992; E. VOLLI, *Assistenza e salvataggio*, Padova, 1957; ID., *Il soccorso marittimo*, in *Trattato breve di diritto marittimo*, a cura di Antonini, III, Milano, 2010, p. 163 ss.

⁵ Così M. P. RIZZO, *La nuova disciplina internazionale del soccorso in acqua ed il codice della navigazione*, Napoli, 1996, p. 76.

qualsiasi azione o attività intesa ad assistere una nave o qualsiasi altro bene in pericolo in acque navigabili o in altre acque».

Presupposto per l'applicazione della Convenzione è la situazione di «danger» ovvero di pericolo in cui si trovi una nave⁶; pertanto, deve sussistere, secondo un orientamento giurisprudenziale, «una situazione di difficoltà non superabile con i propri mezzi che faccia supporre come ragionevolmente possibile il verificarsi di un sinistro»⁷. Giova ricordare che la Convenzione di Londra ha inciso altresì sulla disciplina relativa all'assistenza e salvataggio marittimo, contenuta nel codice della navigazione agli artt. 489 a 500. A parere della prevalente dottrina, infatti, la Convenzione internazionale sostituisce, le norme codicistiche con essa incompatibili⁸, poiché si applica ad ogni «ipotesi di soccorso in mare o in altre acque, effettuato con o senza mezzi nautici, quando il procedimento giudiziario o arbitrale sia instaurato in Italia»⁹.

La normativa uniforme è ulteriormente supportata dalla legislazione europea che ribadisce nel Reg. Ue 656/2014¹⁰ l'obbligo per gli Stati, conformemente al diritto

⁶ La giurisprudenza sull'argomento è copiosa, v. *ex multis* Trib. di Lecce, sez. II, 9 luglio 2012 n. 1824, in *Dejure*, secondo cui «ai sensi dell'art. 491 c. nav., ai fini del riconoscimento della ricompensa di un'attività di salvataggio è sufficiente che «i beni assistiti o salvati» si trovino in una condizione di «pericolo», la cui diversa intensità influisce sulla quantificazione del compenso dovuto al soccorritore. Pertanto, ai fini dell'applicazione dell'art. 491 c. nav., è sufficiente che la situazione di pericolo sia tale da rendere ragionevolmente prevedibile il verificarsi di un sinistro che comporti il rischio di grave danneggiamento». Cfr. anche Lodo arb., 26 giugno 1992, in *Dir. mar.*, 1993, p. 147; Trib. Taranto, 10 gennaio 2003, in *Dir. mar.*, 2005, p. 1353; Trib. Oristano, 10 gennaio 2011, in *Dir. mar.*, 2011, p. 1340; Trib. Palermo, 22 marzo 2010, in *Dir. mar.*, 2012, p. 547; Trib. Genova, 27 marzo 2012, in *Dir. mar.*, 2013, p. 178; Corte d'appello di Sassari, 07 settembre 2018, n. 367, in riforma della sentenza del Tribunale di Sassari, sez. II, del 24 febbraio 2016, n. 323.

⁷ Così Trib. di Genova 8 novembre 2005, in *Dir. mar.*, 2007, p. 501 con nota di C. BUONVINO, *La sussistenza del pericolo ed il riconoscimento del compenso in tema di salvage*. Occorre tuttavia ricordare che gli orientamenti della giurisprudenza, sull'esistenza e la valutazione della situazione di pericolo, non sono concordi: infatti secondo alcuni la sussistenza del *danger* deve valutarsi *a posteriori*, «facendo ricorso all'esperienza acquisita e alle tecniche nautiche e alle circostanze concrete»: così Cassazione civ., sez. I, 27 maggio 1989, n. 2571, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 2038 e in *Giur. it.*, 1990, I, 1, p. 1780, con nota di M. M. COMENALE PINTO, *Assistenza e rimorchio fra qualificazione da parte dei contraenti e sussistenza del pericolo*. In tale senso anche Trib. Marsala 17 maggio 2004 e Trib. Barcellona P. G., sez. distaccata di Milazzo, del 17 luglio 2006, n. 100 in *Giureta (rivista on line)*, 2008, con nota di M. GARUFI, *Spunti di riflessione in merito ad una decisione su un soccorso operati da piloti e rimorchiatori*. Per altri, invece, la gravità del pericolo deve valutarsi in base ad un giudizio *ex ante* «non solo quando questo venga giudicato certo, ma anche quando sia, o sia ritenuto, soltanto probabile o concretamente possibile dal comandante della nave in difficoltà», (così Corte di Appello di Cagliari, 26 luglio 1990, n. 218 e Tribunale di Cagliari, 20 ottobre 1989, n. 1494, in *Rivista Giuridica Sarda*, 1991, p. 324 ss. con nota di M. Deiana, *Brevi note sul rimorchio-soccorso e sulla nomina del consulente tecnico nella cause sui sinistri marittimi*; Trib. Brindisi 14 dicembre 1987, in *Dir. mar.*, 1988, p. 833; Trib. Roma, 8 giugno 1993, in *Dir. mar.*, 1995, p. 216 ss.; Trib. Cagliari 17 marzo 2006, n. 753, con nota di A. FACCIO, *Brevi note sulla definizione della situazione di pericolo quale presupposto per la sussistenza del soccorso in mare*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1933 ss.).

⁸ Per un'approfondita disamina del rapporto tra competenza del codice della navigazione e disciplina uniforme v. per tutti, M. P. RIZZO, *La nuova disciplina internazionale del soccorso in acqua ed il codice della navigazione*, Napoli, 1996, p. 73 ss.

⁹ Così A. LEFEBVRE, G. PESCATORE; L. TULLIO, *Manuale dir. nav.*, XV ediz., Milano, 2019, p. 676.

¹⁰ Regolamento (UE) n. 656/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 recante «norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea». Le operazioni di protezione delle frontiere esterne dell'UE sono affidate all'agenzia europea *Frontex*, (Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera), istituita con il Regolamento

internazionale e nel rispetto dei diritti fondamentali «di prestare assistenza a qualunque natante o persona in pericolo in mare» (art. 9, § 1)¹¹.

2. La figura del comandante nel soccorso

Nella disciplina internazionale e codicistica, figura centrale nella fase del soccorso è il comandante della nave che si trova a prestare assistenza ad un'altra nave, e quindi anche il caso del soccorso ai migranti.

Come è noto il comandante¹², nominato dall'armatore, è il capo della comunità viaggiante, cui tutti sono sottoposti gerarchicamente, e deve tutelare gli interessi a lui affidati.

Secondo le norme del codice della navigazione, in presenza di una situazione di pericolo, il comandante della nave deve porre in atto le misure per assicurare la salvezza della spedizione con tutti i mezzi a sua disposizione, non escluso quello (art. 302 c. nav.) di chiedere assistenza¹³ ad altre navi. Infatti «sul presupposto di un pericolo, non altrimenti evitabile, la salvezza della spedizione è il fine e l'assistenza di altra nave è il mezzo»¹⁴.

(UE) 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2016, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea, che modifica il regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio e la decisione 2005/267/CE del Consiglio. Per un approfondimento v. S. TREVISANUT, *L'Europa e l'immigrazione clandestina via mare: Frontex e diritto internazionale*, in *Dir. un. eur.*, 2008, p. 367 ss.; P. TAORMINA, *Immigrazione extracomunitaria: l'Agenzia Frontex e la cooperazione alle frontiere*, in *AP Argomenti*, 2 agosto 2009; M. CHILLAUD, *Frontex as the Institutional Reification of the Link between Security, Migration and Border Management*, in *Contemporary Eur. Studies*, 2012, p. 45 ss.; K. HORSTI, *Humanitarian Discourse Legitimizing Migration Control: Frontex Public Communication*, in *Migrations: Interdisciplinary Perspectives*, Vienna, 2012, p. 297 ss.; A. LIGUORI, N. RICCIUTI, *Frontex ed il rispetto dei diritti umani nelle operazioni congiunte alle frontiere esterne dell'Unione europea*, in *Dir. um. dir. int.*, 2012, p. 539 ss.; G. CAGGIANO, *Attività e prospettive di intervento dell'Agenzia Frontex nel Mediterraneo*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata*, Napoli, 2011, p. 403 ss.; F. PELLEGRINO, *La discussa agenzia Frontex*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali dello straniero*, Roma, 2016, p. 199 ss.; G. CAMPESI, *Sicurezza, democrazia e diritti in Europa. A proposito della nuova Guardia costiera e di frontiera europea*, in *Studi sulla questione criminale*, 2016, p. 7 ss.; M. SAVINO, *La crisi dei confini in Europa*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2016, p. 739 ss.; M. SORMANI, *Da "Frontex" alla guardia di frontiera e costiera europea*, in *Riv. dir. nav.*, 2016, p. 859 ss.; F. ZORZI GIUSTINIANI, *Da Frontex alla Guardia di frontiera e costiera europea: novità in tema di gestione delle frontiere esterne*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2017, p. 523 ss.; M. SORMANI, *Obbligo di soccorso in mare, evoluzione degli assetti navali nel mare mediterraneo e ruolo delle ONG*, in *Giureta*, 2019, p. 85, spec. p. 95.

¹¹ La dottrina ha messo in luce che la previsione di prestare assistenza «a qualunque natante», prevista nell'art. 9 del reg. UE costituisce «un *quid novi* rispetto agli strumenti convenzionali», così M. P. RIZZO, *Immigrazione irregolare via mare tra obblighi di soccorso e principio di non-refoulement*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali dello straniero*, Roma, 2016, p. 187.

¹² Sul ruolo del comandante v. per tutti U. LA TORRE, *Comando e comandante nell'esercizio della navigazione*, Napoli, 1997; IDEM, *Le anomalie nel comando della nave: considerazioni sui casi Segesta Jet e Costa Concordia* in *Dir. mar.*, 2018, fasc. 4, pp. 837 ss.

¹³ L'assistenza è definita «il soccorso prestato in mare in acque interne ad una nave o a un aeromobile che si trovi in pericolo di perdersi», così A. BRUNETTI, *Manuale del diritto della navigazione marittima ed interna*, Padova, 1947, p. 329.

¹⁴ U. LA TORRE, *Comando e comandante nell'esercizio della navigazione*, cit., p. 199.

Il soccorso¹⁵ implica la partecipazione di (almeno) due comandanti: quello della nave in pericolo e quello della nave soccorritrice.

Se da un lato il comandante della nave in difficoltà deve attivarsi per la tutela degli interessi affidati alla sua cura, dall'altro il comandante che abbia notizia del pericolo in cui versa un'altra nave è tenuto ad accorrere per prestare assistenza, per salvaguardare degli interessi, «estranei» oltre che «esterni» alla sua spedizione¹⁶.

La situazione, caratterizzata da una sperequazione nella condizione in cui versano i due comandanti, si innesta nel dovere solidaristico di prestare soccorso, la cui salvaguardia è finalizzata alla tutela della vita umana. Questo valore non può essere affidato all'arbitrio del soccorritore, il quale è tenuto ad intervenire addirittura nel caso in cui risulti irragionevole il rifiuto opposto dall'altro (arg. ex art. 491 c. nav.) e il doveroso intervento trova presidio della sanzione penale di cui all'art. 1158 c. nav., sotto la rubrica «Omissione di assistenza a navi o persone in pericolo». La norma punisce, infatti, il comandante di nave che «ometta di prestare assistenza ovvero di tentare il salvataggio nei casi in cui ne ha l'obbligo» secondo il c. nav.¹⁷.

Il principio solidaristico del salvataggio, obbligatorio e gratuito, è confermato dalla *Salvage*, che impone al comandante di prestare assistenza ad ogni persona «in danger of

¹⁵ Su questo istituto cfr.: G. BERLINGIERI, *Salvataggio, assistenza, ricupero e ritrovamento di relitti della navigazione*, in *Nov.mo dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 342 ss.; R. BERLINGIERI, stessa voce, *ibidem*, Appendice, vol. VI, Torino, 1986, p. 921 ss.; S. FERRARINI, *Il soccorso in mare (Assistenza - Salvataggio - Ricupero)*, Milano, 1970; ID., *Profili dell'assistenza e del salvataggio nel codice della navigazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, p. 659 ss.; A. LEFEBVRE D'OVIDIO, *Assistenza, salvataggio, ricupero e ritrovamento di relitti*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988; R. RUSSO, *Assistenza e salvataggio*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 799 ss.; E. VOLLI, *Assistenza e salvataggio*, Padova, 1957; ID., *Assistenza, salvataggio e ricupero*, in *Dir. mar.*, 1987, p. 644 ss.; ID., *L'assistenza e il salvataggio*, in L. TULLIO, M. DEIANA (a cura di) *Il cinquantenario del codice della navigazione*, Cagliari, 1993, p. 384 ss.; A. LEFEBVRE, G. PESCATORE; L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, cit., p. 675 ss., ove riferimenti anche di giurisprudenza.

¹⁶ V. U. LA TORRE, *Le anomalie nel comando della nave: considerazioni sui casi Segesta jet e Costa Concordia*, cit., p. 843. L'A. precisa inoltre che nell'ipotesi del soccorso «i capi dei due equipaggi agiscono in sintonia, sulla base di un piano di azione coerente con la finalità di proteggere la vita delle persone e, nei limiti del possibile, l'ambiente e la nave».

¹⁷ Occorre ricordare che tale delitto è punito, ai sensi del comma 3, «Se il fatto è commesso per colpa la pena è della reclusione fino a sei mesi, nei casi indicati nel comma precedente, le pene ivi previste sono ridotte alla metà», dell'art. 1158 c. nav., anche se il «il fatto è commesso con colpa», in caso di erronea valutazione delle condizioni per fornire assistenza. Nella relazione ministeriale al codice della navigazione, come esempio, in tale caso, viene fatto riferimento all'errore di «valutazione della velocità della nave e della possibilità quindi di prestare utilmente il soccorso». Giova ricordare in tale senso la sentenza del Trib. La Spezia 5 marzo 2009 n. 44, in *Dir. mar.*, 2010, p. 152 ss. (con nota solo in parte adesiva di E. DURANTE, *Infortunio del marittimo in corso di navigazione ed omessa deviazione della nave verso il porto più vicino: la responsabilità del comandante*), con la quale il giudice ha ritenuto negligente la condotta del comandante, il quale, nonostante lo stato di pericolo in cui versavano i marittimi e dopo avere approntato le prime cure a bordo, chiedeva istruzioni all'armatore limitandosi ad eseguirle, navigando sotto costa, ma senza dirigersi verso il più vicino porto e più rapidamente raggiungibile, così da concludere il viaggio presso il porto di destinazione, ove un marittimo giungeva morto, mentre l'altro era trasportato in ospedale e tratto in salvo.

being lost at sea» (art. 10.1), unitamente alla regola (art. 16.1) che «nessuna remunerazione è dovuta dalle persone la cui vita è stata salvata»¹⁸.

La gratuità a favore delle persone soccorse (nella convenzione di Londra, art. 10.1 e, nel c. nav., art. 493), si intende nel senso che costoro non debbono corrispondere nulla al loro soccorritore. Tuttavia, ove quest'ultimo abbia salvato persone partecipando ad attività di assistenza a nave o altri beni in pericolo, allora (Convenzione *Salvage*, art. 16.2, e, per il c. nav. art. 493) avrà diritto a un'equa porzione dell'importo assegnato per avere tratto dal pericolo «la nave o altri beni». Il compenso è riconosciuto, in tali circoscritte ipotesi, se e nella misura in cui, l'attività del salvatore si innesta nell'utile partecipazione al soccorso per la salvezza di altri beni, ed in nessun caso può essere addossato a carico delle persone salvate.

Occorre precisare che la nave soccorritrice deve prima di apprestare il soccorso vagliare una serie di circostanze e condizioni, quali il reale «pericolo di perdersi» della nave in *distress* e la presenza a bordo di persone. Il soccorso deve essere offerto senza mettere a grave rischio la nave soccorritrice e le persone imbarcate, e sempre che «possa ragionevolmente prevedersi un utile risultato». Questo presupposto può, infatti, venire meno se altra nave può prestare assistenza in condizioni migliori.

Il dovere di cui trattasi grava *ex lege* direttamente sul comandante della nave quale capo della spedizione, e di esso deve rispondere personalmente: prova ne è che l'art. 274 del codice della navigazione, al comma 2, esclude la responsabilità dell'armatore per l'inadempimento degli obblighi di assistenza e salvataggio previsti dagli articoli 489 e 490 c. nav. ed il comandante, ove mai dovesse ricevere indicazioni di segno contrario da chi esercita la nave, ha il dovere di disattenderele. Pertanto, ricevuto il segnale di soccorso, dovrà modificare la rotta per apprestare il doveroso ausilio.

Peraltro proprio per evitare che i comandanti, per scongiurare i danni economici, in termini di tempi, di noli e di costi che inevitabilmente il cambio di rotta comporta, possano deflettere dal loro ufficio, le risoluzioni IMO MSC n. 153(78) e n. 155 (78) del 20 maggio 2004¹⁹ hanno disposto che gli Stati dovranno coordinare e cooperare le operazioni «al fine di assicurare che i comandanti delle navi, i quali forniscono assistenza imbarcando persone in pericolo in mare, siano liberati da tali obblighi riducendo al minimo le deviazioni rispetto alla rotta prevista» (art. 3.1.9 Annesso SAR), purché ciò non metta a repentaglio la salvaguardia della vita umana in mare.

¹⁸ Sul punto v., *ex multis*, M. P. RIZZO, *La nuova disciplina internazionale del soccorso in acqua e il codice della navigazione*, Napoli 1996, p. 75 ss., 157, 195 ss.; G. CAMARDA, *Il soccorso in mare*, Milano, p. 16-19, 55 s.; F. NANCI, *Profili assicurativi nel compenso per salvataggio marittimo di persone*, in *Riv. dir. nav.*, 2019, I, p. 145 ed ivi ampi ed aggiornati richiami di dottrina e giurisprudenza.

¹⁹ Risoluzioni IMO di emendamento rispettivamente alla Convenzione SOLAS (Ris. MSC. 153 (78), 20 maggio 2004) e alla Convenzione SAR (Ris. MSC. 155 (78), 20 maggio 2004), entrate in vigore il 1 luglio 2006. Gli emendamenti ribadiscono l'obbligo per il comandante di soccorrere chiunque venga trovato in difficoltà in mare. In particolare la Ris. 153 (78) ha inserito, alla *Regulation 33*, la seguente previsione "This obligation to provide assistance applies regardless of the nationality or status of such persons or the circumstances in which they are found". Nella stessa data il *Maritime Safety Committee* dell'IMO ha adottato, con la risoluzione 167(78) *The guidelines on the treatment of persons rescued at sea*, il cui scopo è fornire ai governi ed ai comandanti delle navi le linee guida per il trattamento delle persone soccorse in mare.

3. Il ruolo del comandante ed il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina

L'ipotesi certamente più frequente è quella in cui la nave, che abbia notizia del pericolo corso da altra nave adempie all'obbligo di assistenza al mezzo nautico ed alle persone. Ma se questa è la regola, non sono mancate le eccezioni nelle quali il comandante, piuttosto che soccorrere la nave in *distress* ed assistere i naufraghi, ha preferito disinteressarsi della sorte dell'una e degli altri²⁰.

In questi ultimi dieci anni, infatti, la crescita del fenomeno migratorio e le frequenti operazioni di soccorso poste in essere nel Mediterraneo hanno fatto affiorare una molteplicità di circostanze nuove che hanno richiesto da una lato l'intervento degli organi inquirenti²¹ e dall'altro hanno posto i comandanti nella difficoltà di bilanciare e valutare contrastanti interessi.

In alcuni casi il comandante è venuto meno al dovere di prestare soccorso per non trovarsi nella situazione di doversi difendere dall'accusa di favoreggiamento dell'ingresso clandestino di stranieri, disciplinato dal d.lgs. del 25 luglio 1998 n. 286, «testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (c.d. TU immigrazione)»²².

Come è noto tale testo unico, più volte novellato, integrato e modificato, così palesando la difficoltà di dare regola a fattispecie le cui ricadute (accoglienza migranti, loro trasferimento presso appositi centri ubicati sul territorio nazionale, eventuale ricongiungimento con le famiglie ecc.) riverberano effetti, in termini di costi, integrazione sociale, pubblica sicurezza, sanità sulla collettività mira a regolamentare l'immigrazione, disincentivando quella clandestina e prevedendone misure repressive.

²⁰ Basti ricordare la terribile vicenda, accaduta nel gennaio 2008 al largo di Lampedusa, quando il comandante di un peschereccio, inizialmente avvicinato al gommoni con a bordo i profughi, per offrire cibo ed acqua, successivamente rigettava in mare un naufrago, soccorso da un componente dell'equipaggio che si accingeva ad aiutarlo a salire sull'imbarcazione. Il migrante sarebbe stato, in seguito, rinvenuto cadavere. La Corte di Cassazione ha confermato la condanna in appello del comandante per «il delitto di omicidio aggravato dalla crudeltà e per il delitto di omesso soccorso in mare ad un gommoni, carico di extracomunitari, che si trovava in gravi condizioni di galleggiabilità» Cass., sez. I, 21 giugno 2011 n. 26290, in *Inexplorer* (banca dati Giuffrè).

²¹ Emblematico per esempio il caso della nave della Guardia costiera "U. Diciotti" nell'agosto del 2018, per il quale è stata avanzata la domanda di autorizzazione a procedere in giudizio, ai sensi dell'art. 96 Cost., da parte del Tribunale dei Ministri nei confronti dell'allora ministro dell'interno Salvini, per avere «abusando dei suoi poteri, privato della libertà personale 177 migranti di varie nazionalità giunti al porto di Catania a bordo dell'unità navale di soccorso U. Diciotti», poiché non ha consentito agli uffici competenti senza un giustificato motivo di «esitare tempestivamente la richiesta di POS (*place fo safety*) presentata formalmente da IMRCC il 17 agosto 2018 ... determinando l'illegittima privazione della libertà personale» dei migranti a bordo della nave, costretti a stare in condizioni psico-fisiche critiche a bordo, così Trib. Catania, sez. reati ministeriali, 7 dicembre 2018.

²² Nel corso degli anni, il d.lgs. del 25 luglio 1998 n. 286, è stato modificato ed integrato più volte. L'ultima modifica, come è noto, risale alla l. 8 agosto 2019, n. 77 che ha disposto (con l'art. 1, comma 1) la conversione, con modificazioni, del d.l. 14 giugno 2019, n. 53. Per un approfondimento sul c.d. TU immigrazione, v. G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali dello straniero*, Roma, 2016; S. MAGNOSI, *Operazioni di ricerca e salvataggio in mare e traffico di migranti*, in A. C. AMATO MANGIAMELI, L. DANIELE, M. R. DI SIMONE, E. TURCO BULGHERINI (a cura di), *Immigrazione Marginalizzazione Integrazione*, Torino, 2018, p. 173; A. DI MURRO, *Il Diritto dell'immigrazione*, Torino, 2019; G. MOSCHELLA, *La legislazione sull'immigrazione e le prospettive della tutela dei diritti fondamentali: l'ordinamento europeo e l'esperienza italiana*, in questa *Rivista*, 2019, p. 473.

In particolare, l'art. 12, rubricato «disposizioni contro le immigrazioni clandestine»²³, dispone una serie di fattispecie criminose la cui *ratio* è tutelare la sicurezza e l'ordine pubblico interno ed internazionale, che potrebbe essere esposto a pericolo dinanzi a casi di migrazioni (clandestine) di esseri umani.

Ai fini dell'analisi qui condotta occorre ricordare che l'art. 12, comma 1, punisce chi «promuove, dirige, organizza, finanzia effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, o di altro Stato del quale la persona non è cittadina»²⁴.

Il testo dell'art. 12, se da un lato, è diretto a sanzionare il trasporto illegale di persone, dall'altro al comma 2, dispone che «fermo restando quanto previsto dall'art. 54 del c.p., non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato». La norma pertanto amplia i casi di esenzione da responsabilità, includendo non solo le ipotesi determinate dallo stato di necessità, così come indicate nell'art. 54 del c.p. riconducibili alla «necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato», ma anche tutte le ipotesi di soccorso e assistenza, tra cui debbono farsi rientrare, per il soccorso in mare, quelle racchiuse nel codice della navigazione e nella normativa internazionale in vigore.

La previsione dell'art. 12 del d.lgs. 286/1998 ha permesso di sanzionare e contrastare le azioni dei trafficanti che speculano sulla sorte di coloro che si avventurano in «viaggi della speranza» su mezzi di trasporto fatiscenti ed in condizioni disumane²⁵, ma in alcuni casi, ha indotto ad incriminare anche quei comportamenti posti in essere per assistere in mare i migranti.

La prima vicenda risale al 2004 al caso della nave *Cap Anamur*²⁶, oggetto di grande attenzione della stampa al tempo del verificarsi dell'accaduto, allorquando, superate le

²³ Per un commento all'art. 12 del d.lgs. cfr. per tutti S. ZIRULIA, *Art. 12 d.lgs. 286/1998*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e G. L. Gatta, IV ed., 2015, p. 2735; L. MASERA, *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, in *Federalismi.it*, numero speciale 2/2019, p. 18.

²⁴ Nell'art. 12 sono penalmente perseguiti gli atti diretti a consentire l'immigrazione clandestina in Italia, o la emigrazione dei clandestini dall'Italia verso altro paese, del quale la persona non è cittadina (art. 12, comma 1). Pare opportuno ricordare che i due comportamenti sanzionati al comma 1 dell'art. 12 danno luogo ad una fattispecie più grave se compiute con le modalità, indicate in dettaglio nel comma 3, dell'articolo 12, (numero di persone agevolate, disponibilità di armi, utilizzo di documenti falsi, condizioni disumane del trasporto). Infine la norma individua altre due ipotesi criminose, ovvero atti diretti a favorire la permanenza in Italia dei clandestini, al fine di trarne profitto (art. 12, comma 5), e la cessione, anche in locazione, di immobili a straniero privo di permesso di soggiorno (art. 12, comma 5 *bis*).

²⁵ Sono diversi i casi in cui è stato accertato il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, come per esempio, la recente sentenza della Cass. pen., sez. I, 21 marzo 2019 n. 12619 che confermando le decisioni del tribunale di Trapani e della Corte d'appello di Palermo, riconoscevano che gli imputati «procuravano l'ingresso nel territorio italiano di 140 cittadini extracomunitari, trasportandoli a bordo di un gommone partito dalle coste libiche». Ma, pare opportuno ricordare, anche il caso del sequestro della nave *Iuventa* della ONG *Jugend Rettet*, in conseguenza delle azioni poste in essere dai membri dell'equipaggio. Questi, secondo le indagini svolte, d'accordo con i trafficanti libici effettuavano le operazioni di trasbordo dei migranti, ponendo in essere, non già operazioni di soccorso, ma il reato previsto dall'art. 12 del TU immigrazione, v. Cass. Pen., sez. I, del 13 dicembre 2018 n. 56138. Sul sequestro della nave *Iuventa* Cfr. R. BARBERINI, *Il sequestro della Iuventa: ONG e soccorso in mare*, in *Quest. gius.*, 18 settembre 2017; L. MASERA, *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, cit., p. 24 ss.

²⁶ All'equipaggio della *Cap Anamur* è stata contestata la violazione dell'art. 12, comma 3, secondo cui, fermi

difficoltà di prestare soccorso ai naufraghi, in gravi condizioni di salute, provati per gli stenti e le difficoltà del viaggio, al comandante e all'equipaggio della nave soccorritrice è stata contestata la violazione, in particolare, del terzo comma dell'art. 12 del d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286.

In questi anni, non sono mancate altre ipotesi in cui l'iniziale contestazione del reato di favoreggiamento all'immigrazione clandestina, avanzata a carico dei comandanti di nave è stata archiviata durante la fase di indagine.

Come, per esempio, il più recente caso della ONG Golfo azzurro, che dopo avere prestato soccorso alle imbarcazioni in difficoltà si dirigeva al porto di Lampedusa per fare sbarcare i migranti. La procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, il 13 giugno 2018²⁷, ha tuttavia archiviato il procedimento penale avviato contro ignoti, sottolineando che le «operazioni di soccorso e di salvataggio condotte dal personale di bordo di una ONG straniera per ordine e con il coordinamento dell'Autorità marittima italiana costituiscono adempimento di un obbligo imposto da una norma internazionale». Nel caso *de quo* infatti dalle notizie acquisite dagli inquirenti emergeva che durante la traversata i barconi, con a bordo i migranti, erano stati raggiunti da un piccolo gruppo di europei che recidevano i cavi di avviamento dei motori, che peraltro venivano successivamente recuperati da un'imbarcazione con soggetti libici, per lasciare i migranti in balia del mare. Tuttavia, a conclusione delle indagini condotte, il giudice ha escluso qualsiasi connessione tra i soggetti «interventuti nel corso delle operazioni di salvataggio a bordo delle navi delle ONG e i trafficanti operanti sul territorio libico».

restando gli stessi presupposti del comma 1, si applica una pena più grave se il fatto riguarda l'ingresso di cinque o più persone. Nel caso *de quo*, al termine di una lunga vicenda giudiziaria, il Tribunale di Agrigento del 7 ottobre 2009, n. 954, dopo cinque anni di processo, ha assolto con formula piena «perché il fatto non costituisce reato» il comandante della nave *Cap Anamur*, *Schmidt* e il suo secondo, *Dachkevitch* imputati di agevolazione dell'ingresso di clandestini dopo avere soccorso, nel giugno 2004, trentasette naufraghi alla deriva cento miglia a sud di Lampedusa. Il Tribunale ha accertato non il reato di favoreggiamento dell'immigrazione, ma il soccorso in mare di trentasette naufraghi, assolvendo tutti gli imputati che hanno agito nel rispetto delle previsioni del codice della navigazione e delle norme internazionali in vigore. Sul caso *Cap Anamur*, v. A. MANGIARANCIA, *Brevi note in tema di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, nota all'ordinanza del 16 luglio 2004, del G.i.p. Tribunale di Agrigento, in *Giur. merito*, 2005, p. 1161; F. VASSALLO PALEOLOGO, *Il caso Cap Anamur. Assolto l'intervento umanitario*, in *Dir. imm. cit.*, 2/2010, p. 87. Sul tema v. pure M. M. COMENALE PINTO, *Immigrazione clandestina e salvaguardia della vita umana in mare*, in *Riv. dir. nav.*, 2011, p. 585; T. SCOVAZZI, *La tutela della vita umana in mare, con particolare riferimento agli immigrati clandestini diretti verso l'Italia*, in *Riv. dir. int.*, 2005, p. 106.

²⁷ Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, direzione distrettuale antimafia, 13 giugno 2018, proc. n. 9039/17, in *Dir. mar.*, 2019, con nota di E. VERMIGLIO, *Ancora in materia di soccorso in mare: tra normativa internazionale, adempimento del dovere e stato di necessità*, p. 410 ss. Nella sentenza si legge, infatti, «Le indagini svolte, invero, non hanno permesso di appurare la commissione di condotte penalmente rilevanti da parte del citato personale ONG, mentre non si è riusciti ad identificare i soggetti operanti in Libia cui ascrivere le condotte di *smuggling*. [...] Le indagini effettuate in tal senso [...] smentivano del tutto l'assunto investigativo». Nel caso in questione è stato peraltro rilevato che il comandante e i membri dell'equipaggio hanno agito «in stato di necessità per salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile» ai sensi dell'art. 54 c.p. Infatti nel caso *de quo*, «il sovraffollamento dei gommoni, la presenza a bordo di donne e minori imponga certamente agli operatori di considerare lo stato di pericolo in maniera evidentemente stringente e intervenire al più presto anche se le condizioni meteorologiche non dovessero rappresentare, al momento del salvataggio, un problema». V. anche Cass. pen. 27 marzo 2014 n. 14510, con nota di F. PELLEGRINO, *In tema di abbandono di migranti clandestini in acque internazionali per provocare interventi di soccorso*, in *Dir. maritt.*, 2014, p. 580 ss.; e nota di A. ANNONI, *Traffico di migranti via mare: l'ambito di applicazione della legge penale italiana*, in *Riv. dir. nav.*, 2014, p. 420 ss.

La posizione del comandante sembra essere stata resa ancora più delicata dagli ulteriori interventi normativi apportati nel TU immigrazione, novellato dal decreto legge 53/2019²⁸. Quest'ultimo, convertito con la legge 77/2019²⁹, introduce una serie di misure per bloccare «prassi elusive della normativa internazionale e delle disposizioni in materia di ordine e di sicurezza pubblica» e per rafforzare gli strumenti di contrasto all'immigrazione clandestina.

Il decreto, infatti, modifica per quanto di nostra competenza gli artt. 11 e 12 del TU c.d. immigrazione, introducendo il comma 1 *ter* all'art. 11 che riconduce al ministero dell'interno di concerto con i ministeri della difesa e delle infrastrutture e dei trasporti, la possibilità, con provvedimento, di limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, per motivi di ordine e di sicurezza pubblica, ovvero quando lo Stato costiero ritenga «si concretizzino le condizioni di cui all'art. 19, comma 2, lett. g), limitatamente alle violazioni della legge di immigrazioni vigenti»³⁰.

L'art. 2 del «decreto sicurezza *bis*» ha introdotto inoltre all'art. 12, il comma 6 *bis*, individuando le sanzioni in cui può incorrere il capo dell'equipaggio.

Infatti questi, che è sempre tenuto ad osservare la normativa internazionale in vigore, qualora dovesse violare il divieto di ingresso, transito o sosta a lui notificato, sarà soggetto al pagamento della sanzione amministrativa che varia da 10.000 a 50.000 euro, sanzione che sarà peraltro applicata sia all'armatore che al proprietario della nave.

La norma disciplina anche l'ipotesi di una reiterazione del comportamento da parte del comandante della nave, che violi ripetutamente il divieto imposto dal Ministero dell'interno con la medesima nave, prevedendo l'applicazione di una sanzione amministrativa, oltre alla confisca del mezzo ed il sequestro cautelare³¹.

La previsione lascia adito a qualche dubbio di legittimità e di applicazione, in relazione alla necessità di rispettare la normativa internazionale ed europea in vigore.

²⁸ Decreto-Legge 14 giugno 2019, n. 53 «Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica», in *GU Serie Generale* n. 138 del 14-06-2019. Per un primo commento a tale decreto v. A. NATALE, *A proposito del decreto sicurezza-bis*, in *Quest. gius.*, 20 giugno 2019; S. CALABRIA, *I respingimenti in mare dopo il cd. Decreto sicurezza-bis ed in particolare alla luce del comma 1-ter dell'art. 11 del d.lgs. n. 286/1998*, in *Quest. gius.*, 29 luglio 2019.

²⁹ Legge 8 agosto 2019, n. 77 «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, recante disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica» in *GU Serie Generale* n. 186 del 09-08-2019.

³⁰ La norma pertanto prevede la possibilità che ad un comandante di una nave, in transito nel mare territoriale, possa essere notificato un provvedimento che modifica la propria rotta per motivi di ordine o di sicurezza pubblica. Si ricorda il caso della nave *Opens Arms* a cui è stato notificato il 1 agosto 2019 il «provvedimento interministeriale che disponeva, ai sensi del d.l. n. 53 del 14 giugno 2019, il divieto di ingresso, transito e sosta nel mare territoriale nazionale». La nave, dopo avere salvato i migranti, è rimasta per diversi giorni in attesa di sapere il quale P.O.S. attraccare, finché il 20 agosto il pubblico ministero di Agrigento ha disposto, in via d'urgenza, il sequestro preventivo dell'imbarcazione e il contestuale sbarco di tutti i migranti a bordo. Nel caso in questione, peraltro, il 14 agosto 2019 il Presidente della sezione prima *ter* del TAR Lazio (decreto n. 5479/2019) aveva sospeso l'efficacia del provvedimento interministeriale vietante l'ingresso della *Open Arms* nei porti italiani, autorizzandone implicitamente l'ingresso. Un divieto di ingresso era stato emesso anche nei confronti della nave *Ocean Viking*, poi fatta attraccare nel porto di Pozzallo.

³¹ Sul sequestro di nave per presunta violazione dell'art. 12 del Testo Unico sull'immigrazione n. 286 del 1998, v. L. SALAMONE, *Caso «Cap Anamur»: legittimo il sequestro della nave*, nota alla sentenza Cass. pen. 27 aprile 2005, in *Dir. mar.*, 2006, p. 179; S. PERELLI, *Il sequestro della nave Open Arms: è reato soccorrere migranti in pericolo di vita?*, in *Quest. gius.*, 31 marzo 2018.

Le convenzioni internazionali sopra richiamate affermano infatti l'obbligo di prestare assistenza a nave e persone in pericolo, e, la normativa europea è dello stesso tenore. Basti ricordare che il reg. ue 656/2014³², nel *considerando* 14, ribadisce che «il comandante e l'equipaggio non dovrebbero essere passibili di sanzioni penali per il solo motivo di avere soccorso persone in pericolo in mare e averle portate in un luogo sicuro». Questi infatti devono agire nel rispetto del «principio generalissimo e antichissimo della solidarietà marinara» definito da attenta dottrina «superiore dovere di solidarietà»³³. Tale principio, alla base della normativa internazionale, non può essere messo in secondo piano da una legislazione del singolo stato, sia pure adottata in nome della sicurezza nazionale.

Come sostenuto dalla Corte Edu nella sentenza *Hirsi Jamaa v. Italia* «le difficoltà nella gestione dei flussi migratori non possono giustificare il ricorso, da parte degli Stati, a pratiche che sarebbero incompatibili con i loro obblighi derivanti da convenzioni»³⁴.

4. Conclusioni

Nonostante alcuni recenti interventi legislativi, adottati per garantire la sicurezza nazionale, possono indurre ad un'erronea valutazione del comportamento del comandante, il quadro normativo ed il ruolo a questi attribuito appare indiscusso ed inalterato.

Infatti una attenta analisi della disciplina, anche quella di contrasto all'immigrazione clandestina mette in luce come sia sempre prevalente l'obbligo di prestare assistenza a nave e persone in pericolo, nel rispetto della normativa in vigore.

Il comandante, nella sua collocazione apicale di comando a bordo della nave, è tenuto ad attivare tutte le misure necessarie per la salvaguardia non solo dei beni affidati alla sua cura, ma deve altresì proteggere e custodire, anche interessi estranei alla sua spedizione. Egli, infatti, per le sue conoscenze, per la superiorità gerarchica che contraddistingue la sua funzione, e il dovere di vigilanza e di protezione sulle persone a lui affidate si trova in una posizione di garanzia ed è tenuto ad evitare un evento di cui ha conoscenza.

³² Regolamento (UE) n. 656/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 recante «norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea».

³³ La dottrina lo definisce un «principio generalissimo ed antichissimo ... che attraverso l'evoluzione storica di una serie d'istituti associativi o compartecipativi ... si è estrinsecato in concetti basilari, a lor volta esprimenti principi fondamentali, quali quelli dell'obbligatorietà e delle gratuità del soccorso alle persone» (così RIGHETTI, *Trattato di Diritto marittimo*, I, Milano, p. 63).

³⁴ La pronuncia della Grande Camera è stata decisa il 23 febbraio 2012. Per commenti alla decisione cfr., fra gli altri, C. ZANGHÌ, *L'intervento in alto mare fra - non refoulement, diritti umani e contrasto all'immigrazione clandestina*, in *Scritti in onore di U. Draetta*, Napoli, 2011, p. 815 ss.; S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare. Diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012, p. 67 ss.; A. MARCHESI, *No Area Outside the Law: Non-Refoulement e divieto di espulsioni collettive nella sentenza Hirsi Jamaa contro Italia*, in *Riv. dir. nav.*, 2012, pp. 282, 285 ss.; F. LENZERINI, *Il principio di non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 3/2012, p. 721 ss.; T. SCOVAZZI, *Il respingimento in alto mare di migranti diretti verso l'Italia*, in *Scritti in memoria di Maria Rita Saule*, vol. II, Napoli, 2014, p. 1445 ss.; M. P. RIZZO, *Immigrazione irregolare via mare tra obblighi di soccorso e principio di non-refoulement*, cit. Sulla stessa linea le sentenze più recenti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 21 ottobre 2014 *Sharifi e altri c. Italia e Grecia* e del 15 dicembre 2016 *Kblajfia v. Italia*.

In altri termini il comandante che ha notizia di naufraghi deve intervenire, non solo in adempimento dei doveri internazionali e delle norme del codice della navigazione, ma anche in ossequio alle previsioni del codice penale, ed in particolare all'art. 40 c.p. ai sensi del quale «Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo». Infatti, secondo la giurisprudenza, il comandante è titolare di «un'ampia posizione di garanzia «che gli «attribuisce [...] un ruolo di autorità egemone, oltre a varie funzioni [...] che in vario modo coinvolgono la vita delle persone nel corso della navigazione»³⁵.

La dottrina ha infatti precisato che «per la peculiarità del potere, accentrato sul comandante, ... questi deve tenere indenni da eventuali pericoli, altri, affidati alla sua cura in quanto non in grado di governare autonomamente situazioni di pericolo»³⁶.

D'altronde osservando il prevalente operato dei comandanti delle navi ed esaminando le recenti pronunce giurisprudenziali, è stato avvalorato il rispetto del dovere, sancito dalla normativa interna e dal diritto internazionale pattizio, di prestare soccorso e assistenza a chiunque si trovi in pericolo in mare.

Non potendo analizzare tutte le decisioni dei giudici pare opportuno richiamare due casi che appaiono maggiormente significativi per delineare la figura del comandante.

Il primo è la nota vicenda della nave *Sea Watch 3* che è entrata nel porto di Lampedusa, carica di profughi, dopo 17 giorni di permanenza a bordo in attesa di indicazioni di un luogo sicuro di sbarco³⁷. Nonostante l'ordine intimato dalla guardia di

³⁵ Cass. Pen sez. IV, 5 dicembre 2014, n. 9897, in *Cass. Pen.*, 2015, p. 3152. La giurisprudenza ha avuto modo di precisare che la posizione di garanzia può farsi risalire non solo al comandante della nave, ma anche altri membri dell'equipaggio, come il timoniere, poiché questi, rispetto al rischio di collisione, ha quelle competenze specifiche, determinate dal possesso dell'esperienza e dei requisiti specifici, che non lo esimono dall'adottare tutte le cautele necessarie ad evitare il sinistro. Secondo la Corte infatti «il timoniere può andare esente da responsabilità a titolo di cooperazione colposa con il comandante solo qualora risulti che nella sua condotta esulino profili di colpa incidenti sul verificarsi dell'evento, per avere ad esempio sollecitato il comandante ad attivare i necessari presidi onde evitare il pericolo di abbordaggio oppure per avere ricevuto dal medesimo ordini tecnici cogenti che hanno determinato lo scontro», così Cass. pen., sez. IV, 30 maggio 2019, n. 27225. In tal senso anche la pronuncia sul naufragio della *Costa Concordia* della Corte di Cass. pen., sez. IV, del 19 luglio 2017 n. 35585, in cui i giudici a «fondamento della responsabilità a titolo di colpa attribuita» ... al comandante Schettino hanno valutato l'obiettivo «contrarietà delle condotte alle norme di comportamento, di cui sono espressione le regole cautelari dirette a prevenire determinati eventi e l'inosservanza del livello di diligenza, prudenza e perizia, dovuto e da esigersi per la posizione di garanzia rivestita in funzione del suo ruolo apicale». Cfr. anche Cass. pen., sez. IV, del 20 gennaio 2017 n. 6376 che ha precisato che il comandante è «titolare di una posizione di garanzia nei confronti di tutti coloro che lavorano a bordo della nave sotto il suo controllo, indipendentemente dall'accertamento della esistenza di un rapporto di lavoro subordinato ... in ragione della sua naturale posizione gerarchica rispetto a coloro che sono imbarcati». In dottrina cfr., per tutti, U. LA TORRE, *Le anomalie nel comando della nave: considerazioni sui casi Segesta Jet e Costa Concordia*, cit., p. 837 ss.

³⁶ Così U. LA TORRE, *Le anomalie nel comando della nave: considerazioni sui casi Segesta Jet e Costa Concordia*, cit., p. 851.

³⁷ Nella nota vicenda nella nave *Open Arms* il giudice per le indagini preliminari del tribunale di Agrigento, nel provvedimento del 29 agosto 2019, ha configurato il reato di cui all'art. 328 c.p., nei confronti dei pubblici ufficiali che hanno tenuto una condotta omissiva consistente nella mancata assegnazione del porto sicuro «e di conseguenza, nell'adozione dei provvedimenti indifferibili volti a salvaguardare beni giuridici di primaria rilevanza», quali l'incolumità e la salute dei migranti trasportati, oltre che dell'equipaggio dell'imbarcazione che ha effettuato le operazioni di salvataggio.

finanza di non attraccare, i giudicanti³⁸ hanno configurato la scriminante dell'adempimento di un dovere di condotta nei confronti del comandante della ONG. Questa, infatti, dopo avere salvato nella zona SAR Libica cinquantatré profughi, e dopo avere atteso indicazioni dalle autorità italiane sul *safety port* dove potere approdare, ha deciso, violando ogni divieto, in considerazione delle condizioni dei naufraghi soccorsi, bisognosi di cure ed ormai stremati dal viaggio e dalla permanenza a bordo, di entrare nel porto di Lampedusa per portarli sulla terraferma.

In tale caso, secondo il giudice per le indagini preliminari, la condotta posta in essere dal comandante, integrante il reato di resistenza a pubblico ufficiale, «costituisce l'esito dell'adempimento del dovere di soccorso che ... non si esaurisce nella mera presa a bordo dei naufraghi, ma nella loro conduzione fino al porto più sicuro», e tale non sarebbe stato un porto libico, in cui le persone soccorse potevano essere esposte a gravi rischi per la loro incolumità³⁹. Nel caso *de quo*, secondo i giudicanti è applicabile, pertanto, la previsione dell'art. 51 c.p. che «esime da pena colui che abbia commesso il fatto per adempiere ad un dovere impostogli da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità».

L'attenzione dell'opinione pubblica è stata concentrata per lo più sulle azioni di salvataggio delle ONG che operano nel Mediterraneo per soccorrere i migranti, i cui comandanti hanno agito nel rispetto della normativa internazionale in vigore, ponendo in essere le operazioni di soccorso. Ma vi sono state altre vicende in cui i comandanti si sono visti in grande difficoltà trovandosi nella situazione da un lato di dovere obbedire all'ordine dell'autorità, dall'altro di tutelare la sicurezza del proprio equipaggio.

Mi riferisco al caso meno noto del salvataggio operato nel luglio 2018 dal rimorchiatore italiano *Vos-Thalassa*, impegnato in attività di supporto alla piattaforma petrolifera libica, che ha effettuato il soccorso di 65 migranti su un barchino in procinto di affondare. Dopo alcune prime comunicazioni con la IMRCC Roma che invitava il comandante a dirigersi verso Lampedusa per consegnare i migranti ad un'altra unità navale, il rimorchiatore veniva contattato dalla guardia costiera libica, che ordinava di dirigersi verso le coste africane per effettuare il trasbordo dei migranti su una loro motovedetta.

In seguito al cambio di rotta operato dal rimorchiatore, la situazione a bordo è divenuta insostenibile, per le proteste sollevate dai migranti che hanno aggredito alcuni membri dell'equipaggio intimandogli di dirigersi verso le coste italiane. In conseguenza della ribellione il comandante ha messo in atto le procedure di *security* a bordo per evitare che terzi potessero assumere il comando e, sentito l'armatore, ha invertito nuovamente la

³⁸ Ordinanza del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Agrigento del 2 luglio 2019, in *Riv. dir. nav.*, 2019, I, con nota redazione di M. M. Comenale Pinto, e in *Foro. it.*, 2019, 7/8 con nota di Di Paola.

³⁹ È purtroppo noto alla comunità internazionale la situazione tremenda in cui si trovano i migranti nei campi libici, costretti a condizioni disumane e sottoposti ad atroci torture, tanto da indurre la procura presso la corte penale internazionale ad avviare un'inchiesta per crimini contro l'umanità commessi in Libia. Anche la Corte d'assise di Milano ha constatato la disumana realtà di tali centri, nella sentenza del 10 ottobre 2017 in cui ha condannato un cittadino somalo all'ergastolo con tre anni di isolamento diurno, oltre alle pene accessorie, ritenendolo responsabile delle torture e delle violenze nei confronti di centinaia di vittime imprigionate nel campo in attesa del pagamento del prezzo per raggiungere l'Europa. Per un commento alla sentenza cfr. S. BERNARDI, *Una condanna della Corte d'assise di Milano svela gli orrori dei "centri di raccolta e transito" dei migranti in Libia*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 4, p. 207. V., anche, F. PACELLA, *Cooperazione Italia-Libia: profili di responsabilità per crimini di diritto internazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 4, p. 5; Aa. Vv., *L'attualità del male. La Libia dei Lager è verità processuale*, M. Veglio (a cura di), 2018.

rotta, chiedendo supporto alle unità navali italiane che sono successivamente intervenute portando i migranti in salvo, nel porto di Trapani.

Il caso è stato sottoposto ai giudici⁴⁰ in relazione al comportamento dei due migranti, che per gli atteggiamenti aggressivi nei confronti dei membri dell'equipaggio, sono stati incolpati dei reati di resistenza o violenza a pubblico ufficiale⁴¹, ma successivamente scriminati da tale accusa perché avrebbero agito per legittima difesa, poiché se riportati in Libia, sarebbero stati sottoposti a maltrattamenti e a torture. In tal caso pertanto i giudici hanno fatto prevalere la salvaguardia dei diritti primari, come quello alla vita e all'integrità personale.

Concentrando l'analisi sulla figura del comandante può constatarsi che ha agito correttamente salvando i migranti nel rispetto delle procedure e delle normative internazionali. Ma un certo punto si è ritrovato in una complicata *impasse*. Da un lato, il dovere di obbedire all'ordine impartito dall'autorità, d'altro la tutela dell'equipaggio e del comando della nave.

Egli poteva agire adempiendo all'ordine delle autorità libiche. In tale ipotesi rischiava tuttavia di avere usurpato il comando da parte dei migranti in ribellione, mettendo a repentaglio la vita di qualcuno dei suoi membri dell'equipaggio minacciati dai rivoltosi. Ma eseguendo l'ordine impartito avrebbe potuto altresì trovarsi nella difficile situazione di doversi difendere dall'accusa di avere messo in pericolo l'integrità personale dei migranti, che se consegnati alle imbarcazioni libiche potevano rischiare di incorrere in trattamenti disumani.

Oppure poteva, come ha fatto, porre in essere il c.d. piano di *security* della nave, previsto nei casi in cui si presentino atti di interferenza illecita a bordo e cercare, secondo i dettami della consuetudine marinara, di portare in salvo la propria nave, l'equipaggio e le persone a bordo, mantenendo saldo il comando, contattando le autorità italiane.

Nel caso in questione nei confronti dei migranti, poteva venire a palesarsi anche il reato disciplinato dall'art. 1117 del codice della navigazione di «usurpazione del comando di nave», che punisce chi indebitamente assume o ritiene il comando di una nave.

Probabilmente in questo caso, l'usurpazione non poteva considerarsi «indebita» poiché sarebbe stata giustificata dalla necessità dei migranti di salvare la propria vita.

La salvaguardia e la sicurezza della vita umana in mare è un valore fondamentale che deve essere sempre tutelato e rispettato ed il comandante della nave ne è uno dei principali artefici. Ma oggi forse il comandante deve fare prevalere il valore preminente della tutela della persona, indipendentemente dal rischio di naufragio, ovvero si deve considerare la salvezza della persona *tout court*, salvezza da un pericolo di particolare gravità⁴².

D'altronde lo stesso art. 12, comma 2, del TU sull'immigrazione prevede che, fermo restando lo stato di necessità *ex art.* 54 c.p., non costituiscono reato le «attività di soccorso e di assistenza umanitaria prestate in Italia, nei confronti degli stranieri in condizioni di

⁴⁰ G.i.p. Trapani, 3 giugno 2019, n. 112, in *Dir. pen. cont.*, www.penalecontemporaneo.it, 24 giugno 2019, con nota di L. MASERA, *La legittima difesa del migrante e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos-Thalassa)*.

⁴¹ In particolare gli imputati erano accusati dei reati di cui agli artt. 81 cpv, 110, 337, 336, 339, comma 2, c.p., e degli artt. 110 c.p., e 12, comma 3, lett. a) e d) 3 *bis* del d.lgs. 286/1998.

⁴² Secondo la dottrina «Quando la lesione di un interesse pur meritevole di tutela è determinata dalla necessità di salvare una persona da un pericolo di particolare gravità, le ragioni della punizione fanno un passo indietro, ed il fatto lesivo, se proporzionato alla gravità del pericolo, non deve considerarsi illecito», così L. MASERA, *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, cit., p. 39.

bisogno». L'assistenza umanitaria mi sembra un concetto ampio che può ricondursi all'antico principio della solidarietà marinara che comprende la tutela di valori fondamentali che si vanno via via modificando con il tempo per rispondere alle esigenze provenienti dall'evoluzione della società.

ABSTRACT: Safety of human life at sea and powers of the captain

The migratory phenomenon that has impacted throughout the Mediterranean Sea has brought the importance of the convention and legal implications of “rescue” to the forefront. These rescue operations are given to those who, in order to escape from their own country, risk being shipwrecked. The international conventions (Brussels Convention of 1910 on assistance and rescue at sea and International Convention On Salvage, London 1989) order the master of the ships to assistance any person in danger of being lost at sea, without serious danger to his vessel and persons thereon. The SOLAS and SAR Conventions also contain rules to safety for human life. While on the one hand the master of the ship in distress must take action to protect the people and goods entrusted to his care, on the other hand the master who is aware of the danger to another ship is obliged to provide assistance which is not directly concerned with his shipment, but not at the risk of his own people and goods. The situation is characterized by the duty of solidarity to provide assistance for the protection of human life. The paper analyses the challenging role and powers of the master of ship who must balance conflicting interests.

ALCUNI RECENTI CHIARIMENTI DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE IN MATERIA DI PRESA O RIPRESA IN CARICO DI UN RICHIEDENTE PROTEZIONE INTERNAZIONALE

MICHELE MESSINA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Modalità e termini per la formulazione di una richiesta di ripresa in carico di un richiedente protezione internazionale. – 3. I termini per rispondere ad una domanda di riesame del rifiuto di presa o di ripresa in carico di un richiedente protezione internazionale. – 4. I tempi di adozione della notifica della decisione di trasferimento di un richiedente protezione internazionale. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

I flussi migratori che da più di un decennio interessano i confini sud e sud-est dell'Unione europea hanno messo a dura prova l'applicazione delle norme del Sistema europeo comune di asilo (SECA) adottate dalle istituzioni dell'Unione ai sensi del Titolo V del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). L'adozione di tali norme non è stata sempre agevole a causa dell'opposizione di alcuni Stati membri che hanno reso la successiva applicazione delle stesse ancor più complicata. Non di rado, quindi, la Corte di giustizia dell'UE, interpellata da giudici nazionali chiamati ad applicare tali norme nelle loro cause interne, è stata costretta ad intervenire per risolvere delle situazioni piuttosto complicate riguardanti sia l'interpretazione di alcune norme contenute negli atti di diritto derivato dell'UE in ambito SECA, sia la compatibilità del diritto nazionale con le norme dell'Unione di riferimento.

Il presente contributo intende soffermarsi su alcuni interessanti aspetti concernenti l'applicazione del regolamento “Dublino III”¹ che hanno impegnato la Corte di giustizia dell'UE in quest'ultimo anno. In particolare, ci si soffermerà sull'interpretazione delle norme sulle modalità e i termini per la formulazione, da parte di uno Stato membro UE, di una richiesta di ripresa in carico di un richiedente protezione internazionale nello Stato membro competente, anche nei casi in cui siano state presentate più domande di protezione internazionale; sui tempi di adozione e notifica della decisione di trasferimento di un richiedente protezione internazionale verso lo Stato membro competente; ed, infine, sui termini per rispondere ad una domanda di riesame del rifiuto di presa o di ripresa in carico di un richiedente protezione internazionale opposto dallo Stato membro richiesto.

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea, Università degli studi di Messina.

¹ Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 *che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione)*, in GUUE L 180 del 29 giugno 2013, p. 31 ss.

2. Modalità e termini per la formulazione di una richiesta di ripresa in carico di un richiedente protezione internazionale

Una prima interessante pronuncia della Corte di giustizia ha riguardato l'interpretazione dell'articolo 24 del regolamento 604/2013 (Dublino III), che disciplina la presentazione di una richiesta di ripresa in carico di una persona e la possibilità per quest'ultima di presentare una nuova domanda nel caso in cui la richiesta in questione non fosse presentata entro i termini prescritti, e dell'articolo 27, paragrafo 1, del regolamento Dublino III, in materia di diritto ad un ricorso effettivo avverso una decisione di trasferimento dinanzi ad un organo giurisdizionale. La sentenza nella causa *Hasan*² originava da un rinvio pregiudiziale proposto al giudice dell'UE dalla Corte amministrativa federale tedesca. Nello specifico, il signor Hasan aveva presentato domanda di asilo in Germania, ma solo dopo aver chiesto protezione internazionale in Italia. Le autorità competenti tedesche avevano così chiesto a quelle italiane di riprendere in carico il signor Hasan, ai sensi del regolamento Dublino III, respingendo in quanto irricevibile la domanda di asilo, visto che sarebbe stata la Repubblica italiana lo Stato membro competente per l'esame della domanda, disponendone allo stesso tempo il trasferimento verso quest'ultimo. La decisione di respingimento della domanda di asilo era stata contestata dal signor Hasan dinanzi al Tribunale amministrativo di Treviri, che ha respinto sia la domanda di sospensione sia lo stesso ricorso principale. A questo punto, il signor Hasan, dopo il suo trasferimento in Italia ed il successivo ritorno illegale in Germania, aveva impugnato la decisione del Tribunale amministrativo di Treviri dinanzi al Tribunale amministrativo superiore della Renania-Palatinato, che ha ritenuto il trasferimento del signor Hasan verso l'Italia come avvenuto dopo la scadenza del termine dei sei mesi decorrenti dall'accettazione della richiesta di presa in carico dell'interessato, affermando allo stesso tempo che ormai la competenza per l'esame della domanda di asilo fosse della Repubblica federale tedesca. Quest'ultima, in conseguenza di tale decisione, ha presentato un ricorso per cassazione dinanzi alla Corte amministrativa federale, che, ritenendo errata l'analisi della massima giurisdizione amministrativa della Renania-Palatinato, ha tuttavia deciso di sospendere il procedimento e sottoporre alla Corte di giustizia alcune questioni, concernenti, in particolare, l'interpretazione delle due disposizioni del regolamento "Dublino III" già evocate.

Per quanto concerne l'interpretazione dell'articolo 27, paragrafo 1, del regolamento Dublino III, la Corte di giustizia ha concluso che una normativa come quella tedesca che consentiva al richiedente protezione internazionale di invocare circostanze successive all'adozione della decisione di trasferimento, nell'ambito di un ricorso diretto contro tale decisione, soddisfaceva l'obbligo di prevedere un mezzo di ricorso effettivo e rapido³.

La Corte di giustizia ha poi affermato che, ai sensi dell'articolo 24, del regolamento "Dublino III", e nelle circostanze di specie in cui un cittadino di uno paese terzo è

² Sentenza della Corte del 25 gennaio 2018, causa C-360/16, *Aziz Hasan*, ECLI:EU:C:2018:35.

³ Sentenza *Hasan*, cit., punto 32. A tal riguardo, la Corte, infatti, ha ricordato che la portata del ricorso che il richiedente protezione internazionale può presentare avverso una decisione di trasferimento adottata nei suoi confronti è precisata al considerando 19 del preambolo del regolamento "Dublino III", nella misura in cui il ricorso in questione deve avere ad oggetto l'esame dell'applicazione del regolamento *de quo* e l'esame della situazione giuridica e fattuale dello Stato membro verso il quale il richiedente è trasferito. Sentenza *Hasan*, cit., punto 30.

ritornato, senza titolo di soggiorno, nel territorio di uno Stato membro (Germania) che aveva già effettuato in passato un suo primo trasferimento verso un altro Stato membro (Italia), non è possibile procedere ad un ulteriore trasferimento della persona in questione verso quest'ultimo Stato membro senza attivare una nuova procedura di ripresa in carico⁴. Tale procedura, secondo la Corte, dovrà essere comunque avviata entro i termini specificamente previsti dallo stesso articolo 24, paragrafo 2, del regolamento "Dublino III" che, sempre secondo la Corte, contribuiscono alla realizzazione dell'obiettivo di un rapido espletamento delle domande di protezione internazionale garantendo che la procedura di ripresa in carico sia effettuata senza ritardi ingiustificati⁵. Gli stessi termini, poi, non potranno iniziare a decorrere prima che lo Stato membro che ne fa richiesta abbia avuto conoscenza del rientro nel proprio territorio della persona interessata⁶.

La Corte di giustizia ha chiarito, inoltre, che, ai sensi dell'articolo 24, paragrafo 3, del regolamento "Dublino III", decorsi i termini per la presentazione della richiesta di ripresa in carico, è lo Stato membro nel cui territorio si trova la persona interessata senza titolo di soggiorno ad essere competente dell'esame della nuova domanda di protezione internazionale che la persona in questione deve essere autorizzata a presentare⁷.

Il giudice dell'UE approda ad una tale interpretazione al fine di preservare l'effetto utile della disposizione in questione, sebbene il tenore letterale della stessa non consentirebbe di per sé di determinare con chiarezza quale Stato membro debba essere competente per l'esame di una tale domanda. A tal riguardo, la Corte di giustizia ha anche chiarito che la pendenza di un ricorso contro una decisione che ha respinto una prima domanda di protezione internazionale non deve essere considerato come equivalente alla presentazione di una nuova domanda di protezione internazionale, ai sensi dell'articolo 24, paragrafo 3, in questione. Infatti, secondo la Corte, il legislatore UE, alla scadenza dei termini per la presentazione di una richiesta di ripresa in carico, ha inteso incidere sull'avvio di una nuova procedura di protezione internazionale e non sull'esito delle procedure di trattamento delle domande di protezione internazionale già avviate.

Infine, la Corte di giustizia, su invito del giudice del rinvio, si è anche soffermata sulla circostanza in cui la richiesta di ripresa in carico non sia stata presentata entro i termini e la persona interessata non si sia avvalsa, però, della facoltà di presentare una nuova domanda di protezione internazionale. In tali circostanze, il giudice dell'UE ha affermato che lo Stato membro nel cui territorio la persona si trova senza titolo di soggiorno può ancora formulare una nuova richiesta di ripresa in carico, alla quale è subordinato il nuovo trasferimento di tale persona in un altro Stato membro⁸.

La sentenza *Hasan* ha avuto il merito di aver chiarito, nei limiti delle domande poste dal giudice nazionale del rinvio, le norme concernenti le modalità ed i termini per la formulazione di una nuova richiesta di ripresa in carico di un richiedente protezione internazionale da parte di uno Stato membro in cui il soggetto in questione avesse fatto ritorno illegalmente dopo essere stato precedentemente trasferito nello Stato membro

⁴ Sentenza *Hasan*, cit., punto 55.

⁵ La disposizione in oggetto prevede che la richiesta di ripresa in carico è presentata quanto prima e in ogni caso entro due mesi dal ricevimento della risposta del sistema Eurodac. Inoltre, «se la richiesta di ripresa in carico è basata su prove diverse dai dati ottenuti dal sistema Eurodac, essa è inviata allo Stato membro richiesto entro tre mesi dalla data in cui lo Stato membro richiedente apprende che un altro Stato membro può essere competente per detta persona».

⁶ Sentenza *Hasan*, cit., punto 70.

⁷ Sentenza *Hasan*, cit., punto 80.

⁸ Sentenza *Hasan*, cit., punto 91.

competente ad esaminare la domanda di protezione. In particolare, è interessante evidenziare come la Corte si sia soffermata su alcuni aspetti specifici del regolamento “Dublino III” affermando l’effetto utile di singole disposizioni in esso contenute, offrendo così degli importanti chiarimenti sia agli Stati membri sia agli individui coinvolti, con particolare riferimento, da una parte, alle modalità di presentazione della nuova richiesta di ripresa in carico da parte di uno Stato membro e, dall’altra, al diritto della persona interessata a presentare una nuova domanda di protezione internazionale nello Stato membro in cui si trova, decorso il termine entro il quale lo stesso Stato poteva presentare la nuova richiesta di ripresa in carico.

In un’altra interessante sentenza, nella causa *X*⁹, la Corte di giustizia ha invece proceduto ad un’applicazione forse rigorosamente letterale della norma sui termini per la presentazione di una richiesta di ripresa in carico, nel cercare di risolvere la difficile questione della determinazione dello Stato membro competente nel caso in cui siano presentate più domande di protezione internazionale in più Stati membri dell’UE. Oggetto della causa, insieme al già citato articolo 24, del regolamento “Dublino III”, erano anche gli articoli 17, paragrafo 1, 18, paragrafo 2, e 23, paragrafo 3, dello stesso regolamento in questione. La causa di specie, che origina da un rinvio pregiudiziale operato dal Tribunale de L’Aia, sede di Amsterdam, dal punto di vista fattuale, si presentava piuttosto complessa in quanto concerneva tre domande di protezione internazionale inoltrate nei Paesi Bassi, una domanda di protezione internazionale inoltrata in Italia, alcune richieste di ripresa in carico ed un mandato d’arresto europeo emesso dalle autorità competenti dei Paesi Bassi nei confronti di quelle italiane¹⁰.

La Corte di giustizia, sulla base dei quesiti posti dal Tribunale de L’Aia, sede di Amsterdam, è stata chiamata ad interpretare, in primo luogo, l’articolo 23, paragrafo 3, del regolamento “Dublino III”, in particolare se esso comportasse che lo Stato membro nel quale fosse stata presentata una nuova domanda di protezione internazionale (l’Italia nella

⁹ Sentenza della Corte del 5 luglio 2018, causa C-213/17, *X*, ECLI:EU:C:2018:538.

¹⁰ Il sig. X, infatti, aveva presentato una prima domanda di protezione internazionale nei Paesi Bassi, respinta sia dalle autorità amministrative nazionali competenti sia da quelle giudiziarie in via definitiva, previo ricorso avverso i relativi provvedimenti amministrativi di rigetto. Una seconda domanda di protezione internazionale era stata nuovamente respinta dalle autorità amministrative e giudiziarie competenti; in questo caso, però, la sentenza del Tribunale dell’Aia, sede di Amsterdam, era stata impugnata dinanzi al Consiglio di Stato. Successivamente, il sig. X aveva presentato un’altra domanda di protezione internazionale in Italia, dove era approdato dopo aver lasciato i Paesi Bassi perché perseguito per un reato di carattere sessuale. Proprio in virtù di tale reato, le autorità olandesi avevano emesso un mandato d’arresto europeo, che le autorità italiane avevano eseguito consegnando il sig. X alle competenti autorità dei Paesi Bassi. A quel punto, però, essendo emersa la domanda di protezione internazionale presentata in Italia, le autorità olandesi avevano chiesto alle autorità italiane di riprendere in carico il sig. X, come Stato membro competente dell’esame della domanda in questione. In assenza di un’iniziale risposta da parte delle autorità italiane, quelle olandesi avevano adottato una decisione di trasferimento del sig. X verso l’Italia, che solo dopo aveva accolto la richiesta di ripresa in carico. Nel frattempo, però, il sig. X aveva proposto ricorso contro la decisione di trasferimento, nei confronti del quale erano stati riconosciuti anche dei provvedimenti provvisori, che facevano divieto di trasferire il sig. X verso l’Italia per un determinato periodo di tempo. Così facendo, il sig. X aveva presentato una nuova (la terza) domanda di protezione internazionale nei Paesi Bassi, prontamente respinta dalle autorità olandesi, in quanto, secondo quest’ultima, era già stata accertata la competenza dell’Italia. Tale decisione di rigetto era stata poi impugnata dinanzi al giudice del rinvio. Nelle more, è opportuno evidenziare che il Consiglio di Stato aveva respinto il ricorso del sig. X avverso la sentenza del Tribunale dell’Aia, sede di Amsterdam, con cui era stata confermata la decisione di rigetto della seconda domanda di protezione internazionale presentata dal sig. X, mentre il procedimento penale che lo riguardava nei Paesi Bassi era stato archiviato.

causa di specie) fosse competente per l'esame della stessa, qualora una richiesta di ripresa in carico non fosse stata presentata da tale Stato membro entro i termini ben determinati di cui all'articolo 23, paragrafo 2, dello stesso regolamento Dublino III (entro due o tre mesi dalla data di presentazione della domanda di protezione internazionale). Tutto ciò, nonostante un altro Stato membro (nella causa di specie i Paesi Bassi) fosse stato competente per l'esame delle domande di protezione internazionale presentate in precedenza e, alla scadenza dei termini per la richiesta di ripresa in carico, il ricorso contro il rigetto di una di tali domande era pendente dinanzi al giudice di tale Stato membro, nella fattispecie i Paesi Bassi.

Il giudice dell'Unione, nel rispondere a tale quesito, ha sottolineato, innanzitutto, che bisognava tener conto non solo del testo della disposizione in oggetto ma anche del suo contesto e dell'economia generale della normativa, nonché degli obiettivi che la stessa persegue. La Corte di giustizia ha così inteso puntualizzare il campo di applicazione della procedura di ripresa in carico, di cui agli articoli 23 e 24 del regolamento "Dublino III", affermando che tale procedura si applichi alle persone di cui all'articolo 18, paragrafo 1, lettera d) dello stesso regolamento, ossia ai cittadini di paesi terzi o apolidi dei quali fossero state respinte le domande e che avessero presentato una nuova domanda in un altro Stato membro. Da ciò la Corte ha evinto che la procedura di ripresa in carico di cui alla disposizione in oggetto fosse pertanto applicabile a un cittadino di paese terzo che avesse presentato una nuova domanda di protezione internazionale in uno Stato membro, mentre una domanda presentata in precedenza in un altro Stato membro era stata respinta, anche se quest'ultima decisione non fosse ancora divenuta definitiva a causa di un ricorso pendente dinanzi ad un giudice di quest'ultimo Stato. Proprio in virtù dell'applicabilità dell'articolo 23 del regolamento "Dublino III" alla causa di specie, le autorità dello Stato membro in cui era stata presentata la nuova domanda (nella fattispecie l'Italia) avevano la facoltà di formulare una richiesta di ripresa in carico, subordinata comunque all'obbligo di rispettare i termini previsti dalla disposizione in questione stessa, scaduti i quali la competenza veniva trasferita di diritto allo Stato membro presso il quale era stata presentata una nuova domanda di protezione internazionale, l'Italia per l'appunto. Secondo la Corte di giustizia, il trasferimento di tale competenza non poteva essere impedito dal fatto che un altro Stato membro (i Paesi Bassi) fosse stato competente per l'esame di domande di protezione internazionale presentate in precedenza e che, alla scadenza dei termini per la richiesta di ripresa in carico, il ricorso proposto contro il rigetto di una di dette domande fosse pendente dinanzi ad un giudice di tale Stato membro. Secondo la Corte, quindi, il legislatore UE ha espressamente disciplinato gli effetti conseguenti alla scadenza di tali termini, prevedendo in modo inequivocabile che i ritardi imputabili allo Stato membro in cui era stata presentata la nuova domanda di protezione internazionale dovessero comportare un trasferimento di tale competenza in capo a quest'ultimo Stato membro. Sulla base di tali premesse, la Corte di giustizia ha così concluso che l'applicazione dell'articolo 23, paragrafo 3, del regolamento "Dublino III" ai fatti di cui al procedimento principale determinerebbe la competenza dello Stato membro in cui è stata presentata la nuova domanda di protezione internazionale, e quindi dell'Italia, qualora la richiesta di ripresa in carico non fosse stata formulata da quest'ultimo entro i termini, e ciò, sebbene un altro Stato membro, ossia i Paesi Bassi, fosse competente per le domande di protezione internazionale presentate in precedenza e sebbene, alla scadenza dei suddetti termini, era

pendente dinanzi ad un giudice di quest'ultimo Stato membro un ricorso proposto contro il rigetto di una di dette domande¹¹.

Con il secondo quesito il giudice del rinvio chiedeva alla Corte di giustizia se l'articolo 18, paragrafo 2, del regolamento "Dublino III" imponesse allo Stato membro che ha formulato una richiesta di ripresa in carico di sospendere l'esame di un ricorso proposto contro il rigetto di una domanda di protezione internazionale presentata in precedenza e di porre fine a tale esame nel caso in cui lo Stato membro richiesto avesse accettato detta richiesta. La risposta del giudice dell'UE a tale quesito è stata negativa, nel senso che la formulazione di una richiesta di ripresa in carico non imponeva allo Stato membro richiedente alcun obbligo né di sospensione dell'esame del ricorso né di porre fine all'esame della causa una volta che lo Stato membro richiesto avesse accettato la ripresa in carico in questione. Il giudice UE ha giustificato tale risposta affermando che gli obblighi imposti dall'articolo 18, paragrafo 2, fossero tutti preordinati a garantire il proseguimento della procedura di protezione internazionale e non imponessero né la sospensione né l'interruzione di quest'ultima in un qualsiasi Stato membro¹².

Per quanto riguarda la successiva domanda del giudice del rinvio concernente l'eventuale obbligo dello Stato membro, che formulasse una richiesta di ripresa in carico, di informare le autorità dello Stato membro richiesto che un ricorso avverso il rigetto di una domanda di protezione internazionale presentata in precedenza fosse pendente dinanzi ad un giudice dello stesso Stato membro richiedente, la Corte di giustizia ha risposto che un simile obbligo non discenderebbe dall'articolo 24, paragrafo 5, del regolamento "Dublino III", come richiesto dal giudice del rinvio. Infatti, secondo la Corte, la circostanza che un ricorso del genere fosse pendente dinanzi ad un giudice dello Stato membro richiedente sarebbe irrilevante ai fini della determinazione dello Stato membro competente.

Per quanto concerne, infine, la domanda se, nel caso in cui un richiedente protezione internazionale fosse stato consegnato da un primo Stato membro (Italia) ad un secondo Stato membro (Paesi Bassi) in esecuzione di un mandato d'arresto europeo e si trovasse nel territorio di quest'ultimo, il secondo Stato membro potesse validamente chiedere o meno al primo Stato membro la ripresa in carico del richiedente protezione, la Corte di giustizia ha risposto affermando che l'articolo 17, paragrafo 1, e l'articolo 24 del regolamento "Dublino III" devono essere interpretati nel senso che il secondo Stato membro possa senz'altro chiedere al primo Stato membro di riprendere in carico il richiedente protezione internazionale, non essendo neanche tenuto a decidere di esaminare la domanda di protezione presentata da quest'ultimo.

La sentenza in oggetto è particolarmente interessante nella misura in cui cerca di fornire dei chiarimenti riguardanti situazioni che presentano non poche difficoltà concernenti la presentazione di più domande di protezione internazionale in differenti Stati membri da parte del medesimo cittadino di Stato terzo. La causa in questione, infatti, è caratterizzata da un contesto giuridico e fattuale complesso non solo perché l'interessato ha presentato molteplici domande di protezione internazionale in due Stati membri diversi, ma anche perché, con il procedimento di esame di tali domande, interferisce un concomitante procedimento penale che ha portato all'emissione di un mandato d'arresto europeo nei confronti del richiedente protezione internazionale. La Corte di giustizia, tuttavia, nel cercare di fornire delle risposte esaurienti al giudice del rinvio è finita forse con l'affermare

¹¹ Sentenza X, cit., punto 40.

¹² Sentenza X, cit., punto 42.

un'eccessiva automaticità del meccanismo con il quale l'articolo 23, paragrafo 3, del regolamento "Dublino III", assegnerebbe la competenza ad esaminare una domanda di protezione internazionale allo Stato membro che avesse omesso di formulare una richiesta di ripresa in carico nei confronti di un altro Stato membro entro i termini ivi espressamente previsti. Un tale automatico trasferimento di competenza avrebbe un effetto sanzionatorio nei confronti dello Stato membro richiedente la ripresa in carico, privando così il procedimento di esame delle domande di protezione internazionale della razionalità, dell'obiettività e dell'equità perseguite dal legislatore UE nell'ambito del regolamento in questione¹³. È opportuno evidenziare, a questo riguardo, che proprio sull'interpretazione dell'articolo 23, paragrafo 3, del regolamento Dublino III, la Corte di giustizia è sembrata discostarsi non poco dalle conclusioni dell'AG Bot, decisamente più sensibile, quest'ultimo, in tema di leale cooperazione e solidarietà tra Stati membri. Infatti, l'AG Bot aveva suggerito che l'applicazione della disposizione in questione ed il trasferimento di competenza che ne derivava con riguardo all'esame della domanda di protezione internazionale presentata in Italia, dovevano essere esclusi, in quanto priverebbero la procedura di determinazione dello Stato membro competente della razionalità, obiettività ed equità, nonché della celerità perseguite dal regolamento Dublino III, presentando allo stesso tempo più di qualche perplessità sulla compatibilità con i principi di leale cooperazione e solidarietà tra Stati membri, alla base del sistema europeo comune di asilo. La Corte ha stabilito, invece, che la disposizione in questione dovesse essere interpretata nel senso che ad essere competente per l'esame di una nuova domanda di protezione internazionale dovesse essere lo Stato membro in cui quest'ultima fosse stata presentata, in assenza di una richiesta di ripresa in carico entro i termini formulata da quest'ultimo Stato membro. Tutto ciò, sebbene, per le domande presentate in precedenza dallo stesso richiedente, ad essere competente fosse un altro Stato membro, e, allo scadere dei termini di cui sopra, in quest'ultimo Stato membro fossero ancora pendenti dei ricorsi proposti contro il rigetto di dette domande. Come sottolineato dall'AG Bot, un'applicazione rigorosa della lettera del regolamento, per quanto riguarda i termini per la richiesta di ripresa in carico, allontanerebbe non poco la procedura in questione dalla necessaria solidarietà reale e concreta che dovrebbe prevalere in tali circostanze, in cui è in gioco il corretto funzionamento del sistema europeo comune di asilo¹⁴.

La sentenza nella causa X ha indubbiamente illustrato le carenze e le lacune strutturali del sistema di Dublino che la Commissione europea sta cercando opportunamente, forse invano, di risolvere con una riforma, ancora pendente, dell'intero sistema. La causa di specie ha dimostrato ancora una volta che il meccanismo di ripartizione delle competenze istituito dal regolamento Dublino III si basa su norme tecniche ed amministrative, le quali sono state adottate indipendentemente dalle conseguenze umane e dai costi materiali e finanziari che esse comportano, il che pregiudica l'efficacia del sistema Dublino e contravviene alle finalità del sistema europeo comune di asilo. Come confermato dall'AG Bot, un tale giudizio può sembrare severo, ma senz'altro commisurato alle conseguenze quasi assurde che può comportare un'applicazione cieca del meccanismo di trasferimento di competenza istituito dall'articolo 23, paragrafo 3, del regolamento "Dublino III"¹⁵, che può facilmente condurre a dichiarare competente, per

¹³ Si vedano, a tal riguardo, le conclusioni dell'AG Bot del 13 giugno 2018, causa C-213/17, X, ECLI:EU:C:2018:434, punto 77.

¹⁴ Conclusioni AG Bot, causa C-213/17, cit., punto 101.

¹⁵ Conclusioni AG Bot, causa C-213/17, cit., punti 7-8.

l'esame di un'ulteriore domanda di protezione internazionale, uno Stato membro differente rispetto a quello che aveva precedentemente esaminato delle domande provenienti dal medesimo richiedente protezione, creando così delle inutili sovrapposizioni e dei possibili fenomeni di "asylum shopping" che il sistema Dublino tende, o dovrebbe tendere, a prevenire e scongiurare.

3. I termini per rispondere ad una domanda di riesame del rifiuto di presa o di ripresa in carico di un richiedente protezione internazionale

Un'altra interessante pronuncia della Corte di giustizia ha riguardato alcuni aspetti collegati alla richiesta di presa o ripresa in carico di un richiedente protezione internazionale. In particolare, nella causa XX¹⁶, la domanda posta dal giudice del rinvio, il Tribunale de L'Aia, riguardava il fatto se lo Stato membro investito di una richiesta di presa o di ripresa in carico che avesse risposto negativamente alla stessa entro i termini e che avesse successivamente ricevuto una domanda di riesame, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento di esecuzione del regolamento "Dublino III"¹⁷, fosse tenuto a rispondere a tale richiesta entro un determinato termine. Inoltre, lo stesso giudice del rinvio si chiedeva quale fosse, eventualmente, tale termine e quali fossero gli effetti dell'omessa risposta entro il termine alla domanda di riesame dello Stato membro richiedente da parte dello Stato membro richiesto.

La Corte di giustizia, nel rispondere alla domanda posta dal giudice del rinvio, si è soffermata preliminarmente sui termini imperativi previsti dal regolamento "Dublino III" per quanto riguarda la risposta alle richieste di presa o di ripresa in carico, evidenziando che essi contribuiscono alla realizzazione dell'obiettivo di una rapida determinazione dello Stato membro competente e di un rapido espletamento delle domande di protezione internazionale¹⁸. Infatti, la mancata risposta da parte dello Stato membro richiesto entro i termini previsti equivarrebbe all'accettazione della richiesta di presa o di ripresa in carico. Tali effetti, peraltro, non potrebbero essere elusi neanche dall'invio di una risposta puramente formale allo Stato membro richiedente, visto che lo Stato membro richiesto sarebbe tenuto a procedere a tutte le verifiche necessarie per poter statuire sulla richiesta di presa o di ripresa in carico. Inoltre, una risposta negativa a tale richiesta deve essere pienamente motivata e deve spiegare nel dettaglio le ragioni del rifiuto. Tutto ciò, peraltro, rammenta la Corte, sarebbe confermato dal fatto che anche una richiesta di presa o di ripresa in carico non formulata entro i termini da parte dello Stato membro richiedente comporterebbe a sua volta l'assunzione della competenza ad esaminare la domanda di protezione internazionale da parte di quest'ultimo.

¹⁶ Sentenza della Corte del 13 novembre 2018, cause riunite C-47/17 e C-48/17, XX, ECLI:EU:C:2018:900.

¹⁷ Il riferimento è all'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1560/2003 della Commissione del 2 settembre 2003 recante modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo, in GUUE L 222 del 5 settembre 2003, p. 3 ss., come modificato dal regolamento di esecuzione (UE) n. 118/2014 della Commissione del 30 gennaio 2014 che modifica il regolamento (CE) n. 1560/2003 recante modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo, in GUUE L 39 dell'8 febbraio 2014, p. 1 ss.

¹⁸ Sentenza XX, cit., punto 69.

Come già emerso, quindi, secondo la Corte di giustizia la previsione di tali termini imperativi attesterebbe la particolare importanza che il legislatore UE ha voluto attribuire alla rapida determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale, all'effettivo accesso a tali procedure di riconoscimento della protezione internazionale ed all'obiettivo del rapido espletamento delle domande in questione. Secondo il giudice dell'UE, quindi, è proprio sulla base di tali considerazioni che andavano esaminate le domande pregiudiziali relative ai termini applicabili alla procedura di riesame di cui all'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento di esecuzione, proprio perché la norma in esame doveva essere interpretata conformemente alle disposizioni del regolamento "Dublino III" ed agli obiettivi da esso perseguiti.

L'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento di esecuzione deve essere interpretato così in maniera tale che la durata della procedura aggiuntiva di riesame – procedura quest'ultima avente natura facoltativa e per tale ragione non idonea a riaprire i termini di due mesi ed un mese per la risposta rispettivamente alla richiesta di presa o di ripresa in carico – sia circoscritta in modo rigoroso e prevedibile, sia per ragioni di certezza del diritto sia per non alterare l'obiettivo di un rapido espletamento delle domande di protezione internazionale, perseguito dal regolamento "Dublino III". Infatti, una procedura di riesame, proposta dallo Stato membro richiedente allo Stato membro richiesto nel caso in cui quest'ultimo, entro i termini di cui agli articoli 22 e 25 del regolamento "Dublino III", avesse risposto negativamente ad una richiesta di presa o di ripresa in carico, non potrebbe avere una durata indeterminata visto che ritarderebbe in maniera significativa la questione sulla determinazione dello Stato membro competente ai fini dell'esame di una domanda di protezione internazionale, rendendo per ciò stesso la domanda di riesame incompatibile con l'obiettivo di celerità dello stesso regolamento "Dublino III". Un tale obiettivo, invece, sarebbe senz'altro perseguito dalla disposizione dell'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento di esecuzione, nel momento in cui prevede un rigido inquadramento temporale mediante la previsione, da un lato, di un termine di tre settimane concesso allo Stato membro richiedente per poter presentare una domanda di riesame allo Stato membro richiesto che si fosse espresso negativamente rispetto ad una richiesta di presa o di ripresa in carico, scaduto il quale lo Stato membro richiedente perderebbe tale facoltà; e, dall'altro, di un termine di due settimane per l'eventuale risposta alla domanda di riesame da parte dello Stato membro richiesto. Per quanto riguarda quest'ultimo termine temporale, in particolare, la Corte di giustizia ha affermato che la disposizione in questione non mira ad introdurre un obbligo giuridico di rispondere ad una richiesta di riesame, a pena di vedersi trasferire la competenza ai fini dell'esame della domanda di protezione internazionale, quanto piuttosto intende sollecitare lo Stato membro richiesto a cooperare lealmente con lo Stato membro richiedente¹⁹. Una tale affermazione sarebbe senz'altro corroborata dal fatto che l'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento di esecuzione, non prevede che l'omessa risposta alla richiesta di riesame allo scadere del termine di due settimane equivalga all'accettazione della stessa e implichi quindi l'obbligo di presa o di ripresa in carico dell'interessato, com'è espressamente previsto, invece, nei casi di mancata risposta alla precedente richiesta di presa o di ripresa in carico, ai sensi, rispettivamente, degli articoli 22, paragrafo 7, e 25, paragrafo 2, del regolamento "Dublino III".

Infine, l'ultima frase dell'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento di esecuzione, precisa espressamente che la procedura aggiuntiva di riesame ivi prevista non riapre

¹⁹ Sentenza XX, cit., punto 77.

comunque i termini di due e un mese entro i quali lo Stato membro richiesto è tenuto a rispondere ad una richiesta di presa o di ripresa in carico, ai sensi del regolamento “Dublino III”. Tuttavia, la Corte di giustizia ha evidenziato che un’interpretazione dell’articolo 5, paragrafo 2, del regolamento di esecuzione, secondo cui la procedura aggiuntiva di riesame potrebbe svolgersi solo entro i rigidi limiti temporali stabiliti dal regolamento “Dublino III”, di modo che essa sarebbe possibile solo nei limiti in cui lo Stato membro richiesto non avesse esaurito il termine previsto per la sua risposta alla richiesta di presa o di ripresa in carico, ostacolerebbe nella pratica l’applicazione di detta procedura e non potrebbe quindi essere considerata utile ai fini dell’attuazione del regolamento “Dublino III” stesso. Di conseguenza, secondo il giudice UE, lo Stato membro richiedente avrebbe la facoltà di inviare allo Stato membro richiesto una domanda di riesame entro il termine di tre settimane dal ricevimento della risposta negativa dello Stato membro richiesto, benché la chiusura di tale procedura aggiuntiva di riesame alla scadenza del termine di due settimane, entro cui può rispondere lo Stato membro richiesto, intervenga dopo la scadenza dei termini stabiliti negli articoli 22 e 25 del regolamento “Dublino III”²⁰.

La Corte di giustizia si è poi soffermata sulla portata giuridica del termine di due settimane per rispondere ad una richiesta di riesame, previsto all’articolo 5, paragrafo 2, del regolamento di esecuzione. A tal riguardo, anche in questo caso, il giudice UE ha ritenuto che la norma in questione dovesse essere interpretata in conformità alle disposizioni del regolamento “Dublino III” ed agli obiettivi da esso perseguiti, segnatamente quello di istituire un meccanismo per determinare con chiarezza e praticità lo Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale, garantire l’effettivo accesso a tali procedure, e non pregiudicare l’obiettivo di un rapido espletamento delle domande di protezione internazionale. Secondo la Corte di giustizia, i citati obiettivi non sarebbero rispettati da un’interpretazione dell’articolo 5, paragrafo 2, del regolamento di esecuzione, secondo cui il termine di due settimane, per rispondere alla richiesta di riesame, sarebbe meramente indicativo, di modo che la procedura aggiuntiva di riesame non sarebbe delimitata da alcun termine imperativo per la risposta²¹. Siffatta interpretazione, infatti, si porrebbe in contrasto non solo con i citati obiettivi del regolamento “Dublino III”, ma anche con l’economia generale delle procedure di presa e di ripresa in carico che il legislatore UE ha avuto cura di disciplinare ricorrendo ai termini chiaramente definiti, prevedibili e relativamente brevi, di cui agli articoli 22 e 25 del regolamento “Dublino III”.

Infine, la Corte di giustizia, soffermandosi sugli importanti effetti dell’omessa risposta alla richiesta di riesame da parte dello Stato membro richiesto, ha affermato che la scadenza del termine di risposta di due settimane chiude definitivamente la procedura aggiuntiva di riesame a prescindere dal fatto che lo Stato membro richiesto avesse risposto o meno alla richiesta di riesame dello Stato membro richiedente. In tale circostanza, sarebbe quest’ultimo ad essere considerato competente ai fini dell’esame della domanda di protezione internazionale, salvo il caso in cui lo stesso Stato membro richiedente disponesse ancora del tempo necessario per poter presentare una nuova domanda di presa o di ripresa in carico²².

²⁰ Sentenza XX, cit., punti 88-89.

²¹ Sentenza XX, cit., punto 82.

²² Sentenza XX, cit., punti 86-87.

4. I tempi di adozione della notifica della decisione di trasferimento di un richiedente protezione internazionale

Un aspetto senz'altro collegato alla richiesta di presa o ripresa in carico è quello della notifica all'interessato di una decisione di trasferimento da parte dello Stato membro richiedente nei confronti dello Stato membro richiesto, una volta che quest'ultimo abbia accettato di prendere o riprendere in carico un richiedente protezione internazionale. Tale questione è stata oggetto della sentenza nella causa *Hassan*²³, originata da una domanda di pronuncia pregiudiziale rivolta alla Corte di giustizia dal Tribunale amministrativo di Lille, e concernente l'interpretazione dell'articolo 26, paragrafo 1, del regolamento "Dublino III", che dispone proprio in materia della suddetta notifica della decisione di trasferimento.

Tale sentenza fornisce degli importanti chiarimenti agli organi giurisdizionali nazionali, nella causa *de qua* quelli francesi, sui tempi dell'adozione e notifica all'interessato della decisione di trasferimento. Infatti, i tribunali amministrativi francesi, a detta del giudice rinviante, non erano unanimi né nel considerare che una decisione di trasferimento possa essere adottata e notificata all'interessato prima della risposta dello Stato membro richiesto, né nel considerare che lo Stato membro richiedente dovesse attendere l'esito del procedimento di determinazione dello Stato membro competente prima di adottare e notificare una tale decisione all'interessato.

La domanda pregiudiziale oggetto della causa in oggetto era stata proposta nell'ambito di una controversia tra il Sig. Adil Hassan, cittadino iracheno, e il *préfet du Pas-de-Calais* in merito alla legittimità della decisione che disponeva il suo trasferimento verso la Germania. Infatti, i servizi della polizia aeroportuale e di frontiera del Pas-de-Calais in Francia, che avevano fermato il Sig. Adil Hassan, avevano appreso dal sistema Eurodac che le impronte del soggetto in questione erano già state acquisite dalle autorità tedesche, presso le quali lo stesso aveva anche presentato richiesta di protezione internazionale. Il prefetto del Pas-de-Calais, a quel punto, chiedeva alle autorità tedesche di riprendere in carico il Sig. Hassan, decidendo contestualmente di trasferire quest'ultimo verso la Germania e di sottoporlo a trattenimento amministrativo. Il Sig. Hassan contestava sia il trattenimento amministrativo sia l'immediato trasferimento in Germania lamentando, in particolare, che la decisione di trasferimento non tenesse conto di quanto disposto dall'articolo 26, paragrafo 1, del regolamento "Dublino III", in quanto la decisione in questione era stata adottata ed era stata notificata all'interessato prima che lo Stato membro richiesto avesse esplicitamente o implicitamente risposto alla richiesta delle autorità francesi di riprenderlo in carico. La difesa del prefetto francese verteva sul fatto che, conformemente al diritto nazionale, al fine di procedere al trattenimento del Sig. Hassan, era necessario adottare preliminarmente una decisione di trasferimento, senza attendere la risposta dello Stato membro richiesto. In ogni caso, sempre secondo la difesa francese, il trasferimento materiale dell'interessato non avrebbe comunque potuto essere eseguito finché lo Stato membro richiesto non avesse accettato di riprendere in carico l'interessato. A questo punto, il Tribunale amministrativo di Lille, giudice del rinvio, sebbene osservasse che il prefetto del Pas-de-Calais non era tenuto a prendere la decisione di trasferimento al fine di disporre il trattenimento amministrativo del Sig. Hassan, smentendo quindi lo stesso prefetto in questione, visto che il trattenimento è espressamente previsto all'articolo 28 del

²³ Sentenza della Corte del 31 maggio 2018, causa C-647/16, *Adil Hassan*, ECLI:EU:C:2018:368.

regolamento “Dublino III”, una disposizione quindi dotata di diretta applicabilità; allo stesso tempo, osservava però che il diritto nazionale non vietava in alcun modo l’adozione della decisione di trasferimento in concomitanza con una decisione di trattenimento. In base a quanto precede, il giudice del rinvio si era così chiesto, ed ha chiesto alla Corte di giustizia, se la prassi amministrativa seguita dalle autorità francesi, consistente nell’adottare e notificare all’interessato la decisione di trasferimento prima della risposta dello Stato membro richiesto, fosse compatibile con l’articolo 26 del regolamento “Dublino III”.

La Corte di giustizia UE, nel rispondere al quesito posto dal Tribunale amministrativo di Lille, ha voluto ripercorrere i termini e la genesi della disposizione in questione ma anche il contesto e gli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte, seguendo fedelmente a tal proposito l’analisi puntuale condotta dall’AG Mengozzi nelle sue conclusioni alla causa di specie.

Secondo il giudice dell’Unione, dai termini stessi dell’articolo 26, paragrafo 1, del regolamento Dublino III, discenderebbe che il legislatore dell’UE abbia stabilito un ordine procedurale ben preciso tra l’accettazione della richiesta di presa o di ripresa in carico da parte dello Stato membro richiesto e la notifica della decisione di trasferimento all’interessato. Infatti, quest’ultima interverrebbe solo se e solo dopo che lo Stato membro richiesto (la Germania nella causa di specie) avesse risposto favorevolmente alla richiesta di presa o di ripresa in carico o, eventualmente, dopo la scadenza dei termini entro i quali lo Stato membro richiesto doveva rispondere, equivalendo l’assenza di risposta all’accettazione di una tale richiesta²⁴. Secondo la Corte di giustizia, un tale preciso ordine procedurale scaturirebbe anche dalla genesi della disposizione oggetto di interpretazione nella presente causa. Infatti, come rilevato dall’AG Mengozzi, dai lavori preparatori di detta disposizione del regolamento “Dublino III” si ricava la necessità di ulteriori precisazioni riguardanti la procedura di notifica della decisione di trasferimento alla persona interessata, al fine di garantire a quest’ultima un diritto di ricorso più effettivo. In particolare, tali precisazioni vertono sul momento, la forma ed il contenuto della notifica delle decisioni di trasferimento²⁵.

Un tale ordine procedurale tra l’accettazione della richiesta di presa o di ripresa in carico e la notifica della decisione di trasferimento sarebbe confermato, secondo il giudice UE, anche dall’economia generale del regolamento “Dublino III”, essendo la disposizione in questione, insieme all’articolo 27 dello stesso regolamento, ricompresa all’interno della sezione intitolata «garanzie procedurali». Infatti, la disposizione dell’articolo 26, paragrafo 1, del regolamento “Dublino III”, nell’obbligare lo Stato membro richiedente a notificare all’interessato la decisione di trasferimento, intende rafforzare la protezione dei diritti di tale persona assicurando che essa sia informata dell’insieme dei motivi sottesi alla decisione in modo da poterla contestare in piena consapevolezza dinanzi al giudice competente chiedendone la sospensione dell’esecuzione. La piena consapevolezza dei motivi sottesi alla decisione di trasferimento può però essere raggiunta solo dopo che lo Stato membro richiesto abbia provveduto alle verifiche necessarie per la determinazione della sua competenza per l’esame della domanda di protezione internazionale e abbia quindi già statuito sulla presa o ripresa in carico²⁶.

²⁴ Sentenza *Hassan*, cit., punto 42.

²⁵ Conclusioni dell’AG Mengozzi del 20 dicembre 2017, causa C-647/16, *Adil Hassan*, ECLI:EU:C:2017:1018, punto 36; e sentenza *Hassan*, cit., punti 44-45.

²⁶ Sentenza *Hassan*, cit., punto 53.

Infine, l'ordine procedurale in questione sembra essere confermato anche dall'obiettivo perseguito dal regolamento "Dublino III". Quest'ultimo, infatti, persegue lo scopo di stabilire un meccanismo chiaro e pratico che consenta di determinare con rapidità lo Stato membro competente senza pregiudicare l'obiettivo di un celere espletamento delle domande di protezione internazionale assicurando al contempo un ricorso effettivo avverso le decisioni di trasferimento. La Corte di giustizia ha così precisato che il legislatore UE non aveva inteso sacrificare la tutela giurisdizionale dei richiedenti protezione internazionale all'esigenza di celerità. Come rilevato dall'AG Mengozzi nelle sue conclusioni, infatti, la portata del diritto di ricorso effettivo potrebbe uscirne ridotta, giacché una decisione di trasferimento presa e notificata all'interessato prima che lo Stato membro richiesto avesse risposto alla richiesta di presa o di ripresa in carico sarebbe fondata solo sugli elementi di prova e le circostanze indiziarie raccolti dallo Stato richiedente e non su quelli provenienti dallo Stato membro richiesto²⁷. Secondo lo stesso AG Mengozzi e la Corte di giustizia, però, gli elementi provenienti da quest'ultimo sono di un'importanza particolare nell'ambito dei ricorsi e delle domande di revisione proposti avverso una decisione di trasferimento, dato che lo Stato membro richiesto è tenuto a verificare in maniera esaustiva la sua competenza. Inoltre, ammettere che la notifica di una tale decisione potesse intervenire anteriormente alla risposta dello Stato membro richiesto significherebbe esporre l'interessato al rischio di un trasferimento verso tale Stato membro prima che quest'ultimo vi abbia acconsentito. In sostanza, quindi, posto che il regolamento "Dublino III" persegue l'obiettivo di stabilire un meccanismo chiaro e pratico di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di asilo, non sarebbe possibile, sempre secondo la Corte, ammettere che l'interpretazione dell'articolo 26, paragrafo 1, con il quale il legislatore ha inteso rafforzare la protezione dei diritti dell'interessato, possa variare in funzione della normativa degli Stati membri implicati nella procedura di determinazione dello Stato membro competente, come nel caso della Francia nella causa di specie. Seguendo tale logica, il giudice dell'UE ha ritenuto che l'interpretazione dell'articolo 26, paragrafo 1, del regolamento "Dublino III" non potesse essere messa in discussione dal fatto che il diritto francese non permetterebbe il trattenimento amministrativo dell'interessato prima che a quest'ultimo fosse stata notificata la decisione di trasferimento. A maggior ragione, tutto ciò non sarebbe concepibile in ragione del fatto che il trattenimento degli interessati, addirittura prima ancora che la richiesta di presa o di ripresa in carico fosse presentata allo Stato membro richiesto, risulta già espressamente disciplinato dall'articolo 28, paragrafi 2 e 3, del regolamento "Dublino III", previo soddisfacimento, però, delle specifiche condizioni previste dalla disposizione in questione, quali, ad esempio, il rischio notevole di fuga e sempre che il trattenimento sia proporzionale e quanto più breve possibile. Da ciò ne discendeva che la notifica della decisione di trasferimento non costituisca un presupposto necessario per il trattenimento, come risulterebbe da una parte della prassi giurisprudenziale dei tribunali amministrativi francesi, visto che lo stesso trattenimento, aggiungerei, è espressamente disciplinato da una norma del diritto dell'Unione dotata di applicabilità diretta. Conseguentemente, una tale prassi applicativa dei tribunali amministrativi francesi, evidenziata dal giudice del rinvio, ancorché non unanime, sarebbe comunque da considerare contraria all'articolo 26, paragrafo 1, del regolamento "Dublino III".

²⁷ Conclusioni AG Mengozzi, causa C-647/16, cit., punto 61.

La sentenza in oggetto si inserisce in quel ricco filone giurisprudenziale concernente il regolamento “Dublino III”, sebbene in tale occasione la Corte di giustizia si sia intrattenuta per la prima volta sull’interpretazione della disposizione ivi prevista sulla notifica di una decisione di trasferimento. Proprio in virtù di tale circostanza, la pronuncia del giudice dell’UE ha illustrato in maniera chiara e precisa, grazie alla consueta illuminante analisi dell’AG Mengozzi, l’ordine procedurale che le autorità nazionali devono rispettare tra l’adozione e la conseguente notifica all’interessato della decisione di trasferimento e l’accettazione della richiesta di presa o ripresa in carico da parte dello Stato membro richiesto, ai sensi dell’articolo 26, paragrafo 1, del regolamento “Dublino III”. In assenza di tale precisazione, benché come abilmente sottolineato dall’AG Mengozzi e dallo stesso giudice dell’UE la lettera e l’oggetto della disposizione in oggetto non lasciassero spazio ad altre interpretazioni, gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, di cui quello francese ne è solo un esempio, in talune circostanze non si sono mostrati particolarmente garantisti nei confronti dei soggetti interessati, a scapito quindi del diritto di questi ultimi ad una tutela giurisdizionale effettiva, ai sensi dell’articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE. Va però aggiunto che, su segnalazione dell’AG Mengozzi e sempre per quanto concerne l’ordinamento giuridico francese, in circostanze analoghe a quelle del procedimento principale, il Consiglio di Stato francese, il 19 luglio 2017, su questioni sollevate dalla Corte d’appello di Douai, ha emanato un parere²⁸ in cui ha dichiarato che una decisione di trasferimento di un richiedente asilo verso lo Stato membro competente possa essere adottata e notificata all’interessato solo dopo l’accettazione della presa in carico da parte dello Stato membro richiesto²⁹. In conclusione, quindi, per l’ordinamento francese la questione può senz’altro considerarsi risolta, in virtù sia della pronuncia della Corte di giustizia UE sia del parere del Consiglio di Stato francese, che ormai dovrebbero aver posto la parola fine alla prassi amministrativa contestata dallo stesso giudice francese rinviante. L’auspicio, più in generale, è che tale questione possa considerarsi risolta anche per quanto riguarda gli ordinamenti giuridici nazionali degli altri Stati membri UE, in virtù di quell’efficacia sostanzialmente *erga omnes* che le pronunce pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia UE hanno ormai nei confronti dei giudici dei Paesi membri³⁰.

²⁸ Si veda, il parere del Consiglio di Stato francese del 19 luglio 2017, ECLI:FR:CECHR:2017:408919:20170719.

²⁹ Conclusioni AG Mengozzi, causa C-647/16, cit., punto 30.

³⁰ Sull’efficacia sostanzialmente *erga omnes* delle pronunce pregiudiziali interpretative, si vedano, *ex multis*, R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell’Unione europea*², Torino, 2017, p. 338, in cui gli autori sottolineano come: «il principio di diritto contenuto nella decisione non vincola solo quel giudice, ma s’impone con effetti *erga omnes*, nel senso che la disposizione in causa deve essere da chiunque interpretata e applicata così come indicato dalla Corte, almeno fino a quando questa, eventualmente chiamata di nuovo in causa, non ne fornisca una diversa interpretazione»; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell’Unione europea*⁵, Bari, 2017, p. 425, in cui l’autore afferma che «l’efficacia delle sentenze della Corte di giustizia tende ad assumere una portata generalizzata nei confronti dei giudici dei Paesi membri». L. DANIELE, *Commento all’art. 267 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di) *Trattati dell’Unione europea*², Milano, 2014, p. 2103 ss., 2121, in cui l’autore evidenzia che: «in linea di principio, tutte le sentenze pregiudiziali hanno valore *ex tunc*. L’interpretazione contenuta in una sentenza pregiudiziale, infatti, “chiarisce il significato e la portata della norma quale deve o avrebbe dovuto essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore”»; L. FUMAGALLI, *Commento all’art. 267 TFUE*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai trattati sull’Unione europea*², Padova, 2014, p. 1327 ss.; D. DITTELT, *Commento all’art. 267 TFUE*, in C. CURTI GIALDINO (diretto da), *Codice dell’Unione europea operativo*, Napoli, 2012, p. 1926 ss.

5. Conclusioni

Le sentenze oggetto del presente contributo si pongono all'interno di quelle pronunce interpretative della Corte di giustizia riguardanti la disciplina applicabile alla determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una richiesta di protezione internazionale. Esse chiariscono alcuni punti essenziali concernenti sia le procedure per la richiesta di presa o di ripresa in carico di un richiedente protezione internazionale formulata da uno Stato membro richiedente nei confronti di uno Stato membro richiesto; sia la procedura aggiuntiva di riesame che può essere facoltativamente proposta dallo Stato membro richiedente, a seguito di una risposta negativa, dello Stato membro richiesto, ad una precedente richiesta di presa o di ripresa in carico. In particolare, la Grande Sezione si è pronunciata per la prima volta sui termini temporali per la presentazione di una richiesta di riesame e per l'eventuale risposta a quest'ultima, sottolineando che in alcun modo tali termini possono contravvenire ad uno degli obiettivi principali del regolamento "Dublino III", quale il rapido espletamento delle domande di protezione internazionale. Conseguentemente, tale procedura aggiuntiva di riesame non dovrebbe mai provocare alcuna riapertura dei termini per la risposta ad una richiesta di presa o di ripresa in carico espressamente previsti dal regolamento "Dublino III", ma al massimo darebbe luogo ad un leggero differimento di tali termini pari ai mesi concessi, dal regolamento di esecuzione, allo Stato membro richiedente per attivare una procedura aggiuntiva di riesame ed allo Stato membro richiesto per la sua eventuale risposta.

Il filo conduttore delle pronunce oggetto del presente contributo è indubbiamente costituito dalla necessità che le interpretazioni rese siano conformi agli obiettivi perseguiti dal regolamento "Dublino III", segnatamente quello di istituire un meccanismo per determinare con chiarezza e praticità lo Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale, garantire l'effettivo accesso a tali procedure, e non pregiudicare l'obiettivo di un rapido espletamento delle domande di protezione internazionale. In quest'ottica, il giudice dell'UE non ha sottratto al perseguimento di tali obiettivi neanche l'ultima pronuncia oggetto del presente contributo, riguardante i tempi per l'adozione della notifica della decisione di trasferimento di un richiedente protezione internazionale, una volta che lo Stato membro richiesto abbia accettato di prenderlo o riprenderlo in carico.

Le pronunce della Corte di giustizia hanno avuto il merito di aver offerto dei chiarimenti molto importanti, non tanto perché particolarmente innovativi ma perché, per certi versi, confermativi del tenore letterale delle disposizioni in questione. Infatti, sebbene il giudice dell'UE si sia più volte soffermato sulla necessità di interpretare le norme oggetto delle cause principali conformemente agli obiettivi del legislatore dell'Unione, non può non rilevarsi che gli stessi fossero già, più o meno, palesemente evidenti dal dettato normativo del regolamento "Dublino III".

ABSTRACT: Some recent clarifications from the eu court of justice on the request to take back an applicant for international protection

The judgments analysed in the present paper enriched the already numerous interpretative deliveries from the EU Court of Justice concerning the determination of the EU Member

State responsible for examining an application for international protection. They clarify some essential features concerning, on one side, the procedure for the request to take back an applicant for international protection lodged by a requesting Member State towards a requested Member State; and, on the other side, the nature (non compulsory) and the conditions for a request for re-examination of a previous request to take back an applicant. The judgments of the EU Court of Justice basically confirmed the letter of the relevant provisions rather than delivering some innovative interpretations. In fact, although the Court stressed several times in those judgments the necessity to interpret the provisions at stake in conformity with the objectives set out by the EU legislator; at the same time, it can be clearly affirmed that those objectives were already, more or less, evident from the letter of Regulation “Dublin III” itself. The importance of the judgments at stake, strangely enough, is exactly that of delimiting the perimeter of application, ergo interpretation, of the rules governing those key procedures in determining the EU Member State responsible.

LA DISCIPLINA EUROPEA DELLA MIGRAZIONE ECONOMICA

ANNA PITRONE*

SOMMARIO: 1. I primi tentativi di gestione europea della migrazione economica. - 2. La direttiva sul permesso unico. - 3. La disciplina europea applicabile ai lavoratori altamente qualificati e le proposte di modifica. - 4. La normativa europea in tema di accoglienza di ricercatori e studenti. - 5. Le direttive concernenti i lavoratori stagionali ed i trasferimenti intra-societari: immigrazione “privilegiata” a tempo.

1. *I primi tentativi di gestione europea della migrazione economica*

Le previsioni riguardanti l'invecchiamento della popolazione attiva europea e di conseguenza la necessità di manodopera, qualificata e non, in tutti gli Stati membri dell'Unione europea, ha acceso i riflettori, sin dalla fine degli anni Novanta, sul contributo che in questo ambito può dare la migrazione di tipo economico, anche al fine di combattere e ridurre la migrazione illegale, lo sfruttamento di immigrati illegali nell'economia sommersa ed il traffico di esseri umani.

Così, in seguito al Consiglio europeo di Tampere, la Commissione europea, il 22 novembre 2000, ha adottato una specifica comunicazione¹, nella quale sottolinea l'importanza di trovare l'intesa fra gli Stati membri, in particolare con riguardo alla cd. migrazione economica. Alla comunicazione è seguita, qualche mese dopo, una proposta di direttiva², con l'obiettivo di definire condizioni e norme procedurali comuni sull'ingresso ed il soggiorno di cittadini di paesi terzi ai fini dello svolgimento di un'occupazione retribuita e di attività lavorative autonome.

La proposta mirava ad istituire una procedura armonizzata di presentazione delle domande, per ammettere i cittadini di paesi terzi ad esercitare un'attività economica negli Stati membri dell'Unione europea, facendo salva la competenza degli Stati ad adottare misure volte a limitare l'ammissione dei lavoratori dei paesi terzi.

La proposta prevedeva poi una serie di diritti che il “permesso di soggiorno-lavoratore” avrebbe conferito al titolare tra i quali - principalmente - quello di soggiornare e di lavorare nello Stato membro, nonché il diritto a ricevere lo stesso trattamento dei cittadini dell'Unione, almeno con riferimento ad alcuni diritti di base quali le condizioni di lavoro, l'accesso alla formazione professionale, il riconoscimento dei diplomi, la sicurezza sociale e l'accesso ai beni e servizi accessibili al pubblico, compresi alloggio e diritti sindacali; l'esercizio di alcuni di questi diritti però poteva essere subordinato dagli Stati membri ad una durata minima del soggiorno (o a un diritto di soggiorno valido per una determinata durata minima).

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

¹ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, del 22 novembre 2000, *su una politica comunitaria in materia di immigrazione*, COM (2000) 757, def.

² Proposta di direttiva del Consiglio, del 17 luglio 2001, *relativa alle condizioni d'ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendono svolgere attività di lavoro subordinato o autonomo*, COM (2001) 386 def.

Nonostante la flessibilità del quadro delineato dalla proposta della Commissione³, questa non ha ottenuto il necessario consenso degli Stati membri; la questione è stata affrontata nuovamente solo dopo un paio di anni, attraverso l'adozione di un Libro verde sull'approccio dell'Unione europea alla gestione della migrazione economica⁴, che ha promosso una consultazione pubblica sulla forma più appropriata che avrebbe dovuto avere la normativa comunitaria in materia di ammissione dei migranti per motivi economici.

I risultati della consultazione⁵ sono stati alla base del programma di azione sulla migrazione adottato in seguito al Consiglio europeo dell'Aja; nel programma di azione la Commissione ha osservato come la consultazione pubblica avesse attirato l'attenzione sui vantaggi possibili di un quadro orizzontale che prevedesse condizioni di ammissione per tutti i cittadini di paesi terzi desiderosi di entrare nei mercati del lavoro degli Stati membri, tuttavia ha sottolineato come gli Stati membri non avessero dimostrato un sostegno unanime per un tale approccio. Dunque, la Commissione ha proposto una direttiva quadro generale e quattro strumenti specifici.

2. La direttiva sul permesso unico

La proposta di una direttiva quadro si è concretizzata con l'adozione, il 13 dicembre 2011, della direttiva 2011/98/UE⁶ che, fatta salva la competenza degli Stati membri per quanto riguarda l'ingresso di cittadini di paesi terzi nei rispettivi mercati del lavoro, ha introdotto una procedura di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro, riconoscendo loro anche un insieme comune di diritti. La direttiva, che trova il suo fondamento giuridico nell'articolo 79, paragrafo 2, del TFUE, nel frattempo entrato in vigore, si applica ai cittadini di paesi terzi autorizzati a vivere o lavorare nell'Unione indipendentemente dal motivo originario della loro ammissione. Non si applica invece ai lavoratori autonomi ed ai cittadini di Stati terzi beneficiari di disposizioni di altri atti UE relativi alla libera circolazione e soggiorno, ovvero di accordi conclusi dall'Unione con Stati terzi⁷. Infine, la direttiva concede agli Stati la facoltà di non applicarla a chi è autorizzato al

³ C. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 149.

⁴ *Libro verde sull'approccio dell'Unione europea alla gestione della migrazione economica*, dell'11 gennaio 2005, COM (2004) 811 def.

⁵ https://ec.europa.eu/home-affairs/what-is-new/public-consultation/2005/consulting_0016_en.

⁶ Direttiva 2011/98/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, *relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro*, in GUUE L 343, del 23 dicembre 2011, pp. 1-9.

⁷ A norma del paragrafo 2 dell'art. 3 della direttiva 2011/98/UE, questa non si applica ai cittadini di Paesi terzi "a) che sono familiari di cittadini dell'Unione che hanno esercitato o esercitano il loro diritto alla libera circolazione nell'Unione conformemente alla direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri; b) che godono, insieme ai loro familiari e a prescindere dalla loro cittadinanza, di diritti di libera circolazione equivalenti a quelli dei cittadini dell'Unione a norma di accordi tra l'Unione e gli Stati membri o tra l'Unione e paesi terzi; c) che sono distaccati, per la durata del distacco; d) che hanno presentato domanda di ammissione o sono stati ammessi nel territorio di uno Stato membro in qualità di lavoratori trasferiti all'interno di società; e) che hanno presentato domanda di ammissione o sono stati ammessi nel territorio di uno Stato membro come lavoratori stagionali o «alla pari»; f) che sono autorizzati a soggiornare in uno Stato

soggiorno per non più di sei mesi ed al titolare di un permesso per motivi di studio (art. 3).

La direttiva si limita a prevedere una procedura unica di domanda di rilascio, modifica o rinnovo del permesso, che deve essere rilasciato utilizzando il modello uniforme previsto dal regolamento (CE) n. 1030/2002, lasciando gli Stati membri liberi di designare l'autorità competente a ricevere le domande, nonché di definire le condizioni di ammissione (artt. dal 4 al 10).

Una volta rilasciato da uno Stato membro, il permesso unico autorizza il titolare ad entrare e soggiornare nel territorio di tale Stato, ed a svolgere l'attività lavorativa prevista dal permesso (art. 11); ai lavoratori di Stati terzi, l'articolo 12 della direttiva riconosce la parità di trattamento con i cittadini dello Stato membro in cui soggiornano sia con riferimento alle condizioni di lavoro, che con riferimento alla libertà di associazione, adesione e partecipazione a organizzazioni di lavoratori o di datori di lavoro o a qualunque organizzazione professionale di categoria; con riguardo all'istruzione e la formazione professionale, la direttiva riconosce agli Stati la possibilità di limitare la parità di trattamento, restringendone l'applicazione ai lavoratori di paesi terzi che svolgono o hanno svolto un'attività lavorativa e sono registrati come disoccupati, stabilendo fra l'altro requisiti specifici, tra cui il possesso di conoscenze linguistiche e il pagamento di tasse scolastiche, conformemente al diritto nazionale, per quanto riguarda l'accesso all'università e all'istruzione post-secondaria, nonché alla formazione professionale che non sia direttamente collegata all'attività lavorativa specifica.

Con riguardo alla parità di trattamento nei settori della sicurezza sociale, la direttiva prevede poi, con riferimento ai sussidi familiari, che gli Stati membri possano non applicarla ai cittadini di paesi terzi che sono stati autorizzati a lavorare nel territorio di uno Stato membro per un periodo non superiore a sei mesi, ai cittadini di paesi terzi che sono stati ammessi a scopo di studio o ai cittadini di paesi terzi cui è consentito lavorare in forza di un visto.

Infine, anche con riguardo all'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico e all'erogazione degli stessi, la direttiva lascia agli Stati membri la possibilità di limitare l'applicazione della parità di trattamento ai lavoratori di paesi terzi che svolgono un'attività lavorativa, e di non riconoscere tale parità con specifico riferimento all'assistenza abitativa.

Siamo dunque di fronte ad un'armonizzazione minima in questo settore, nel quale, come è stato osservato⁸, le preoccupazioni nazionali hanno prevalso sulle ambizioni del programma di Tampere. La direttiva 2011/98/UE si allontana molto, infatti, dall'originaria proposta della Commissione del 2001, abbandonando definitivamente l'approccio

membro a titolo di protezione temporanea ovvero hanno chiesto l'autorizzazione al soggiorno a tale titolo e sono in attesa di una decisione sul loro status; g) che sono beneficiari di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, o hanno chiesto la protezione internazionale a norma di tale direttiva e sono in attesa di una decisione definitiva sulla loro domanda; h) che sono beneficiari di protezione in base al diritto nazionale, agli obblighi internazionali o alla prassi di uno Stato membro ovvero hanno presentato domanda di protezione in base al diritto nazionale, agli obblighi internazionali o alla prassi di uno Stato membro e sono in attesa di una decisione definitiva sulla loro domanda; i) che sono soggiornanti di lungo periodo ai sensi della direttiva 2003/109/CE; j) il cui allontanamento è stato sospeso per motivi di fatto o di diritto; k) che hanno presentato domanda di ammissione o che sono stati ammessi nel territorio di uno Stato membro come lavoratori autonomi; l) che hanno presentato domanda di ammissione o sono stati ammessi come lavoratori marittimi o per svolgere qualunque altra attività lavorativa a bordo di una nave registrata in uno Stato membro o battente bandiera di uno Stato membro".

⁸ P. DI PASCALE, *L'accesso al mercato del lavoro*, in G. CAGGIANO, *I percorsi giuridici dell'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, p. 604.

orizzontale, rivestendo piuttosto un ruolo residuale con riferimento alle categorie di stranieri non disciplinate da direttive settoriali, e frammentando dunque ulteriormente lo *status* del cittadino di Stato terzo, anche a causa delle numerose clausole discrezionali in essa contenute⁹.

Ne consegue che, nonostante la migrazione economica costituisca uno degli aspetti cruciali del fenomeno migratorio in Europa, ad oggi i risultati più importanti attengono solo a determinate categorie di lavoratori, che risultano essere le più “utili”, se non addirittura “necessarie” all’Unione ed ai suoi Stati membri.

3. *La disciplina europea applicabile ai lavoratori altamente qualificati e le proposte di modifica*

Il 23 ottobre 2007, la Commissione europea presentava la proposta del primo degli atti specifici contemplati nel Piano sull’immigrazione del 2005, relativo ai lavoratori altamente qualificati¹⁰, allo scopo di introdurre una particolare autorizzazione, la c.d. “Carta Blu UE”, ricalcata sull’esempio della *blue card* in vigore negli Stati Uniti, al fine di rendere l’Unione più capace di attrarre e, laddove necessario, trattenere lavoratori altamente qualificati provenienti da paesi terzi.

La direttiva sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi che intendono svolgere lavori altamente qualificati è stata adottata il 25 maggio 2009¹¹ e solo tre anni dopo il termine di recepimento, la Commissione, nella comunicazione sull’applicazione della direttiva¹², ha evidenziato il suo tardivo e lacunoso recepimento da parte degli Stati membri¹³, nonché i limiti della procedura istituita che si sono tradotti in un’applicazione della stessa piuttosto deludente; l’unico Stato membro ad aver rilasciato un considerevole numero di Carte blu risulta essere la Germania, mentre in molti Stati membri, continuano ad applicarsi politiche nazionali volte ad attrarre immigrati altamente qualificati, che inevitabilmente entrano in concorrenza con il sistema della Carta blu UE.

Preso atto di tali considerazioni, e alla luce delle carenze intrinseche della direttiva, tra le quali condizioni di ammissione restrittive e agevolazioni assai limitate della mobilità

⁹ B. NASCIBENE, *Considerazioni conclusive., Le incertezze delle politiche europee di immigrazione e asilo*, in S. AMADEO e F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell’immigrato in Europa*, Torino, 2015, p. 403.

¹⁰ Proposta di direttiva del Consiglio, del 23 ottobre 2007, *sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati*, COM (2007) 637 def.

¹¹ Direttiva 2009/50/CE del Consiglio, del 25 maggio 2009, *sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati*, in GUUE L 155, del 18 giugno 2009, pp. 17-29. Si vedano M. FASCIGLIONE, *L’attrazione di lavoratori stranieri altamente qualificati alla luce della nuova disciplina sulla ‘Blue Card’ europea: Utopia o realtà?*, in *Gli Stranieri*, 2/2011, pp. 109 ss., Y. K. GÜMÜS, *EU Blue Card Scheme: The Right Step in the Right Direction?*, in *Eur. Jour. Migr. Law*, 4/2010, pp. 435 ss., A. ROSENTHAL, *La direttiva europea sui lavoratori altamente qualificati: elementi di cittadinanza sociale o di cittadinanza mercantile?*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, pp. 425 ss.

¹² Comunicazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio, del 22 maggio 2014, *concernente l’attuazione della direttiva 2009/50/CE sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati*, COM (2014) 287 def.

¹³ L’Italia ha recepito la direttiva con Decreto legislativo 28 giugno 2012, n. 108 “Attuazione della direttiva 2009/50/CE sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di Paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati”, in GU n. 171 del 24 luglio 2012. Si veda W. CHIAROMONTE, *L’accesso al mercato del lavoro nazionale degli stranieri altamente qualificati fra diritto dell’Unione europea e disciplina italiana: la direttiva 2009/50/CE e il d. lgs. 108/2012*, in *Dir. imm. citt.*, 4/2012, pp. 13 ss.

all'interno dell'Unione, l'Agenda europea per l'immigrazione del 2015¹⁴ ha annunciato una revisione della Carta blu UE, al fine di renderla uno strumento più efficace nell'attrarre talenti in Europa. L'esito del processo di revisione, che ha comportato peraltro una consultazione pubblica¹⁵, è rappresentato dalla proposta del 6 giugno 2016 della Commissione di una nuova direttiva sulle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendono svolgere lavori altamente specializzati¹⁶, che dovrebbe sostituire la direttiva attualmente in vigore.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione, la proposta della Commissione riprende in gran parte le disposizioni contenute all'articolo 3 della direttiva in vigore, prevedendo però la possibilità, prima negata, ai beneficiari di protezione internazionale di richiedere la Carta blu UE come qualsiasi altro cittadino di un paese terzo, mantenendo tutti i diritti di cui godono come beneficiari di protezione, al fine di promuovere ulteriormente l'inclusione sociale di queste persone e migliorarne le opportunità sul mercato del lavoro in tutta l'Unione. Nella proposta inoltre viene meno la facoltà degli Stati membri di rilasciare permessi di soggiorno diversi dalla Carta blu UE per qualsiasi scopo occupazionale, al fine di rendere quello UE un unico e coerente sistema.

Ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 2009/50/CE, il cittadino di un paese terzo che chiede di essere ammesso quale titolare di una Carta blu UE deve presentare un contratto di lavoro valido o, secondo quanto eventualmente previsto dalla legge nazionale, un'offerta vincolante di lavoro per svolgere un lavoro altamente qualificato avente durata di almeno un anno nello Stato membro interessato, ed il cui salario corrisponda ad almeno una volta e mezzo la retribuzione media annuale lorda vigente nello Stato membro; inoltre è tenuto a presentare un documento attestante il rispetto dei requisiti prescritti dalla legge nazionale per l'esercizio, da parte dei cittadini dell'Unione, della professione regolamentata specificata nel contratto di lavoro o nell'offerta vincolante di lavoro secondo la legge nazionale; deve esibire un documento di viaggio valido, la domanda di visto o il visto, se richiesto, e la prova del possesso di un permesso di soggiorno valido o di un visto nazionale per soggiorno di lunga durata; infine deve dimostrare di disporre o, se previsto dalla legge nazionale, di avere fatto richiesta di un'assicurazione sanitaria a copertura di tutti i rischi contro i quali sono normalmente coperti i cittadini dello Stato membro interessato, durante i periodi in cui non dispone di una copertura assicurativa di questo tipo né di prestazioni corrispondenti connesse al contratto di lavoro.

La proposta della Commissione lascia inalterati i criteri di ammissione, intervenendo però su alcuni aspetti che potrebbero risultare cruciali: anzitutto la durata del contratto o dell'offerta di lavoro è ridotta a 6 mesi, al fine di garantire un certo grado di flessibilità in linea con le esigenze di mercato e la prassi degli Stati membri; viene inoltre abbassata la soglia del salario, ricomprendendo così un numero assai più elevato di potenziali lavoratori altamente specializzati.

Altro aspetto su cui la Commissione è intervenuta attiene ai motivi di rifiuto, revoca o mancato rinnovo della Carta blu UE; ai sensi della direttiva in vigore, qualsiasi decisione

¹⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, del 13 maggio 2015, *Agenda europea sulla migrazione*, COM (2015) 240 def.

¹⁵ Per gli esiti della consultazione vd. http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-is-new/public-consultation/2015/consulting_0029_en.htm

¹⁶ Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 giugno 2016, *sulle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendono svolgere lavori altamente specializzati*, COM (2016) 378 def.

di respingimento della domanda per una Carta blu UE, che disponga il mancato rinnovo o la revoca della stessa, è notificata per iscritto al cittadino del paese terzo interessato e, laddove opportuno, al suo datore di lavoro; nella notifica devono essere indicati i motivi della decisione, i possibili mezzi di impugnazione di cui può avvalersi l'interessato nonché i termini entro cui proporli. Costituiscono motivi di rifiuto della Carta blu UE la carenza delle condizioni sopra descritte, ovvero la falsificazione o la manomissione dei documenti presentati. Inoltre, prima di decidere in merito a una domanda di Carta blu UE gli Stati membri possono esaminare la situazione del loro mercato del lavoro e applicare le procedure nazionali relative ai requisiti per la copertura di posti vacanti. La domanda di Carta blu UE può inoltre essere considerata irricevibile sulla base dell'articolo 6 della direttiva, che fa salvo il diritto per ciascuno Stato membro di determinare la quota di ammissione di cittadini di paesi terzi che fanno ingresso nel suo territorio al fine di svolgere lavori altamente qualificati. Ancora, gli Stati membri possono rifiutare una domanda di Carta blu UE al fine di garantire assunzioni etiche in settori che soffrono di carenza di lavoratori qualificati nei paesi di origine, ovvero qualora il datore di lavoro è stato oggetto di sanzioni in virtù della legge nazionale, a causa di lavoro non dichiarato e/o occupazione illegale. Gli Stati membri revocano o rifiutano di rinnovare la Carta blu UE rilasciata in forza della direttiva se è stata ottenuta in maniera fraudolenta, o è stata falsificata o manomessa; se risulta che il titolare non soddisfaceva o non soddisfa più le condizioni d'ingresso e di soggiorno previste dalla direttiva, o che soggiorna per fini diversi da quello per cui lo stesso ha ottenuto l'autorizzazione; se il titolare non ha rispettato i limiti stabiliti dalla direttiva per quanto riguarda sia eventuali cambiamenti di datore di lavoro, che periodi di disoccupazione temporanea. Infine, gli Stati membri possono revocare o rifiutare il rinnovo della Carta blu UE rilasciata a norma della direttiva per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica, ovvero qualora il titolare della Carta blu UE non abbia risorse sufficienti per mantenere sé stesso e, nel caso, i propri familiari, senza ricorrere al regime di assistenza sociale dello Stato membro interessato.

Le disposizioni contenute nella proposta della Commissione riprendono in parte quelle contenute nella direttiva 2009/50/CE, ma per quanto riguarda la possibilità di procedere ad un esame della situazione del mercato del lavoro, che è un diritto illimitato per gli Stati membri a norma della direttiva vigente, nella proposta è prevista solo se il mercato del lavoro di uno Stato membro subisce perturbazioni gravi, ad esempio un elevato livello di disoccupazione in una determinata professione o in un determinato settore, in una certa regione del territorio. Inoltre, è previsto che lo Stato membro che intende effettuare un esame del mercato del lavoro invii una notifica motivata alla Commissione e ne informi i richiedenti ed i datori di lavoro. Le parti sociali inoltre possono essere coinvolte dagli Stati membri nella valutazione delle circostanze relative al mercato del lavoro. Si tratta di un intervento di grande importanza, in quanto pone un limite all'ampia discrezionalità che l'attuale normativa lascia agli Stati membri.

La proposta della Commissione, poi, modifica gran parte delle disposizioni della direttiva in vigore relative ai diritti dei possessori della Carta blu UE, con riferimento soprattutto all'accesso al mercato del lavoro ed alla mobilità fra Stati membri.

Anzitutto, attualmente, ai sensi della direttiva 2009/50/CE, gli Stati membri stabiliscono un periodo standard di validità della Carta blu UE, che è compreso tra uno e quattro anni, ovvero, se il contratto di lavoro copre un periodo inferiore, per la durata del contratto di lavoro più tre mesi; la proposta della Commissione, prevede espressamente che

il periodo di validità non possa essere inferiore a 24 mesi, lasciando inalterata l'ipotesi in cui il contratto di lavoro copra un periodo inferiore.

Per quanto riguarda l'accesso al mercato del lavoro, l'articolo 12 della direttiva 2009/50/CE prevede che per i primi due anni di occupazione legale nello Stato membro interessato come titolare di Carta blu UE, il lavoratore possa accedere al mercato del lavoro solo per esercitare attività retribuite conformi alle condizioni di ammissione previste dalla direttiva stessa, e che eventuali cambiamenti del datore di lavoro debbano essere autorizzati per iscritto dalle autorità nazionali competenti. Dopo i primi due anni, gli Stati membri possono concedere alle persone interessate lo stesso trattamento riservato ai cittadini nazionali per quanto riguarda l'accesso al lavoro altamente qualificato.

Nella proposta della Commissione, l'accesso al mercato del lavoro è semplificato; i titolari della Carta blu UE hanno pieno accesso al lavoro altamente specializzato, gli Stati membri possono solo esigere che comunicano i cambiamenti di datore di lavoro o di altro tipo che possono compromettere il rispetto delle condizioni di ammissione della Carta blu UE, nell'intento di chiarire la situazione giuridica in tutti gli Stati membri ed evitare inutili oneri amministrativi. Inoltre, i titolari della Carta blu UE possono esercitare un'attività autonoma in parallelo all'occupazione specializzata, secondo un possibile, graduale percorso verso un'imprenditorialità innovativa.

Per quanto riguarda le condizioni di lavoro, la proposta della Commissione lascia pressoché inalterate le disposizioni contenute nella direttiva in vigore, con alcuni aggiornamenti introdotti in base alle più recenti direttive. Dunque i titolari di Carta blu UE beneficiano di un trattamento uguale a quello riservato ai cittadini dello Stato membro che ha rilasciato la Carta blu per quanto riguarda diversi aspetti: la libertà di associazione, adesione e partecipazione a organizzazioni rappresentative di lavoratori o di datori di lavoro o a qualunque organizzazione professionale di categoria; il riconoscimento di diplomi, certificati e altre qualifiche professionali; l'istruzione e la formazione professionale; l'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico e l'erogazione degli stessi, comprese le procedure per l'ottenimento di un alloggio, nonché i servizi d'informazione e consulenza forniti dai centri per l'impiego; la sicurezza sociale.

Uno degli aspetti più criticati della direttiva 2009/50/CE riguarda la mobilità all'interno dell'Unione; ai sensi del capitolo V della direttiva in vigore, al titolare di Carta blu, e eventualmente ai suoi familiari, è concessa, a determinate condizioni, la possibilità di spostarsi in uno Stato membro diverso dal primo, ai fini di un'attività lavorativa altamente qualificata. Tale possibilità è concessa anzitutto trascorsi diciotto mesi di soggiorno legale nel primo Stato membro quale titolare di Carta blu UE; al più presto, ed in ogni caso entro un mese dall'ingresso nel territorio del secondo Stato membro, il lavoratore e/o il suo datore di lavoro devono presentare domanda di rilascio di Carta blu UE alle autorità competenti di tale Stato membro, insieme a tutti i documenti comprovanti il rispetto delle condizioni previste dalla direttiva e sopra analizzate.

Al fine di agevolare la mobilità all'interno dell'Unione, la proposta della Commissione anzitutto introduce la possibilità per i titolari della Carta blu di entrare e soggiornare in altri Stati membri per esercitarvi un'attività professionale; in questo caso il secondo Stato membro non è autorizzato a esigere un permesso di lavoro né altra autorizzazione, se non la Carta blu UE rilasciata dal primo Stato membro, per lo svolgimento di tale attività. Inoltre, il periodo di soggiorno richiesto nel primo Stato membro è ridotto da 18 a 12 mesi e all'atto della presentazione della domanda di Carta blu UE nel secondo Stato membro non è più necessario applicare ulteriori condizioni.

Dopo poco più di un anno dalla presentazione della proposta, il Comitato dei rappresentanti permanenti ha approvato un mandato per i negoziati sul progetto di direttiva concernente le condizioni di ingresso e soggiorno per i lavoratori altamente qualificati provenienti da paesi terzi¹⁷. Tuttavia, alcune delle novità più importanti introdotte dalla Commissione sono state attenuate con specifiche clausole di flessibilità, se non addirittura eliminate; le questioni che maggiormente hanno suscitato le obiezioni degli Stati membri sono state l'interazione tra regimi nazionali per una migrazione altamente qualificata e il regime della Carta blu UE, l'inclusione dei beneficiari di protezione internazionale nell'ambito di applicazione della direttiva e la questione delle soglie di retribuzione.

A differenza dell'iter legislativo seguito per l'approvazione della direttiva oggi in vigore, però il nuovo atto sarà negoziato con il Parlamento europeo, che potrebbe riuscire a porre un freno alle obiezioni degli Stati membri e ad insistere sull'approvazione di un testo meno flessibile rispetto agli atti sino ad oggi approvati nell'ambito della politica migratoria.

4. *La normativa europea in tema di accoglienza di ricercatori e studenti*

La normativa europea relativa all'accoglienza di studenti, ricercatori e docenti provenienti da Stati terzi è piuttosto recente e risponde alla necessità dell'Unione di modernizzare l'istruzione superiore ed universitaria e di aprirsi all'internazionalizzazione¹⁸; le direttive sulle condizioni di ammissione dei cittadini di paesi terzi per motivi di studio e tirocinio¹⁹, e quella sull'ammissione ai fini di ricerca scientifica²⁰ sono state modificate e riunite nella più recente direttiva del giugno 2016 relativa alle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di paesi terzi per motivi di ricerca, studio, tirocinio, volontariato, programmi di scambio di alunni o progetti educativi, e collocamento alla pari²¹.

Il nuovo provvedimento ha lo scopo di rimediare alle carenze della legislazione previgente rilevate dalle relazioni della Commissione²², semplificando e razionalizzando in

¹⁷ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati (prima lettura) – Mandato per i negoziati con il Parlamento europeo, del 24 luglio 2017, 10552/17.

¹⁸ Si vedano le Conclusioni del Consiglio *sulla modernizzazione dell'istruzione superiore*, in GUUE C 372, del 20 dicembre 2011, pp. 36-41, la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 20 novembre 2012, *Ripensare l'istruzione: investire nelle abilità in vista di migliori risultati socioeconomici*, COM (2012) 669 def., la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 30 maggio 2017, *relativa ad una nuova agenda per l'istruzione superiore*, COM (2017) 247 def.

¹⁹ Direttiva 2004/114/CE del Consiglio del 13 dicembre 2004 *relativa alle condizioni di ammissione dei cittadini di paesi terzi per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontariato*, in GUCE L 375, del 23 dicembre 2004, pp. 12-18.

²⁰ Direttiva 2005/71/CE del Consiglio, del 12 ottobre 2005, *relativa a una procedura specificamente concepita per l'ammissione di cittadini di paesi terzi a fini di ricerca scientifica*, in GUUE L 289, del 3 novembre 2005, pp. 15-22.

²¹ Direttiva 2016/801/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2016, *relativa alle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di paesi terzi per motivi di ricerca, studio, tirocinio, volontariato, programmi di scambio di alunni o progetti educativi, e collocamento alla pari*, in GUUE L 132, del 21 maggio 2016, pp. 21-57.

²² Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento, del 28 settembre 2011, *sull'applicazione della direttiva 2004/114/CE relativa alle condizioni di ammissione di cittadini di paesi terzi per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontariato*, COM (2011) 587 def. e Relazione della Commissione al Consiglio e al

un unico strumento le disposizioni applicabili a ricercatori, studenti e tirocinanti. Nonostante le differenze tra le categorie contemplate, infatti, queste condividono alcune caratteristiche e per questo sono state disciplinate da un unico quadro giuridico a livello di Unione.

Le relazioni sull'attuazione delle direttive previgenti, infatti, hanno evidenziato alcune carenze connesse principalmente ai requisiti di ammissione, ai diritti, alle garanzie procedurali, all'accesso degli studenti al mercato del lavoro durante gli studi ed alle disposizioni sulla mobilità all'interno dell'UE. Successive e più ampie consultazioni hanno inoltre sottolineato la necessità di garantire maggiori possibilità di ricerca di lavoro a ricercatori e studenti e maggiore protezione alle persone collocate alla pari, che non rientravano nell'ambito di applicazione delle direttive.

Con riferimento agli studenti provenienti da Stati terzi, la direttiva del 2004 anzitutto si caratterizzava per un oggetto assai ristretto, prevedendo l'articolo 1 che essa definisse le condizioni e le procedure di ammissione dei cittadini di Stati terzi che intendevano recarsi nel territorio degli Stati membri, per un periodo superiore a tre mesi, per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontariato. Nessun riferimento, dunque, era contenuto alle condizioni di soggiorno dei beneficiari; ed infatti solo l'articolo 17 si limitava a disciplinare le attività economiche degli studenti, da esercitare al di fuori delle ore dedicate al programma di studi, senza superare il limite massimo di ore stabilito dallo Stato membro ospitante, e comunque subordinate eventualmente alla valutazione da parte dello Stato membro ospitante della situazione del proprio mercato del lavoro²³.

Quanto al campo di applicazione, l'articolo 3 della direttiva prescriveva l'obbligo di includere la categoria dei cittadini di Stati terzi che chiedevano di essere ammessi nel territorio di uno Stato membro per motivi di studio, e prevedeva solo la facoltà per gli Stati di farvi rientrare anche i cittadini di paesi terzi che chiedevano di essere ammessi per motivi di scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontariato. A tal proposito, la relazione della Commissione sull'attuazione della direttiva ha messo in luce come solo dieci Stati membri avessero deciso di applicare la direttiva a tutte e tre le categorie opzionali.

La direttiva si caratterizzava per un alto livello di flessibilità; come sottolineato dalla relazione della Commissione, infatti, poche erano le disposizioni vincolanti, mentre molte altre non prevedevano obblighi specifici per gli Stati membri.

In particolare, la Commissione ha sottolineato la necessità di intervenire sulla questione dell'accesso all'occupazione, alla fine degli studi, per gli studenti provenienti dai paesi terzi: fattore decisivo nella scelta del paese di destinazione degli studenti, e questione di comune interesse nel contesto del calo della popolazione attiva e della necessità, a livello globale, di lavoratori altamente qualificati.

In altre parole, lo *status* degli studenti provenienti da Stati terzi risultava precario, ispirandosi tale normativa all'idea di una migrazione circolare e temporanea, al fine di facilitare la formazione nell'Unione europea dei beneficiari, che avrebbero poi cercato un'occupazione al di fuori del contesto in cui si erano formati²⁴.

Parlamento europeo, del 20 dicembre 2011, *sull'applicazione della direttiva 2005/71/CE relativa a una procedura specificamente concepita per l'ammissione di cittadini di paesi terzi a fini di ricerca scientifica*, COM (2011) 901 def.

²³ Peraltro, la Corte di Giustizia ha avuto modo di interpretare tale disposizione ed ha affermato che tale valutazione non deve dimostrare l'esistenza di una situazione eccezionale che giustifichi tale presa in considerazione. Sentenza della Corte di giustizia, del 21 giugno 2012, causa C-15/11, *Leopold Sommer c. Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Wien*, in ECLI:EU:C:2012:371, par. 43.

²⁴ V. DI COMITE, *Accoglienza di studenti, ricercatori*, cit., p. 357.

La nuova direttiva interviene per superare taluni limiti, anzitutto ampliando il suo oggetto e ricomprendendovi, accanto alle condizioni di ammissione²⁵ anche quelle di soggiorno nel territorio degli Stati membri (art. 1). A tal proposito la nuova direttiva sancisce il diritto anche degli studenti alla parità di trattamento con i cittadini dello Stato membro ospitante conformemente alla direttiva sul *permesso unico* di soggiorno²⁶, fatte salve alcune limitazioni (art. 22).

Altra novità introdotta dalla direttiva del 2016 risiede nella possibilità per gli studenti di soggiornare sul territorio dello Stato membro ospitante, anche dopo aver ultimato gli studi, al fine di cercare un'occupazione o avviare un'impresa (art. 25). Proprio questa previsione, più di altre, sembra testimoniare la nuova consapevolezza delle istituzioni europee e degli Stati membri dell'importanza di una vera integrazione dei beneficiari nella società europea, al fine di raggiungere l'obiettivo principale, vale a dire una crescita sostenibile ed inclusiva dell'Unione²⁷.

Con riferimento ai ricercatori, la relazione della Commissione ha messo in luce come, nonostante un buon recepimento della direttiva previgente, il numero dei ricercatori ammessi negli Stati membri restasse ancora basso. La nuova direttiva dunque interviene agevolando l'ammissione dei ricercatori, ma soprattutto creando delle favorevoli condizioni di accoglienza, prevedendo una più organica e specifica disciplina relativa al ricongiungimento familiare (art. 26), nonché, come per gli studenti, prevedendo la possibilità anche per i ricercatori di rimanere sul territorio dello Stato membro che ha rilasciato la prima autorizzazione al fine di cercare un'occupazione o avviare un'impresa.

Proprio dal confronto fra le direttive previgenti su studenti e ricercatori da un lato, e la nuova direttiva dall'altro, emerge un cambiamento di rotta che va nel senso di una maggiore integrazione dei cittadini di Stati terzi nella società europea; la direttiva, ad oggi lo strumento europeo più recente in materia di migrazione legale, istituisce dunque un regime assai vantaggioso per i beneficiari.

5. *Le direttive concernenti i lavoratori stagionali ed i trasferimenti intra-societari: immigrazione "privilegiata" a tempo*

Due proposte, fra quelle contenute nel Piano d'azione sulla migrazione del 2005, riguardavano categorie di cittadini di Stati terzi per le quali si proponevano regimi particolarmente vantaggiosi ma specificatamente limitati nel tempo: i lavoratori stagionali

²⁵ Quanto alla condizione generale secondo cui non sono ammessi i cittadini di Paesi terzi che presentino una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sanità pubblica (prevista dall'art. 6 della direttiva 2004/114/CE e trasfusa nell'art. 7 della direttiva 2016/801 CE) si segnala che la Corte di giustizia dell'UE ha riconosciuto alle autorità nazionali un ampio margine di valutazione dei fatti nel verificare, sulla base del complesso degli elementi rilevanti che caratterizzano la situazione del cittadino di un paese terzo, richiedente un visto per motivi di studio, se questi rappresenti una minaccia, anche soltanto potenziale, per la sicurezza pubblica. Cfr. Sentenza della Corte di giustizia, del 4 aprile 2017, causa C-544/15, *Sabar Fabimian c. Bundesrepublik Deutschland*, in ECLI:EU:C:2017:255. Pertanto, nel caso di specie la Corte ha statuito che le autorità nazionali possono, per ragioni di sicurezza pubblica, rifiutarsi di rilasciare ad una cittadina iraniana laureata presso un'università colpita da misure restrittive un visto per motivi di studio in un settore delicato quale la sicurezza delle tecnologie dell'informazione.

²⁶ Direttiva 2011/98/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, cit., art. 12.

²⁷ Direttiva 2016/801/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, cit., considerando 3.

ed i lavoratori in trasferimento all'interno di società multinazionali. Entrambe le categorie, per motivi differenti risultavano infatti indispensabili all'economia dell'Unione, ed emergeva dunque la necessità di prevedere una disciplina comune.

La direttiva sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di Stati terzi nell'ambito di trasferimenti intra-societari è stata adottata nel 2014²⁸, sulla base dell'articolo 79, paragrafo 2, lettere a) e b), TFUE; nei considerando iniziali, essa richiama la comunicazione della Commissione «Europa 2020: Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»²⁹ - che fissa l'obiettivo per l'Unione di diventare un'economia basata sulla conoscenza e sull'innovazione tramite la riduzione degli oneri amministrativi per le imprese ed una migliore corrispondenza tra offerta e domanda di lavoro -, il programma di Stoccolma del 2009³⁰ - che riconosce l'importanza di politiche di migrazione flessibili al fine di fronteggiare le sfide demografiche che l'Unione dovrà affrontare in futuro e, di conseguenza, di una domanda di manodopera in aumento, contribuendo allo sviluppo ed ai risultati economici dell'Unione a lungo termine - nonché la globalizzazione delle imprese, l'aumento degli scambi, la crescita e l'espansione dei gruppi multinazionali che hanno intensificato negli ultimi anni gli spostamenti di dirigenti e personale specializzato. La direttiva mira dunque a stabilire una procedura trasparente e semplificata per l'ammissione di lavoratori, cittadini di Stati terzi, nell'ambito di trasferimenti intra-societari, sulla base di definizioni comuni e di criteri armonizzati, nonché a prevedere un trattamento privilegiato a favore dei beneficiari.

A fronte di un trattamento, però, preferenziale riservato ai lavoratori trasferiti, cittadini di Stati terzi, la direttiva, più di altre, sottolinea sin dai considerando la temporaneità del trattamento, che le disposizioni tendono a garantire.

La direttiva anzitutto definisce il «trasferimento intra-societario» come il distacco temporaneo a fini professionali o di formazione di un cittadino di un paese terzo che al momento della domanda di un permesso per trasferimento soggiorna al di fuori del territorio degli Stati membri, da un'impresa stabilita al di fuori del territorio europeo e a cui il cittadino di un paese terzo è vincolato da un contratto di lavoro prima e durante il trasferimento, a un'entità appartenente all'impresa o allo stesso gruppo di imprese stabilita in uno Stato membro; essa si applica, ai sensi del suo articolo 2, ai cittadini di Stati terzi che soggiornano al di fuori del territorio degli Stati membri al momento della domanda di ammissione e chiedono di essere ammessi o che sono stati ammessi nel territorio di uno Stato membro nell'ambito di trasferimenti intra-societari in qualità di dirigenti, personale specializzato o dipendenti in tirocinio.

La durata massima del trasferimento intra-societario è, ai sensi dell'articolo 12 della direttiva, di tre anni per i dirigenti e il personale specializzato e di un anno per i dipendenti in tirocinio, al termine dei quali essi lasciano il territorio degli Stati membri, a meno che non ottengano un permesso di soggiorno ad altro titolo conformemente al diritto dell'Unione o nazionale; il permesso per trasferimento intra-societario è almeno di un anno, ovvero è pari alla durata del trasferimento nel territorio dello Stato membro interessato se

²⁸ Direttiva 2014/66/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, *sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi nell'ambito di trasferimenti intra-societari*, in GUUE L 157 del 27 maggio 2014, pp. 1-22.

²⁹ Comunicazione della Commissione, del 3 marzo 2010, *Europa 2020: Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM (2010) 2020 def.

³⁰ Programma di Stoccolma, *Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, adottato dal Consiglio europeo il 4/5 dicembre 2004, in GUUE C 115, del 4 maggio 2010, pp. 1-38.

inferiore, e può essere prorogato fino ad un massimo di tre anni per i dirigenti e il personale specializzato, fino ad un massimo di un anno per i dipendenti in tirocinio (art. 13).

Ai sensi dell'articolo 17, durante il periodo di validità del permesso per trasferimento intra-societario, il titolare gode del diritto di ingresso e di soggiorno nel territorio del primo Stato membro e del libero accesso a tutto il territorio di tale Stato. Il titolare gode inoltre del diritto di esercitare la specifica attività lavorativa autorizzata dal permesso conformemente al diritto nazionale in qualsiasi entità ospitante appartenente all'impresa o al gruppo di imprese nel primo Stato membro. Il lavoratore trasferito, gode poi, ai sensi dell'articolo 18, di un trattamento uguale a quello riservato ai cittadini dello Stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro, per quanto concerne la libertà di associazione, adesione e partecipazione a organizzazioni rappresentative di lavoratori o di datori di lavoro, nonché per quanto riguarda il riconoscimento di diplomi, certificati e altre qualifiche professionali secondo le procedure nazionali applicabili, ed in materia di sicurezza sociale. Il lavoratore trasferito gode della parità di trattamento anche con riferimento all'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico e l'erogazione degli stessi, ad esclusione delle procedure per l'ottenimento di un alloggio previste dal diritto nazionale, esclusione collegata presumibilmente alla temporaneità del trasferimento.

L'articolo 19 disciplina l'applicazione della direttiva sul ricongiungimento familiare ai lavoratori trasferiti, prevedendo che essa si applica nel primo Stato membro ed eventualmente nel secondo Stato membro che autorizzano il lavoratore trasferito all'interno della società a soggiornare e lavorare nel loro territorio, fatte salve, come nel caso dei lavoratori altamente specializzati, alcune deroghe necessarie per agevolare il ricongiungimento.

Uno degli aspetti più importanti della direttiva riguarda la mobilità, potendo i cittadini di Stati terzi titolari di un permesso per trasferimento intra-societario valido rilasciato dal primo Stato membro, in virtù di tale permesso e di un documento di viaggio valido, entrare, soggiornare e lavorare in altri Stati membri. Nel caso di mobilità di breve durata³¹, il secondo Stato membro può fare obbligo all'entità ospitante nel primo Stato membro di notificare al primo Stato membro e al secondo Stato membro che il lavoratore trasferito all'interno della società intende lavorare in un'entità stabilita nel secondo Stato membro, e può esigere che la notifica comprenda la trasmissione di taluni documenti e informazioni.

Nel caso la mobilità superi i 90 giorni, il secondo Stato membro può decidere di applicare le medesime disposizioni previste per la mobilità di breve durata, e può esigere anche le prove che il richiedente dispone o, se previsto dal diritto nazionale, ha fatto richiesta di assicurazione sanitaria.

Alla luce delle brevi indicazioni che precedono, emerge un trattamento preferenziale da riconoscere ai beneficiari della direttiva, ma strettamente collegato al carattere temporaneo del trasferimento, peraltro più volte sottolineato nei considerando iniziali³².

Stesse considerazioni valgono per l'altra categoria per la quale, secondo gli esiti della consultazione pubblica, era necessaria una disciplina specifica, i lavoratori stagionali; il 26 febbraio 2014, è stata dunque adottata la direttiva 2014/36/UE che stabilisce le condizioni per i cittadini di paesi terzi che desiderano lavorare in uno degli Stati membri per un breve

³¹ Vale a dire per un periodo massimo di 90 giorni per ciascun periodo di 180 giorni per Stato membro.

³² Si vedano i considerando numero 7, 17, 18 e 19.

periodo in qualità di lavoratori stagionali, spesso nei settori dell'agricoltura e del turismo³³. Essa si applica a tutti i lavoratori dei paesi terzi che conservino la propria residenza principale in un paese terzo e che entrino in un paese dell'UE per un lavoro temporaneo nei settori dipendenti da condizioni stagionali.

Come la direttiva sui lavoratori altamente qualificati, anche la direttiva sui lavoratori stagionali, oltre a non incidere sul diritto di uno Stato membro di determinare il volume di ingresso nel suo territorio di cittadini di paesi terzi per motivi di lavoro stagionale, fa salvo il principio della preferenza per i cittadini dell'Unione per quanto riguarda l'accesso al mercato del lavoro degli Stati membri (artt. 7 e 8).

Quanto alle condizioni di ammissione, i lavoratori devono garantire che la loro richiesta di permesso preveda un contratto di lavoro o un'offerta di lavoro vincolante specificando la retribuzione, le ore di lavoro e altre condizioni (artt. 5 e 6). È inoltre richiesta la prova di un alloggio adeguato, che potrà anche essere fornito dal datore di lavoro, a determinate condizioni che tutelano il lavoratore (art. 20).

Quanto al trattamento, a norma dell'articolo 23 della direttiva, i lavoratori stagionali hanno diritto alla parità di trattamento rispetto ai cittadini del paese ospitante per quanto riguarda i termini di impiego, quali il salario minimo, le condizioni di lavoro (salario, licenziamento, ferie e festività), e le norme in materia di salute e sicurezza. La parità di trattamento si applica anche ai settori della sicurezza sociale, con possibilità per gli Stati membri di escludere le prestazioni familiari e di disoccupazione, l'istruzione e la formazione professionale, purché direttamente collegata all'attività lavorativa specifica, servizi di consulenza sul lavoro stagionale forniti dagli uffici di collocamento e l'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico e l'erogazione degli stessi, ad eccezione dell'alloggio.

Anche in questo caso, a fronte di un trattamento privilegiato, la direttiva limita la durata del soggiorno prevedendo che gli Stati membri stabiliscano un periodo massimo di soggiorno per i lavoratori stagionali che non deve essere inferiore a cinque mesi e superiore a nove mesi in un dato periodo di dodici mesi. Gli Stati membri possono stabilire un periodo massimo in un arco di dodici mesi in cui un datore di lavoro è autorizzato ad assumere lavoratori stagionali. Tale periodo non deve essere inferiore al periodo massimo di soggiorno stabilito dalla direttiva (art. 14).

ABSTRACT: *EU economic migration policy*

The forecasts regarding the aging of the European active population - and consequently the need for skilled and unskilled workers in the EU Member States - highlighted, since the late 1990s, the contribution that migration can make in this area, also in order to combat and reduce illegal migration, the exploitation of illegal immigrants in the underground economy and human trafficking.

The paper intends to analyse the EU measures on economic immigration covering the conditions of entry and residence for certain categories of immigrants, such as highly qualified workers, students and researchers, as well as seasonal workers and intra-corporate transferees.

³³ Direttiva 2014/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, *sulle condizioni di ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi per motivi di impiego in qualità di lavoratori stagionali*, in GUUE L 94 del 28 marzo 2014, pp. 375 -390.

ANNA LAZZARO*

LA GIURISDIZIONE IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE: CRITERI DI RIPARTO E SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. Politiche pubbliche e libertà degli immigrati. - 2. La giurisdizione in materia di immigrazione: la difficile individuazione dei criteri di riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo. - 3. Giudice amministrativo e giudice ordinario di fronte alla tutela dei diritti fondamentali: un diverso approccio metodologico. - 4. La casistica giurisprudenziale: tra interesse pubblico alla sicurezza e diritti dello straniero. - 5. Effettività della tutela degli immigrati e principio della dignità dell'uomo.

1. Politiche pubbliche e libertà degli immigrati

L'impatto determinato dal fenomeno migratorio sul nostro Paese ha concentrato il dibattito politico-sociale e giuridico su temi di grande rilevanza politica, che attengono all'analisi dei flussi migratori e al loro controllo, all'analisi dell'impatto economico, alle problematiche del soccorso in mare, all'impatto sulle politiche sociali, alle politiche di accoglienza e di integrazione, alla sicurezza pubblica¹.

Da una parte si assiste ad un fenomeno di emergenza umanitaria che coinvolge l'area del Mediterraneo ed impone il soccorso e l'accoglienza degli stranieri extracomunitari e la garanzia dei diritti fondamentali, secondo principi e norme universalmente riconosciuti, dall'altra i singoli Stati sono chiamati ad introdurre regole affinché non siano pregiudicati l'ordine pubblico, la sicurezza, i servizi sociali, peraltro in un contesto nazionale problematico per la scarsità delle risorse pubbliche da destinare all'inclusione sociale degli stranieri.

Le politiche statali sull'immigrazione dovrebbero tendere a valorizzare il capitale umano che il fenomeno migratorio induce sul territorio, sia come risorse lavorative sia al fine dell'integrazione culturale; tuttavia, questione centrale è la ricerca di un ottimale rapporto tra tutela della libertà degli immigrati e garanzia di interessi pubblici che gli Stati devono tutelare. Pertanto, ricercando un equilibrio tra le diverse aspirazioni, si è prodotta, ora una tendenza all'apertura verso l'ingresso degli immigrati, ora una tendenza restrittiva

* Ricercatrice di Diritto amministrativo, Università di Messina.

¹ Da tempo la dottrina si è occupata del diritto delle immigrazioni, tra i tanti scritti si veda: B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova 2004; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli 2007; F. ASTONE – F. MANGANARO – A. ROMANO TASSONE – F. SAITTA (a cura di), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, 2009; M. SAVINO, *La libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012; G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica dello straniero*, Roma, 2016; M. CONSITO, *La tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, Napoli, 2016; A. RUGGERI, *I diritti fondamentali degli immigrati e dei migranti, tra la linearità del modello costituzionale e le oscillazioni dell'esperienza*, in *Consulta OnLine*, II/2017; Id., *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, in *www.rivistaaic.it*, 2018; G. MOSCHELLA, *La legislazione sull'immigrazione e le prospettive della tutela dei diritti fondamentali*, in *OIDU*, 2019, p. 473.

che rischia di comprimere i diritti fondamentali, il principio di uguaglianza e il riconoscimento della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo sanciti dalla nostra Costituzione².

Rispetto a tali tematiche di così grande rilievo, il contributo di studio che si può dare attraverso l'analisi del ruolo della giurisprudenza nel nostro ordinamento interno e l'apporto che questa può dare ai fini della tutela dei diritti fondamentali degli immigrati, risulta certamente recessivo rispetto all'analisi sull'impatto delle scelte legislative³, e per due ordini di ragioni: la prima per le difficoltà per lo straniero di accedere al sistema di giustizia⁴, il secondo in quanto si tratta pur sempre della rilevanza di una situazione patologica, in cui cioè viene messa in discussione la tutela dei diritti della persona.

La questione migratoria ha assunto negli ultimi anni una sempre maggiore rilevanza quantitativa e qualitativa nell'ambito del sistema giudiziario. Infatti, lo status dell'immigrato costituisce una delle principali materie oggetto del sindacato dei giudici amministrativi⁵, e, dal punto di vista qualitativo, l'interesse peculiare è dato dal fatto che oggetto della controversia davanti al giudice amministrativo non è un interesse meramente patrimoniale, ma viene sindacata la personalità di chi ricorre o del nucleo familiare del ricorrente, con ciò dovendosi chiarire fino a che punto tali caratteristiche del giudizio incidano sul tipo di sindacato del giudice amministrativo. E ciò solo vale a motivare un interesse ad analizzare le attuali tendenze giurisprudenziali e alcune questioni critiche che attengono al ruolo del giudice di fronte ai provvedimenti amministrativi diretti agli immigrati.

In considerazione della interdipendenza fra fattispecie legale e tipo di sindacato che il giudice potrà praticare in ordine alla fattispecie concreta, appare prioritario verificare la struttura delle norme attributive delle singole funzioni amministrative in materia migratoria, che costituiscono le prescrizioni relative al rapporto tra amministrazione e soggetto immigrato⁶.

In gran parte, la disciplina in questione è caratterizzata da fattispecie aperte, che attribuiscono all'amministrazione il dovere di accertare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche al fine di adottare il provvedimento, operando attraverso un'attività di integrazione delle previsioni normative che sono di solito caratterizzate da elasticità e vaghezza⁷. In tal senso, risulta salvaguardata la giuridicità dell'attività amministrativa e dello stesso sindacato giudiziale, intesi come procedimenti di "positivizzazione" del diritto, dove la positività non rappresenta un punto di partenza preconstituito nella legislazione e

² M. CARTABIA, *L'invulnerabilità dei diritti umani nell'età dei nuovi diritti*, in *Quad. Cost.*, 3, 2009; A. RUGGERI, *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, cit.; R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018.

³ A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2017, p. 816; S. D'ANTONIO, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. amm.*, 2, 2017, p.534; A. D. DE SANTIS, *Le novità in tema di tutela giurisdizionale dei diritti dei migranti. Un'analisi critica*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2017, 4-5, p.1218; M. NOCCELLI, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, in www.federalismi.it, 2018.

⁴ Sull'accessibilità dello straniero alla giustizia si veda: F. FRANCONI - M. GESTRI - N. RONZITTI - T. SCOVAZZI (a cura), *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione Europea*, Milano, 2008.

⁵ Secondo dati ISTAT rilevabili sul sito, si tratta del contenzioso fra i più numerosi dopo urbanistica, contratti, concorsi.

⁶ M. CONSITO, *I procedimenti amministrativi sul riconoscimento allo straniero degli status di protezione internazionale*, in *Dir. amm.*, 2017, 2, p.412.

⁷ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994; Id., *Esperienze e prospettive del processo amministrativo*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, p.1453; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. pubb.*, 1998, p.127.

conoscibile mediante un criterio deduttivo, ma designa l'esito di un'attività integrativa delle singole disposizioni di legge⁸.

Inoltre, la scelta che opera l'amministrazione è diretta ad attuare le politiche poste a monte dal legislatore, non potendo il funzionario, è ovvio, ponderare gli interessi secondo scelte di opportunità politica. Nel T.U. sull'immigrazione sono già evidenti le valutazioni politiche dirette a regolamentare efficacemente i flussi migratori, nel rispetto dei diritti fondamentali degli stranieri e nei limiti dell'interesse nazionale alla sicurezza, secondo le possibilità di inserimento sociale e nell'ambito delle risorse disponibili.

Si tratta di attività complesse che devono operare un bilanciamento di interessi che emergono dalle previsioni legislative e dalla fattispecie su cui si interviene.

Ad esempio, spesso si tratta di prescrizioni normative indeterminate come il riferimento alla «pericolosità della persona», oppure alla «natura e alla effettività dei vincoli familiari», o ai «legami familiari e sociali», al fine del rilascio, rinnovo e revoca dei permessi di soggiorno (art. 5 comma 5).

In sostanza, la decisione amministrativa che applica al caso concreto queste disposizioni non è dedotta solo dal precetto normativo, ma si forma attraverso valutazioni concrete dei fatti che riguardano episodi di vita delle persone, fatti a cui viene riconosciuta una certa rilevanza giuridica⁹.

Ciò pone semmai il problema di individuare quali siano le deduzioni del funzionario amministrativo nell'attribuire a determinati fatti rilevanza giuridica, ai fini dell'adozione del provvedimento. Si può ritenere che oltre alle indicazioni legislative, e dei principi di diritto europeo e internazionale, hanno rilevanza giuridica altri fattori come l'adeguamento alla realtà sociale, il riferimento a canoni di giustizia naturale, o ragioni di ordine etico o metodologico, oppure ancora il riferimento ad analoghe fattispecie, sempre che se ne dia nel provvedimento motivazione giuridica.

2. La giurisdizione in materia di immigrazione: la difficile individuazione dei criteri di riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo

È noto che il nostro ordinamento, anche per quanto riguarda la tutela giurisdizionale degli immigrati si affida alla tradizionale ripartizione della giurisdizione tra giudice ordinario che conosce della lesione dei diritti soggettivi e giudice amministrativo che conosce della lesione di interessi legittimi¹⁰.

Nonostante più recentemente il d. l. n. 13 del 2017, con l'intento di ricondurre ad un assetto chiaro e definito la disciplina sul sistema della tutela giurisdizionale garantita allo straniero che nel tempo si era dimostrata insoddisfacente, abbia previsto l'istituzione delle

⁸ A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, cit., p. 817

⁹ M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939; Id., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere. La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, 1989; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 463; A. ROMEO, *L'impugnabilità degli atti amministrativi*, Napoli, 2008; F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura), *Sindacato giurisdizionale e sostituzione della pubblica amministrazione*, Milano, 2013.

¹⁰ N. VETTORI, *Doppia giurisdizione ed (in)effettività della tutela giurisdizionale dello straniero*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2008, p. 54.

sezioni specializzate dei Tribunali ordinari in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione, la riforma ha toccato solo in parte il complesso sistema, lasciando ancora adito a delle perplessità, soprattutto riguardo il criterio teorico di riparto della giurisdizione.

In generale, si riteneva di dover far riferimento alla distinzione sulla base della tutela di diritti soggettivi o di interessi legittimi, a seconda del fatto che l'amministrazione esercitasse un potere discrezionale o meno, secondo le disposizioni di legge¹¹.

Le controverse questioni hanno portato ad una riforma del riparto di giurisdizione con la finalità di riportare ordine ed organicità ad una legislazione fattasi ormai, nel tempo, confusa e insoddisfacente.

Secondo il disposto dell'art. 6, comma 10, T.U.I., oggi sono devolute al giudice amministrativo tutte le controversie che attengono al rilascio dei visti e dei permessi di soggiorno sul territorio nazionale, ad eccezione di quelle inerenti i permessi di soggiorno per ricongiungimento familiare, la cui cognizione è ora devoluta alla cognizione delle sezioni specializzate dall'art. 3, comma 1, lett. e), del d.l. n. 13 del 2017.

La logica di tale attribuzione deriva dal ritenere che, l'amministrazione dovendo esercitare il potere di regolare l'ingresso e il soggiorno dello straniero sul territorio nazionale sulla base di taluni presupposti fissati dal legislatore e di condizioni valutabili discrezionalmente, si possa di contro configurare una situazione di interesse legittimo in capo allo straniero, tutelabile davanti al giudice amministrativo.

Altri casi di devoluzione al giudice amministrativo sono quelli che riguardano provvedimenti di emersione del c.d. lavoro irregolare, che tendono a regolarizzare la posizione dei lavoratori assunti che intendono legalizzare la propria posizione sul territorio nazionale (come nel caso dell'art. 5 del d. lgs. n. 109 del 2012), ritenendosi che anche in questi casi all'amministrazione competa una valutazione discrezionale in ordine alla sussistenza delle condizioni per tale regolarizzazione¹².

L'art. 3, comma 1, lett. e) del d.l. n. 13 del 2017, devolve alla cognizione del giudice ordinario anche le controversie in materia di diniego del nullaosta al ricongiungimento familiare e del permesso di soggiorno per motivi familiari nonché quelle relative agli altri provvedimenti dell'autorità amministrativa in materia di diritto all'unità familiare, di cui all'art. 30, comma 6, T.U.I. In ragione della natura di diritto soggettivo fondamentale del diritto all'unità familiare, al quale corrisponderebbe l'assenza di discrezionalità amministrativa, si è ritenuto dover derogare all'ordinaria giurisdizione del giudice amministrativo¹³.

Al giudice ordinario, ai sensi dell'art. 13, comma 8, T.U.I., è affidata la giurisdizione nelle controversie inerenti ai respingimenti¹⁴, alle espulsioni e nelle relative misure di esecuzione, come l'accompagnamento coattivo alla frontiera, il trattenimento nei centri di permanenza per i rimpatri.

¹¹ G. SIRIANNI, *Le garanzie giurisdizionali avverso l'espulsione dello straniero*, in *Dir. Pubb.*, 2000, p. 898.

¹² Sul punto v. Cass., Sez. Un., 2 luglio 2015, n. 13570.

¹³ Cass., Sez. Un., 12 gennaio 2005, n. 383.

¹⁴ La materia dei respingimenti era stata ritenuta attratta alla cognizione del giudice amministrativo dal Consiglio di Stato nel parere della sez. I, 4 febbraio 2011, n. 571, in *Foro it.*, 2011, III, 654 e ss., per la ritenuta natura eccezionale dell'art. 13, comma 8, T.U.I., ma tale tesi è stata sconfessata dalla Cass., Sez. Un., 10 giugno 2013, ord. n. 14502 e 17 giugno 2013, n. 15115, entrambe in *www.giustamm.it*, 2013, 8, con nota di N. VETTORI, *Il respingimento dello straniero: le Sezioni Unite individuano i diritti e il loro giudice*; S. D'ANTONIO, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio dello stato italiano*, *Dir. proc. amm.*, 2, 2017, p.534.

Tali provvedimenti incidono direttamente sulla libertà della persona, in modo da essere eventualmente lesivi di diritti soggettivi fondamentali.

Tuttavia, anche in questo caso il criterio di riparto non varrebbe in assoluto, dato che sono previste delle eccezioni con riferimento alle espulsioni decretate dal Ministero dell'Interno per «motivi di ordine interno o di sicurezza dello Stato», (art. 13, comma 1, T.U.I.), e quelle per motivi di prevenzione del terrorismo, (art. 3, d.l. n. 144/2005). In entrambi i casi la cognizione è affidata al giudice amministrativo, in quanto il legislatore ha ritenuto che l'ampia discrezionalità lasciata al Ministro dell'Interno nella valutazione dei motivi di ordine interno o di sicurezza dello Stato o circa l'esigenza di prevenire il terrorismo, determina l'adozione di un atto di alta amministrazione, rispetto al quale la posizione dello straniero sarebbe di interesse legittimo¹⁵.

Il d.l. n. 13/2017 affida alle suddette sezioni specializzate, tutte le controversie in tema di riconoscimento della protezione internazionale di cui all'art. 35 del d. lgs. n. 25 del 2008, oltre che la giurisdizione sull'impugnazione dei provvedimenti relativi all'esame della domanda di protezione internazionale, ai sensi del Regolamento UE n. 604 del 2013 (c.d. "Dublino III"), recependo i rilievi che il Consiglio di Stato aveva formulato nella sua giurisprudenza in ordine all'assenza di qualsivoglia discrezionalità, da parte dello Stato, nel determinare la propria competenza ad esaminare la domanda di protezione internazionale in base ai criteri prestabiliti da tale Regolamento¹⁶.

Il d.l. n. 13/2017 assegna alle sezioni specializzate le controversie sul riconoscimento della protezione umanitaria nei casi previsti all'art. 32, comma 3, del d.lgs. n. 25/2008, quando la Commissione territoriale, rigettata la domanda di protezione internazionale, abbia trasmesso gli atti al questore per l'eventuale rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari¹⁷.

La devoluzione del contenzioso al giudice ordinario si giustifica per la particolare tutela del richiedente protezione internazionale, come situazione di diritto soggettivo pieno, tutelata dall'art. 10, comma terzo, Cost., anche se non mancano anche in questo caso, alcune deroghe, che vedono affidare talune tipologie di controversie, per la loro specificità, alla cognizione del giudice amministrativo.

Ad esempio, le controversie relative alle misure di protezione temporanea (ai sensi dell'art. 20 T.U.I.) in caso di conflitti o disastri naturali, verificatisi in Paesi non appartenenti all'UE, secondo la disciplina del d.lgs. n. 85/2003, che ha recepito la Direttiva n. 2001/55/CE; altra deroga si riscontra nel caso della revoca delle misure di accoglienza, che il Prefetto può disporre, ai sensi dell'art. 23 del d.lgs. n. 142/2015, in funzione sanzionatoria dell'inadempimento rispetto alle condizioni di accoglienza da parte dello straniero¹⁸, provvedimento impugnabile davanti al TAR (art. 23, comma 5).

In questo caso si giustificano le eccezioni in ragione dell'ampio potere valutativo che si ritiene sia attribuito al Prefetto, riguardo il venir meno dei presupposti legittimanti la fruizione delle misure di accoglienza, essendo la revoca ascrivibile al novero dei provvedimenti sanzionatori che risolvono il rapporto di accoglienza per effetto di trasgressioni poste in essere dallo straniero.

¹⁵ Cass., Sez. Un., 27 luglio 2015, ord. n. 15693; Cons. St., sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 88.

¹⁶ Cons. St., sez. III, 18 dicembre 2015, n. 5738, in *Foro amm.*, 2015, 12, p.3079.

¹⁷ A. D. DE SANTIS, *Le novità in tema di tutela giurisdizionale dei diritti dei migranti. Un'analisi critica*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2017, 4-5, p.1218; Cass., Sez. Un., 19 maggio 2009, n. 11535, in *Foro it.*, 2009, I, p.23-47.

¹⁸ Cons. St., sez. III, 8 gennaio 2018, n. 80.

Anche in tema di riconoscimento o diniego della cittadinanza, si verificano gli stessi casi controversi ai fini del riparto della giurisdizione, posto che fino alle previsioni del d.l. n. 13/2017, la giurisdizione del giudice amministrativo è stata riconosciuta dalla giurisprudenza in relazione alla fattispecie dell'art. 9 della l. 91/1992, cioè, con riferimento all'acquisto della cittadinanza per concessione. Si riteneva pacifico, infatti, che permanesse in capo all'amministrazione il potere di esercitare valutazioni discrezionali in ordine all'accertamento dei requisiti necessari per l'acquisizione del diritto di cittadinanza, di modo che le controversie venissero attratte dalla giurisdizione generale di legittimità.

L'art. 3, comma 2, del d.l. n. 13/2017 con l'intento di risolvere definitivamente la controversa questione di giurisdizione in tema di cittadinanza, ha devoluto l'intera materia alla cognizione del giudice ordinario, prevedendo che le sezioni specializzate siano competenti per le controversie in materia di accertamento dello stato di apolidia e dello stato di cittadinanza italiana.

Tutte le ipotesi sin qui considerate mostrano, ad ogni modo, come il criterio di riparto della giurisdizione, nelle controversie che riguardano gli stranieri, non possa dirsi stabile ed univoco, nonostante l'indubbio sforzo di risistemazione profuso dal legislatore.

3. *Giudice amministrativo e giudice ordinario di fronte alla tutela dei diritti fondamentali: un diverso approccio metodologico*

Nell'evidenziare l'assenza di omogeneità della giurisdizione in materia, dottrina recente ha rilevato che il riparto tra le giurisdizioni nel diritto dell'immigrazione non può univocamente fondarsi sulla distinzione tra attività vincolata e attività discrezionale dell'amministrazione o sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, né tantomeno sulla teoria dell'affievolimento¹⁹.

Non sempre è vero che a fronte di un'attività vincolata corrisponde la giurisdizione del giudice ordinario, come nel caso del c.d. automatismo espulsivo di cui all'art. 4 comma 3 T.U.I. (in presenza di condanne penali per i delitti di cui all'art. 380 c.p.p. non è possibile il rinnovo del permesso di soggiorno), in cui è prevista la giurisdizione del giudice amministrativo; mentre vi è un'attività discrezionale, e giurisdizione del giudice ordinario, nel caso di espulsione prefettizia dello straniero che abbia esercitato il diritto al ricongiungimento familiare o che, comunque, sia un familiare ricongiunto.

Quanto al criterio della rilevanza della situazione soggettiva fatta valere nel ricorso, va evidenziato che nel caso dello straniero, il quale lamenti che il diniego del permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato non abbia valutato la sua situazione familiare, laddove rilevante, fa valere una «situazione giuridica soggettiva fondamentale, “trasversale” ad entrambe le giurisdizioni, e per converso l'impugnazione del provvedimento espulsivo avanti al giudice ordinario presuppone, sovente, una contestazione circa il cattivo esercizio del potere da parte del Prefetto»²⁰.

¹⁹ M. NOCELLI, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, www.federalismi.it, 2018; S. D'ANTONIO, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p.578. Più in generale sul riparto di giurisdizione F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, p.399; F. PATRONI GRIFFI, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017.

²⁰ M. NOCELLI, *Il diritto dell'immigrazione*, cit., p.12

La teoria dell'affievolimento²¹ poi risulta del tutto inadeguata, se si considera che proprio in questa materia il giudice amministrativo conosce di situazioni giuridiche di diritti fondamentali per i quali in relazione alla loro valutazione non si può certo parlare di diritti affievoliti a fronte dell'esercizio del potere amministrativo.

Posto che il giudice amministrativo deve svolgere valutazioni che riguardano diritti fondamentali della persona, si pone il problema del tipo di sindacato che questo giudice può svolgere quando conosce di provvedimenti amministrativi che incidono su diritti soggettivi fondamentali dello straniero, considerata la necessità dell'effettività della tutela nei confronti degli stranieri, nell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo.

Nonostante una parte della giurisprudenza reputi che di fronte all'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione, il sindacato giurisdizionale debba riferirsi ad un controllo della legalità procedurale e della non manifesta arbitrarietà della scelta compiuta dal funzionario²², occorre osservare come la graduazione degli interessi sia già insita nella scelta legislativa, in forza della quale le esigenze di carattere personale, familiare e sociale operano come fatto impeditivo della formazione di una decisione sfavorevole allo straniero. Dunque, non si può escludere che il sindacato del giudice vada ad incidere sul modo in cui siano stati valutati gli interessi che la norma stessa ritiene fattori impeditivi della decisione sfavorevole.

Il sindacato giudiziale non ha realmente ad oggetto valutazioni inerenti una scelta politica²³, ma prende in considerazione il caso concreto ascrivibile alla norma, attinente alla individuazione e qualificazione giuridica di vicende talmente rilevanti da inibire l'emanazione del provvedimento negativo a carico dello straniero. Resta semmai da determinare la soglia di rilevanza giuridica di tali circostanze, utilizzando adeguati criteri giuridici.

Al giudice amministrativo sono affidate le controversie nelle quali occorre valutare il corretto esercizio di un potere pubblico, anche se il giudice è chiamato a sindacare, non solo la legittimità, la ragionevolezza e la proporzionalità del suo esercizio, ma anche gli interessi fondamentali dell'individuo inscindibilmente legati all'adozione del provvedimento amministrativo²⁴.

I visti di ingresso o il rilascio di permessi di soggiorno secondo le previsioni del T.U.I., comportano valutazioni discrezionali in ordine alla prevenzione di situazioni di pericolo per l'ordine e la sicurezza, e nello stesso tempo, attengono a valutazioni sulle situazioni personali come fattori familiari, stato di salute, ragioni lavorative, che non sono

²¹ F. G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., p.399.

²² Cons. Stato, sez. III, 9 settembre 2016, n. 3841; Tar Lazio, Roma, sez. II quater, 27 settembre 2016, n. 9942.

²³ F. MODUGNO, *Sistema giuridico*, in L. MENGONI, F. MODUGNO, F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2003, p.24 ss.

²⁴ M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., 80, secondo cui «la fissazione dei valori dei diversi interessi termina in un'attività volitiva, in quanto l'autorità si pone come regola la scala dai valori da se stessa fissati, e su questa determina l'atto amministrativo in concreto nei singoli punti per i quali la legge le attribuisce il potere discrezionale». L'A. riteneva insindacabile tale valutazione amministrativa mentre altra dottrina evidenziava come fosse possibile individuare dei metodi e dei criteri di rilevanza giuridica del valore sotteso alla decisione, con il conseguente ampliamento del sindacato di legittimità: E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942, p.13; V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, ora in Id., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1992, p.271; F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, ora in Id., *Scritti giuridici*, I, Milano, 2006, p.991; M. NIGRO, *Le norme-principio della Costituzione e la discrezionalità amministrativa*, ora in Id., *Scritti giuridici*, cit., I, p.113.

necessariamente comprimibili o soccombenti rispetto all'interesse pubblico²⁵. Pur trattandosi di diritti fondamentali, questi possono essere lesi dall'esercizio del potere amministrativo perché soggetti ad una ponderazione in relazione al necessario bilanciamento con altri valori, assurti a preminente interesse pubblico secondo i precetti legislativi.

Le controversie affidate al giudice ordinario sarebbero connotate dal fatto che la valutazione circa la imprescindibile correttezza del potere esercitato, incide "direttamente" su tali situazioni fondamentali (i permessi di soggiorno per motivi familiari, i respingimenti e le espulsioni e, in generale, tutte le misure limitative della libertà dello straniero, la posizione dei rifugiati e dei richiedenti protezione internazionale, i permessi per motivi umanitari). L'incisione diretta da parte del provvedimento, determinerebbe l'attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario quale giudice naturale dei diritti.

Si tratta anche in questo caso di un criterio meramente descrittivo, peraltro messo in discussione dalla casistica giurisprudenziale più attuale. Resta il fatto che anche il giudice amministrativo è tenuto ad effettuare un bilanciamento di interessi che tiene conto della posizione personale dell'immigrato, operando valutazioni non dissimili rispetto a quelle operate dal giudice ordinario.

In sostanza, per quanto riguarda il tipo di sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo su tali provvedimenti, la giurisprudenza più recente guarda sempre più alla effettività della tutela giurisdizionale che il giudice amministrativo è chiamato ad assicurare, attraverso i suoi poteri cognitori, istruttori e decisorio che, in questa materia, si fanno più penetranti in misura inversamente proporzionale al livello di discrezionalità del potere esercitato dall'amministrazione secondo le disposizioni di legge²⁶.

Infatti, le valutazioni che l'amministrazione deve operare ricadono su diritti fondamentali dello straniero e non possono a maggior ragione essere arbitrarie o discriminatorie; dunque la giurisprudenza più recente ha avvertito sempre più la necessità di un sindacato penetrante affinché l'esercizio del potere non si trasformi in «un insindacabile arbitrio sul piano sostanziale, che si trasformerebbe in una denegata giustizia, sul piano processuale, così conculcando, senza rimedio effettivo, i diritti fondamentali dello straniero»²⁷.

Ciò è ancor più evidente se si considera che nella materia e sul sindacato giurisdizionale incidono principi e norme di diritto internazionale, europeo e i contenuti delle decisioni delle Corti superiori.

Dunque, sono da condividere le considerazioni di chi ha osservato che le tecniche di controllo giudiziale si possano spingere ben oltre una verifica sulla mera legalità procedurale sull'operato dell'amministrazione, e, in una visione evolutiva e secondo il principio di legalità sostanziale, possano sindacare la logicità e la ragionevolezza della motivazione del provvedimento e il grado di incisione sulle situazioni giuridiche dello straniero²⁸.

²⁵ M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, cit., p.96.

²⁶ A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità*, cit., p.821.

²⁷ M. NOCELLI, *Il diritto dell'immigrazione*, cit., p.16

²⁸ A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità*, cit., p.822; F. PATRONI GRIFFI, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, cit.

4. La casistica giurisprudenziale: tra interesse pubblico alla sicurezza e diritti dello straniero

Da un esame della giurisprudenza si può evincere questa linea di tendenza evolutiva.

La giurisdizione amministrativa, tiene ormai conto del ruolo delle Supreme Corti, e ne recepisce e attua i principi di diritto, secondo il modulo del c.d. *costituzionalismo multivello*, completandone la tutela giurisdizionale secondo i principi di effettività sostanziale avverso gli atti dell'amministrazione²⁹.

Per esigenze di sinteticità si farà riferimento solo ad alcuni casi e ad alcune delle decisioni in cui il giudice amministrativo tiene conto di diverse prospettive relative alle condizioni di vita degli stranieri.

Non sempre per il giudice amministrativo il precetto normativo è di per sé sufficiente indicazione circa la legittimità del rinnovo di un permesso di soggiorno.

È significativo il caso in cui il Consiglio di Stato ha ritenuto al riguardo che, dalle disposizioni del T.U.I., complessivamente considerate, non si evinca che sia necessaria la dimostrazione del possesso, in modo assoluto ed ininterrotto, di un certo livello di reddito richiesto dalla legge. Secondo il giudice amministrativo, al contrario, l'amministrazione deve comunque tener conto, ai sensi dell'art. 5, comma 5, T.U.I., di «comprovati fatti sopravvenuti prima del provvedimento (un rapporto di lavoro che faccia presumere una prospettiva di continuità per il futuro), che superino situazioni di carenza di reddito riscontrate durante il pregresso periodo di validità del precedente permesso di soggiorno»³⁰.

In questa prospettiva, che guarda al possibile incremento di reddito nel corso dell'anno, la giurisprudenza ha affermato che la questura non può legittimamente negare il rilascio del permesso quando lo straniero ha avviato da poco tempo la propria attività lavorativa regolare ed è presumibile ritenere che, entro la fine dell'anno, egli raggiunga il livello stabilito annualmente per l'assegno sociale.

Anche in relazione alle valutazioni circa la pericolosità sociale dello straniero, si può trarre esempio del modo con il quale la giurisprudenza amministrativa, seguendo l'orientamento della Corte Costituzionale, ha interpretato e applicato la normativa del T.U.I. al fine di garantire una tutela giurisdizionale piena ed effettiva dei diritti reclamati dallo straniero³¹.

La Corte Costituzionale non ha negato in linea di principio l'ampia discrezionalità del legislatore nell'ammettere i cc.dd. "automatismi espulsivi" discendenti da condanne penali considerate indici di particolare pericolosità sociale dello straniero e di minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica.

In generale si è affermato il principio, applicabile anche al diritto dell'immigrazione, secondo cui «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell' *id quod plerumque accidit*», sussistendo l'irragionevolezza della presunzione assoluta «tutte le volte in cui sia

²⁹ F. PATRONI GRIFFI, *Corti nazionali e corti europee verso un diritto europeo dei giudici oltre la crisi del processo di integrazione?*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2017, 2, p.449; A. PAJNO, *Diritto europeo e trasformazioni del diritto amministrativo. Alcune provvisorie osservazioni*, in *Riv. dir. ital. pubbl. com.*, 2017, 2, p.467.

³⁰ Cons. St., sez. III, 26 maggio 2015, n. 2645; Cons. St., sez. III, 14 febbraio 2017, n.651.

³¹ M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quad. cost.*, 2017, 1, p.41.

“agevole” formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa³².

Sulla scorta di questi principi, la tutela della famiglia e dei minori assicurata dalla Costituzione implica che ogni decisione sul rilascio o sul rinnovo del permesso di soggiorno di chi abbia legami familiari in Italia si debba fondare su un'estesa e completa valutazione circa la pericolosità concreta e attuale dello straniero condannato, senza che il permesso di soggiorno possa essere negato automaticamente, in forza del solo rilievo della subita condanna per determinati reati.

Tali orientamenti della Corte Costituzionale hanno attenuato la rigorosa previsione dell'automatismo espulsivo, e sono stati recepiti nell'interpretazione del giudice amministrativo sulla scorta dei principi costituzionali e sovranazionali.

Pertanto, riguardo la valutazione dei rapporti familiari pur a fronte delle condanne penali previste dall'art. 4, comma 3, T.U.I., il Consiglio di Stato è ormai costante, nella sua giurisprudenza, allorché rileva che la competente questura deve valutare l'esistenza dei rapporti familiari in comparazione con i precedenti penali, senza applicare indebiti automatismi espulsivi nei confronti di soggetti che sono radicati sul territorio per ragioni familiari, o senza valutare in concreto la sua pericolosità sociale³³.

Il sindacato del giudice amministrativo si estende ad una valutazione globale della posizione dello straniero, in modo da evitare arbitrari e decisioni irragionevoli, soprattutto dopo che, per effetto degli interventi da parte della Corte Costituzionale e delle Corti sovranazionali, si è determinato l'indebolimento degli automatismi espulsivi, a riprova che anche attraverso l'azione discrezionale dell'amministrazione, possono essere garantiti i diritti fondamentali dello straniero.

Questa attività interpretativa si concretizza nell'attribuzione di una rilevanza giuridica a situazioni compatibili con ciò che emerge dall'esperienza e dalla prassi amministrativa e giudiziale³⁴; ne consegue che il sindacato di legittimità abbia ad oggetto la conformità della decisione alla fattispecie che deriva da tale attività integrativa effettuata o meno dai funzionari amministrativi, oltre che la conformità dell'atto alla disposizione di legge come descritta dal legislatore.

E ancora, sono significative le ipotesi delle espulsioni prefettizie, che, ai sensi dell'art. 13, comma 2, lett. c), del t.u., possono essere disposte nei confronti dei soggetti contemplati dagli artt. 1, 4 e 16 d. lg. n. 159/2011, ossia di soggetti dediti a traffici delittuosi, o che vivono dei loro proventi.

Secondo la giurisprudenza in materia, l'espulsione è legittimamente disposta solo quando sia stata effettivamente accertata la pericolosità sociale dello straniero³⁵, ossia se questi possa essere riconducibile ad una tipizzazione del soggetto socialmente pericoloso. Il sindacato del giudice con riferimento a tale tipizzazione può valutare se l'amministrazione ha correttamente accertato gli elementi necessari oppure se tale attività si è basata su argomenti solo presuntivi³⁶.

Riguardo le valutazioni circa la pericolosità sociale dello straniero è significativo anche il fatto che gli orientamenti della giurisdizione ordinaria ed amministrativa mostrano sul punto delle significative convergenze.

³² Corte cost., 22 luglio 2011, n. 231, in *Foro it.*, 2012, I, 691.

³³ Cons. St., sez. III, 23 maggio 2017, n. 2391.

³⁴ N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, p.373, secondo il quale l'indagine dei criteri di integrazione utilizzati dal giudice resta essenziale per cogliere i profili evolutivi del sindacato di legittimità.

³⁵ M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012.

³⁶ Cass., Sez. I, 4 maggio 2016, n. 25217; Cass., sez., II, 26 aprile 2016, n. 20205; Cass., sez., I, 7 gennaio 2016, n. 6636.

La presunzione della pericolosità sociale già da tempo è stata censurata dalla Corte Costituzionale³⁷ ed in sede penale è stata superata dopo l'abrogazione dell'art. 204 c.p.

Dalle decisioni in materia si rileva che la pericolosità non va individuata dall'amministrazione in termini probabilistici, ma va riferita ad « elementi che giustificano sospetti e presunzioni », come pure all'« attuale pericolosità » della persona ed all'« esame globale della personalità del soggetto nei confronti dei quali è rivolta la misura espulsiva ». L'espulsione è illegittima qualora l'amministrazione abbia fondato le proprie decisioni su indici come i soli precedenti penali dello straniero, e non abbia ampliato la propria attività conoscitiva alle vicende di vita successive alla condanna, anche con riferimento all'inserimento lavorativo e sociale della persona³⁸.

Sempre con riferimento alla individuazione di elementi che definiscano la pericolosità sociale dell'individuo anche nella giurisprudenza amministrativa si ritrovano analoghe valutazioni, in materia di procedimenti di diniego, mancato rinnovo e revoca del permesso di soggiorno disposti ai sensi degli artt. 5, comma 5 *bis*, 9, comma 4, e 9 *bis*, comma 6, del T.U.

Secondo il Consiglio di Stato, è infatti la stessa logica della disciplina ad escludere l'ingresso o la permanenza nel territorio italiano di soggetti che abbiano una condotta di vita tale da costituire un «pericolo per l'integrità dei beni altrui e delle persone», ossia di soggetti socialmente pericolosi³⁹. La pericolosità dell'individuo viene dunque valutata in concreto, sulla base di una ricostruzione globale della sua condotta⁴⁰, e di dati generalizzabili attraverso la massima di esperienza dell'*id quod plerumque accidit*⁴¹.

Anche in materia di ricongiungimento familiare e di bilanciamento di interessi⁴² si riscontra una casistica giurisprudenziale che ritiene determinante individuare in concreto l'esistenza di elementi che effettivamente possano giustificare il diniego o la revoca del permesso di soggiorno, dovendosi bilanciare interessi fondamentali come i fattori che riguardano la personalità dell'individuo e i diritti fondamentali che tengono conto dei vincoli familiari⁴³.

5. Effettività della tutela degli immigrati e principio della dignità dell'uomo

Alla luce della complessità della materia, è condivisibile la tesi per cui il criterio del riparto di giurisdizione in materia di immigrazione debba essere affidato ad «una pluralità di criteri diversi o forse ad esigenze eminentemente pratiche»⁴⁴.

E' evidente che nonostante i tentativi di riordino della tutela processuale dello straniero permangono taluni profili di criticità nel modello attuale, soprattutto se si ricerca

³⁷ La presunzione di pericolosità sociale è stata censurata dalla Corte Costituzionale in una serie di decisioni già a partire dagli anni settanta. Corte Cost. n. 177/1980 e di recente Corte Cost. sent. n. 24-25 del 2019, in cui la Corte opera una ricostruzione storico evolutiva del concetto di pericolosità generica e qualificata.

³⁸ Cass., sez. VI-1 civile, ord. n. 12973 del 22 giugno 2016;

³⁹ Cons. di Stato, sez. VI, 14 ottobre 2009, n. 6293; Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. III, C 554/13, sent. dell'11 giugno 2015.

⁴⁰ Tar Lazio, Roma, sez. II quater, 11 maggio 2015, n. 6617.

⁴¹ Corte Cost., 6 luglio 2012, n. 172; Cons. di Stato, sez. III, 9 settembre 2016, n. 3841. Sul diniego del permesso di soggiorno TAR Toscana, sez. I, 12 maggio 2009, n. 803; Tar Piemonte, sez. II, 26 aprile 2008, n. 812; Cons. Stato, sez. III, 10 agosto 2016, n. 3569.

⁴² Cass., sez. VI, ord., 12 gennaio 2017, n. 647; Cass., sez. VI penale, 7 dicembre 2016, n. 1432.

⁴³ Cass., sez. un., 12 giugno 2019, n. 15750.

⁴⁴ S. D'ANTONIO, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 592; M. NOCELLI, *Il diritto dell'immigrazione*, cit., p.13

un criterio di riparto univoco. Si tratta, come si è visto, di una tutela differenziata e complessa, ancora irrisolta e che mostra profili di potenziale contrasto con principi dell'ordinamento interno e internazionale.

In questo senso appare valida l'affermazione di chi ha ritenuto che nelle società multiculturali possa tornare a valere la tesi di una stretta consonanza tra diversificata disciplina sostanziale e forme di tutela, purtuttavia nella prospettiva di superamento delle disomogeneità, che abbia come base unificante l'idea di giusto processo e di effettività della tutela⁴⁵.

La dottrina che si è occupata del sindacato giurisdizionale amministrativo sugli stranieri ha osservato che le tecniche di verifica dell'operato dell'amministrazione in sede giudiziale vanno oltre un accertamento circa la mera legalità procedurale e giungono a sindacare, in un percorso incrementale, la logicità e la ragionevolezza della motivazione del provvedimento, in nome e per un principio di legalità sostanziale, e in questa tendenza ha ravvisato i più rilevanti profili evolutivi del fenomeno⁴⁶.

Secondo l'attuale tendenza della giurisprudenza il giudice è tenuto ad adeguare la normazione positiva e la stessa tutela processuale alle caratteristiche della singola controversia, valutando anche il contesto esistenziale entro il quale si pone l'intervento dell'amministrazione.

Ciò comporta una interpretazione evolutiva del precetto normativo, da effettuare secondo parametri giuridici offerti dalla Costituzione o altre fonti sovranazionali, così da favorire una collocazione sistematica della disciplina dell'immigrazione, tesa a valorizzare la tutela dello straniero – persona di fronte al potere pubblico.

Il controllo giudiziale va effettuato tenendo conto del rapporto fra legge, amministrazione ed individuo⁴⁷; ciò significa che la norma attributiva del potere debba essere oggetto di un'interpretazione sistematica che giustifichi le sfere di interferenza dell'amministrazione nella vita dell'individuo, secondo i limiti ed i modi che garantiscono le caratteristiche soggettive tutelate dalla Costituzione e dalle fonti sovranazionali ed internazionali.

In sostanza, la trattazione del delicato problema dei diritti fondamentali tutelabili davanti al giudice amministrativo, si può sintetizzare in ciò che un recente indirizzo giurisprudenziale ha evidenziato con l'affermarsi di un percorso evolutivo che va da un "diritto amministrativo del sospetto"⁴⁸ nei riguardi dello straniero ad un "diritto amministrativo del rispetto" verso i suoi diritti fondamentali, secondo una logica necessaria dal momento che la dignità dell'individuo, straniero o cittadino che sia, costituisce principio ispiratore e fondamento democratico.

Numerosi sono i fattori che riconducono al principio incompressibile della dignità dell'uomo e ad uno statuto dello straniero ispirato a questo valore: l'integrazione degli ordinamenti, nazionali e sovranazionali; la trasversalità dei valori, delle regole e dei principi del diritto internazionale; i singoli ordinamenti nazionali e l'apertura dei loro sistemi costituzionali alla recezione di questi valori; il dialogo tra le Corti supreme interne e

⁴⁵ F. ASTONE, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p.153.

⁴⁶ A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità*, cit., p.822

⁴⁷ A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità*, cit., p.830

⁴⁸ Cons. St., sez. III, 17 novembre 2015, n. 5248, secondo cui non può trovare ingresso in un moderno ordinamento democratico un diritto amministrativo "del sospetto", che discrimini la posizione dello straniero da quello del cittadino solo in quanto tale, poiché spetta all'Amministrazione sempre verificare, senza seguire astratti teoremi inquisitori, se il comportamento fraudolento del cittadino straniero sia effettivamente tale.

sovrnazionali; il ricorso sempre più costante all'uso dell'argomento comparatistico, nelle pronunce dei giudici nazionali⁴⁹, quando vengano in rilievo le posizioni degli stranieri; l'universalità dei diritti fondamentali che prescinde dalla cittadinanza⁵⁰.

Anche il giudice amministrativo per realizzare una tutela effettiva che sia tale, dovendo porre rimedio ad un'azione amministrativa illegittima, è tenuto ad adottare un "bilanciamento" tra il c.d. diritto alla sicurezza e le posizioni giuridiche soggettive di rilievo costituzionale o sovranazionale.

In questa prospettiva la nuova frontiera della materia in esame deve essere costituita dal diritto dell'integrazione e del rispetto per lo straniero secondo una cultura dell'accoglienza e del multiculturalismo, con un approccio globale e pluralistico, che riconosca i diritti del prossimo anche per la forza stessa della solidarietà, immanente ad un ordinamento democratico ed espressione dei principi costituzionali dell'eguaglianza sostanziale (artt. 2 e 3, comma secondo, Cost.).

In conclusione, non vi è dubbio che anche il giudice amministrativo, seppure con un diverso approccio alla controversia rispetto al giudice ordinario, investito direttamente della tutela di diritti fondamentali degli immigrati, è «idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa⁵¹».

Inoltre, da tempo nella giurisprudenza della Cassazione e della Corte Costituzionale in tema di *translatio iudicii*⁵² è possibile trarre uno stesso principio comune: traendo le loro argomentazioni dal principio di effettività della tutela giurisdizionale sancito dall'art. 24 Cost. e da una precisa concezione di questo, esse giungono alla stessa conclusione, che non è più tanto la scelta di una diversa giurisdizione ad essere contrastata, quanto l'idea che vi sia incomunicabilità e separazione tra i giudizi. I principi di effettività e certezza della tutela giurisdizionale impongono una chiave di lettura del rapporto tra giudice ordinario e giudice amministrativo non in termini di separazione, ma in termini di specialità tra giudici appartenenti allo stesso ordine⁵³.

Questa tesi interpretativa permette ad un tempo di superare i contrasti tra le giurisdizioni in materia, di giustificare gli interventi normativi che attribuiscono la giurisdizione ai due giudici e le loro eccezioni, oltre che a mantenere la conformità agli art. 24 e 103 Cost.

⁴⁹ A. GAMBARO, *Il diritto comparato nelle aule di giustizia e immediati dintorni*, in *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, Quad. della riv. trim. dir. e proc. civ., Milano, 2014, p.3.

⁵⁰ P. BECCHI, *Il principio di dignità umana*, Brescia, 2013, p.7; M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, 2012; G. REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 1, p.247; A. RUGGERI, *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, cit.

⁵¹ Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140, in *Foro it.*, I, 2007, con nota di G. VERDE, *È ancora in vita l'art. 103, 1° comma, Cost.*

⁵² R. ORIANI, *E' possibile la translatio iudicii nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di Cassazione e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2007, I, p.1013; G. SIGISMONDI, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Dir proc. amm.*, 2007, p.796.

⁵³ A. SCOGNAMIGLIO, *Corte di cassazione e Corte costituzionale a favore di una pluralità dei giudici compatibile con effettività e certezza della tutela*, in *Dir proc. amm.*, 2007, p.112.

ABSTRACT: *The immigration jurisdiction: the allotment criterion and the administrative judge's unions*

It is interesting to investigate some issues regarding the immigration justice system in the Italian order. In summary, the difficult search for a possible balance between migrants' freedom and internal public interests within states and local communities also emerges in the field of jurisdictional protection of immigrants.

In the first place, the problem of the division of jurisdiction between ordinary judge and administrative judge in relation to measures in which the administration would operate in a constrained or discretionary manner is still of interest; secondly, it is interesting to examine the peculiar relationship between immigrants with their interests, often referring to personal rights, and the discipline of administrative action that interferes with the immigrant's living conditions.

Indeed the public power issues residence permits, renewal or revocation of the same, expulsion orders, according to the provisions of the T.U. immigration and the most recent disciplines. The judge's legitimacy syndicate in these cases looks at disputes whose conflict has no mere patrimonial relevance but involves the personality of the individuals or their families.

This leads to some in-depth analysis of the protection modalities offered by the Italian law to foreigners who intend to challenge certain administrative measures adopted against them.

LA TUTELA PROCEDIMENTALE E GIURISDIZIONALE DEL MIGRANTE IN ITALIA

FRANCESCO MARTINES*

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. La tutela del migrante nel procedimento amministrativo di riconoscimento della protezione internazionale. – 3. La tutela giurisdizionale del migrante. – 4. Conclusioni.

1. *Premesse*

Il presente contributo mira a offrire alcuni spunti di riflessione sulle concrete modalità di tutela che l'ordinamento italiano offre al soggetto migrante in due fasi fondamentali: quella procedimentale, ossia quando il soggetto si rivolge alle autorità amministrative competenti per conseguire il titolo che gli consenta di soggiornare legittimamente sul territorio nazionale; e quella giurisdizionale che si configura ogniqualvolta il migrante ritenga di avere subito una lesione ascrivibile ad un atto dell'autorità amministrativa (per lo più si tratterà di un atto di diniego del provvedimento ampliativo richiesto) e decida di rivolgersi all'autorità giurisdizionale per chiederne l'annullamento e, più in generale, per conseguire il bene della vita cui sin dall'origine aspira.

Invero, i dati relativi all'accoglienza degli stranieri in Italia hanno evidenziato una tendenziale debolezza del sistema di gestione delle pratiche di richiesta dei titoli di soggiorno (ivi compresi quelli per la protezione internazionale) che, giocoforza, ha finito per incidere negativamente nel complesso delle condizioni di accoglienza riservate ai migranti. Tale debolezza si è manifestata in misura più evidente nel periodo 2014-2017 quando i flussi migratori sono stati numericamente molto significativi e soprattutto poiché a partire dall'anno 2018 sono state implementate, con provvedimenti normativi *ad hoc*, le risorse destinate agli uffici e agli organi statali deputati alla trattazione delle istanze di protezione internazionale.

Sebbene, nell'approcciare il tema dell'accoglienza dei migranti nel suo complesso, si tenda a considerare determinanti gli aspetti che concernono il difficile e doloroso percorso umano che costoro sono costretti ad affrontare dando così primaria rilevanza alle condizioni oggettive e materiali con le quali l'accoglienza è praticata, non si può negare che la maggiore o minore complessità del percorso "amministrativo" (ed eventualmente giurisdizionale) al quale i migranti sono esposti una volta giunti nel nostro territorio può assumere un'altrettanta significativa rilevanza.

In altri termini, se – in nome del principio di effettività della tutela – il soggetto migrante sa di potere contare su un'efficiente ed efficace azione amministrativa (e, se del caso, giurisdizionale) da parte delle autorità del paese di destinazione è verosimile che la sua condizione (che già in partenza è di forte disagio e debolezza) non debba inutilmente aggravarsi; il tutto con le ovvie conseguenze in punto di difesa dei diritti umani

* Ricercatore di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Messina.

insopprimibili di cui tali soggetti sono titolari e di controllo ed efficace gestione dei flussi migratori per lo Stato che accoglie.

2. La tutela del migrante nel procedimento amministrativo di riconoscimento della protezione internazionale

Il procedimento amministrativo destinato a conseguire il titolo di protezione internazionale (*sub specie* di protezione in favore dei rifugiati¹, protezione sussidiaria, protezione per motivi umanitari e tutela dell'apolide²) mira a garantire la tutela del diritto di asilo costituzionalmente riconosciuto a favore di coloro ai quali è impedito «l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana» nello Stato di origine o di provenienza (art. 10, comma 3, Cost.)³.

Come precisato dalla giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione (Cass., 25 agosto 2006, n. 18549; Cass., SU, 26 maggio 1997, n. 4674) «sebbene le due categorie considerate — asilo e status di rifugiato — siano ontologicamente distinte nella nozione, nel contenuto, nell'onere della prova, non richiedendosi per l'asilante la prova del presupposto della persecuzione, la relativa disciplina stabilisce pur sempre un iter procedimentale che le accomuna in questa sola chiave, in ragione delle esigenze di ordine e sicurezza pubblici, che pur sono valori presidiati costituzionalmente»; in forza di tale assunto, il diritto di asilo si sostanzia nella copertura e tutela di una condizione di provvisorietà in cui versa il migrante che al momento del suo arrivo sul territorio nazionale manifesti espressamente la volontà di ottenere una forma di protezione internazionale sino alla definizione del relativo procedimento.

Siffatto procedimento prende avvio con la presentazione della domanda di protezione internazionale effettuata dal migrante alla frontiera, al momento dell'ingresso sul territorio nazionale, oppure presso la questura del luogo in cui si trovi al momento dell'istanza. L'autorità competente all'esame dell'istanza è la Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, costituita presso le Prefetture, composta da un funzionario della carriera prefettizia (con funzioni di presidente), da un funzionario della Polizia di Stato, da un rappresentante di un ente territoriale designato dalla Conferenza Stato-città ed autonomie locali e da un rappresentante dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR).

Una delle questioni applicative più rilevanti riguarda l'individuazione delle norme applicabili a questa categoria di procedimenti, il che incide sull'individuazione dei margini e dei limiti di tutela procedimentale per i migranti che ambiscono alla protezione internazionale attraverso procedure condotte dallo Stato italiano e, per esso, dalle Commissioni territoriali competenti.

Il primo dubbio che necessita di essere dissipato riguarda l'applicabilità delle norme generali sul procedimento amministrativo di cui alla L. 25 agosto 1990, n. 241. Tale dubbio potrebbe sorgere, invero, in relazione all'ambito soggettivo di applicazione della disciplina

¹ Sancita in forza della Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, ratificata e resa esecutiva in Italia con L. 24 luglio 1954, n. 722.

² Si rinvia alla disciplina di cui agli artt. 5, comma 6, e 20 del D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286 contenente Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (TUI).

³ M. CONSITO, *La tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, Napoli, 2016.

generale e, in particolare, in ordine all'estensione dello stesso agli stranieri o, piuttosto, alla sua limitazione ai cittadini italiani ed europei.

La maggior parte delle disposizioni della L. 241/1990 utilizza espressioni che non contengono alcun esplicito riferimento alla cittadinanza del destinatario dell'azione amministrativa: l'art. 3 fa riferimento al «destinatario»; gli artt. 7 e 10 utilizzano il termine «soggetto»; l'art. 9, ancora, si rivolge a «qualunque soggetto»; l'art. 11 utilizza la locuzione «interessati»; l'art. 22, invece, quella di «tutti i soggetti privati che abbiano un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridica tutelata». L'unica disposizione che indica il cittadino come soggetto destinatario degli effetti della norma è l'art. 18, in tema di dichiarazioni sostitutive, e gli artt. 16 e 17 che fanno riferimento ai pareri ed alle valutazioni tecniche rilasciate dalle amministrazioni preposte alla tutela della «salute dei cittadini».

Invero, al netto delle indicazioni che provengono dalla lettera delle disposizioni della L. 241/1990, la tesi dell'applicabilità delle stesse anche ai non cittadini italiani è stata sostenuta in dottrina ponendo l'accento sulla *ratio* ispiratrice della legge e sulla natura degli istituti ivi disciplinati «quale espressione di una più generale pretesa a un giusto procedimento, in senso lato, nuovo diritto fondamentale dell'individuo nell'ambito delle attuali società democratiche»⁴.

In effetti, la questione può dirsi risolta (a favore della pacifica applicazione anche nei confronti dei soggetti non aventi la cittadinanza italiana o europea) in virtù di quanto disposto dall'art. 18 del D. Lgs. 25/2008 ai sensi del quale «ai procedimenti per l'esame delle domande di protezione internazionale si applicano le disposizioni in materia di procedimento amministrativo e di accesso agli atti amministrativi, di cui ai capi I, ad esclusione dell'articolo 2, comma 2, II, IV-bis e V, nonché agli articoli 7, 8 e 10 del capo III della legge 7 agosto 1990, n. 241».

In dottrina è stato sostenuto che, in virtù del principio di specialità, l'art. 18 consentirebbe di escludere l'applicazione della disciplina generale in materia di comunicazione di avvio del procedimento amministrativo nella parte in cui impone specifiche modalità e contenuti della comunicazione stessa e disciplina i diritti dei partecipanti al procedimento⁵; tale soluzione, a parere di chi scrive, si rivela poco convincente alla luce dei principi generali dell'ordinamento⁶.

⁴ L. GILI, *Straniero e partecipazione*, in A. CROSETTI, F. FRACCHIA (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Milano, 2002, p. 56 ss.; S. CASTELLAZZI, *Profili procedurali*, in V. GASPARINI CASARI (a cura di), *Il diritto dell'immigrazione*, Modena, 2010, p. 253 ss.

⁵ L. D'ASCIA, *Diritto degli stranieri e immigrazione: percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2008, p. 261 ss.; per alcuni casi di espulsioni dello straniero nei quali la giurisprudenza ha giustificato l'attenuazione dell'obbligo di comunicazione per esigenze di celerità del procedimento: Cass. civ., sez. I, 15 ottobre 2003, n. 15390; Cass. civ., sez. I, 19 ottobre 2001, n. 12803. Sull'argomento si segnala altresì la più recente sentenza Cass. Civ., sez. VI, 25 giugno 2012, n. 10546 con la quale la Suprema Corte ha chiarito che «in tema di protezione internazionale, il provvedimento amministrativo della Commissione territoriale deve essere preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento di cui all'art. 7 l. 7 agosto 1990 n. 241, atteso l'espresso richiamo ad esso operato dall'art. 18 d.lg. 28 gennaio 2008 n. 25».

⁶ Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2001, n. 2023; sez. IV, 25 settembre 1998, n. 569. In dottrina, sul tema generale della partecipazione, R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 41 ss.; F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'azione amministrativa* e M.C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, entrambi in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016; S. COGNETTI, *Quantità e qualità della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000.

La partecipazione dell'interessato al procedimento è poi ulteriormente garantita dall'introduzione di specifici obblighi informativi a carico dell'amministrazione: si pensi agli obblighi informativi posti a carico dell'autorità di frontiera o della questura territorialmente competente in ordine alla procedura da seguire, ai diritti e doveri procedurali del richiedente la protezione, nonché ai tempi e ai mezzi a sua disposizione per supportare la domanda con elementi utili all'istruttoria (artt. 6 e 10, comma primo, del D. Lgs. n. 25 del 2008).

Cionondimeno il procedimento di valutazione dell'istanza di protezione internazionale consta di significativi elementi di specialità. L'esempio più rilevante concerne il subprocedimento di audizione personale del richiedente in ordine ai motivi che lo hanno spinto a lasciare il paese di origine ed i motivi per i quali non è possibile farvi rientro⁷. Con riferimento ad esso il D. Lgs. 25/2008 ne prevede la videoregistrazione, nonché la possibilità per il richiedente di presentare dichiarazioni o memorie in ogni fase del procedimento (artt. 12-14). La Suprema Corte, di recente, ha osservato che l'esigenza che il richiedente sia sentito su tutti i fatti da lui narrati e rilevanti ai fini dell'esame della domanda trova esplicitazione innanzi alla Commissione territoriale e, in caso di impossibilità, in sede giurisdizionale con l'audizione del richiedente in udienza (Sez. I, 23/10/2019, n.27072).

L'art. 27, comma 1 bis, del D. Lgs. 25/2008 disciplina in modo specifico il dovere di acquisizione d'ufficio da parte dell'amministrazione procedente delle informazioni relative a fatti, stati e qualità del richiedente la protezione; sono acquisite «anche d'ufficio» le informazioni relative alla situazione del paese di origine e alla specifica condizione del richiedente, che siano ritenute necessarie a integrazione del quadro probatorio prospettato dall'istante.

Lo strumento di partecipazione a valle dell'istruttoria, disciplinato in via generale dall'art. 10 bis della L. 241/1990 (c.d. preavviso di rigetto), è sostituito da apposita comunicazione da inviare ai sensi dell'art. 29 del D. Lgs. 25/2008 al richiedente in ordine alla sussistenza di una causa di "inammissibilità" della domanda di protezione secondo modalità intese ad assicurare in concreto le garanzie di partecipazione e di contraddittorio previste dal disposto generale⁸. L'inammissibilità della istanza si configura qualora sia reiterata una domanda di protezione internazionale già respinta senza che siano adottati nuovi elementi in merito alle condizioni personali o alla situazione del paese di origine del richiedente. Entro tre giorni dalla comunicazione l'istante può inoltrare all'amministrazione rilievi ed osservazioni a sostegno dell'ammissibilità dell'istanza.

La scelta del legislatore di comprimere il campo di applicazione dell'istituto rispetto alla disposizione generale (limitandone il ricorso alle ipotesi di inammissibilità e prevedendo un ristrettissimo termine di tre giorni per esercitare il contraddittorio) non sembra trovare una fondata giustificazione nell'economia complessiva del procedimento in discorso e rischia, dunque, di ridursi ad una ingiustificata compressione dei diritti procedurali del richiedente.

Sempre nell'ambito dei rapporti fra discipline speciali in materia di immigrazione e applicazione delle regole e dei principi sanciti dalla L. 241/1990, merita di essere

⁷ Si segnala che analogo istituto è stato di recente introdotto in via generale per tutti i procedimenti amministrativi dalla Legge Regionale 21 maggio 2019, n. 7, approvata dalla Assemblea Regionale Siciliana (art. 12, comma primo, lett. c).

⁸ P. LAZZARA, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., p. 393; E. FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al "preavviso di rigetto"*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 1003.

sottolineato che l'art. 4, secondo comma, del D. Lgs. 286/1998 (TUI) (introdotto dall'art. 4 comma 1, L. 30 luglio 2002, n. 189), sul procedimento di rilascio del visto di ingresso, stabilisce che «in deroga a quanto stabilito dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni, per motivi di sicurezza o di ordine pubblico il diniego non deve essere motivato»⁹.

Pur nel rispetto della disposizione speciale in deroga, occorre sottolineare tuttavia la funzione di garanzia cui assolve il generale obbligo di motivazione stabilito dall'art. 3 della L. 241/1990 diretto a realizzare la conoscibilità e la trasparenza dell'azione amministrativa. Esso, com'è noto, trova fondamento costituzionale negli artt. 97 e 113 Cost. costituendo, da un lato, corollario dei principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione e, dall'altro, consentendo al destinatario del provvedimento finale di esercitare efficacemente l'eventuale azione in sede giurisdizionale (Corte Cost., 5 novembre 2010, n. 310)¹⁰.

Recentemente la Corte Costituzionale, richiamando un costante orientamento della giurisprudenza amministrativa (in particolare, Cons. St., sez. III, 7 aprile 2014, n. 1629), ha ribadito che «il difetto di motivazione nel provvedimento non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedimentali o ai vizi di forma, costituendo la motivazione del provvedimento il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo (art. 3 della L. n. 241 del 1990) e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2, della L. n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti» (Corte Cost., ord. 26 maggio 2015, n. 92). Sulla scorta di questa giurisprudenza, la disposizione dell'art. 4, comma secondo, del TUI appare di dubbia costituzionalità dovendo piuttosto l'amministrazione argomentare circa la sussistenza delle ragioni di ordine pubblico poste alla base del diniego.

La disamina delle norme speciali sopra richiamate mette in evidenza, ad avviso di chi scrive, un apparato di garanzie procedimentali nella fase istruttoria (senz'altro finalizzato in via principale a tutelare l'interesse dell'amministrazione di verificare in modo puntuale e severo le condizioni per il riconoscimento delle diverse forme di protezione richieste) che può ritenersi complessivamente robusto. Sotto altro profilo, tuttavia, la disciplina non pare altrettanto efficace rispetto a un profilo di non secondaria importanza: si tratta dei tempi del procedimento che, nella prassi, risultano incerti e comunque troppo lenti causando uno stato di incertezza che rischia di tramutarsi in un intollerabile sacrificio di diritti fondamentali di soggetti che, per la propria storia, sono senz'altro particolarmente vulnerabili.

⁹ Recentemente il Consiglio di Stato ha ritenuto legittimo il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno opposto allo straniero condannato per violenza sessuale anche in assenza della valutazione circa la natura e l'effettività dei vincoli familiari dello straniero e la sua pericolosità sociale (Cons. Stato, sez. III, 29 novembre 2019, n. 8175). Nel senso di una rigida interpretazione della deroga all'obbligo motivazionale, Tar Lazio, Roma, sez. I, sentt. 9387/2013 e 11299/2008.

¹⁰ Sulla motivazione dei provvedimenti amministrativi la letteratura è vastissima. *Ex multis*, G. MIELE, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Foro amm.*, 1942, I, p. 126; C. MORTATI, *Necessità di motivazione e sufficienza di motivi negli atti amministrativi*, in *Giur. it.*, 1943, III, p. 2; L. VANDELLI, *Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 1595; M.S. GIANNINI, voce *Motivazione*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 257; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987; ID., voce *Motivazione*, in *Dig. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, p. 683; G. CORSO, voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. V, Agg., Milano, 2001, p. 774.

È pur vero che, nei tempi più recenti, è possibile riscontrare segnali obiettivi di miglioramento legati a diversi fattori: l'avvenuto smaltimento di un corposo numero di richieste arretrate; la progressiva riduzione dei numeri di ingressi negli ultimi anni; e, infine, l'ampliamento dell'articolazione delle Commissioni territoriali che hanno anche maturato una certa *expertise* che ha reso il lavoro complessivamente più celere ed efficiente. Resta, comunque, un deficit nella normazione primaria che, evidentemente, non riesce ad assicurare le condizioni migliori per garantire una risposta adeguata al tema della gestione interna dell'immigrazione. È pertanto auspicabile che il legislatore, in futuro, possa decidere di intervenire in maniera sistematica e complessiva sulla regolazione delle procedure di esame delle richieste di rilascio dei titoli di soggiorno e di protezione internazionale.

3. La tutela giurisdizionale del migrante

Se la tutela procedimentale del migrante, ed in particolare di colui che richiede il riconoscimento di una forma di protezione internazionale, reca alcune criticità e pone delle perplessità in ordine alla sua effettività e alla adeguatezza della disciplina di diritto positivo, il quadro non appare più confortante laddove si sposti l'attenzione alla tutela del migrante in sede giurisdizionale¹¹.

Giova premettere che lo straniero, ancorché irregolare, è titolare del diritto di difesa predicato dall'art. 24 Cost. quale diritto fondamentale della persona umana¹². L'art. 24 Cost. stabilisce, infatti, che «tutti» hanno il diritto di agire e resistere in giudizio «per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi». In forza del diritto di difesa costituzionalmente tutelato, lo straniero, ai sensi dell'art. 113 Cost., ha il diritto di impugnare i provvedimenti amministrativi che ledano i suoi diritti e interessi legittimi; del resto, ai sensi dell'art. 2 del TUI, «allo straniero è riconosciuta parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione». Sul punto, la Consulta ha chiarito che «il diritto al riesame di un provvedimento di espulsione, con piena garanzia del diritto di difesa, spetta non solo agli stranieri che soggiornano legittimamente in Italia, ma anche a coloro che sono presenti illegittimamente sul territorio nazionale» (Corte Cost., 16 giugno 2000, n. 198).

Il sistema di tutela giurisdizionale dell'immigrato reca alcune peculiarità che comportano dei dubbi interpretativi e applicativi che inevitabilmente finiscono per refluire negativamente sulle aspettative di protezione del soggetto migrante.

¹¹ Sull'argomento, si segnalano i contributi di C. FELIZIANI, *Giustizia amministrativa ed immigrazione. A proposito di alcuni nodi irrisolti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2/2019, p. 267 ss.; A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 3, p. 816 ss.; ID., *La dimensione personalistica del sindacato delle decisioni amministrative in materia migratoria*, in F. CORTESE, G. PELACANI (a cura di), *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Napoli, 2017, p. 491 ss.; A. CALDARERA, *Osservazioni sulla tutela giurisdizionale del migrante*, in *Giustamm.it*, n. 7, 2017; ID., *Osservazioni sul riparto di giurisdizione in materia di tutela giurisdizionale del migrante*, in F. ASTONE, R. CAVALLO PERIN, M. SAVINO, A. ROMEO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Torino, 2019; G. TROPEA, *Homo sacer? Osservazioni perplesse sulla tutela processuale del migrante*, in *Dir. amm.*, 2008, 4, p. 839 ss.; M. CONSITO, *La tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, cit.

¹² La Corte Costituzionale include il diritto alla tutela giurisdizionale tra «i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intrinsecamente connesso – con lo stesso principio democratico – l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio» (C. Cost. n. 18/1992). In dottrina, M. IMMORDINO, *Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, 11/2014.

La prima di queste peculiarità concerne il riparto della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Al giudice amministrativo, in ragione di una pretesa discrezionalità dell'amministrazione nella valutazione delle istanze¹³, sono devolute le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti di diniego, mancato rinnovo e revoca del visto d'ingresso o del permesso di soggiorno nonché quelle sui provvedimenti di espulsione per motivi di ordine pubblico, sicurezza dello Stato o terrorismo e di respingimento alla frontiera ex art. 10 del TUI¹⁴.

Al giudice ordinario, invece, sono devolute le controversie aventi ad oggetto il diniego, mancato rinnovo o revoca del visto d'ingresso e del permesso di soggiorno qualora vengano in gioco esigenze di protezione umanitaria¹⁵ o di tutela dell'unità familiare¹⁶, respingimenti¹⁷, espulsioni prefettizie¹⁸, convalida ed esecuzione di misure di

¹³ Invero come è stato osservato puntualmente in dottrina (M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, p. 241 ss.) in tali casi la discrezionalità assume la natura di una discrezionalità tecnica se non addirittura tende a sconfinare nell'ambito di un'attività vincolata della pubblica amministrazione.

¹⁴ Sul punto, in assenza di indicazioni legislative puntuali, si era creato un contrasto giurisprudenziale a fronte del quale il Ministero dell'Interno ha ritenuto di chiedere un parere al Consiglio di Stato. Quest'ultimo si è espresso a favore della giurisdizione amministrativa (cfr. Cons. St., I sez., 4 febbraio 2011, n. 571), salvo tuttavia essere contraddetto dalla Corte di Cassazione che, con due ordinanze a Sezioni Unite del 2013, ha ritenuto sussistere la giurisdizione del giudice ordinario (cfr. Cass., SS. UU., 10 giugno 2013, n. 14502 e Cass., SS. UU., 17 giugno 2013, n. 15115). E ciò sulla base dell'assunto per cui in tali circostanze l'attività amministrativa si risolverebbe in un mero accertamento di presupposti di fatto indicati dalla legge che non implica ponderazione di interessi. In dottrina, sulla soluzione offerta dalla Corte di Cassazione, R. CHIEPPA, *Quale giudice per gli immigrati? Questioni di giurisdizione e di competenza*, AA.VV., *Frontiere dell'immigrazione o migrazione delle frontiere? Atti del Convegno di Trento, 25-26 novembre 2011*, Trento, 2012, p. 171 ss.

¹⁵ L'orientamento giurisprudenziale sul punto è consolidato e si fonda sulla considerazione che in tali fattispecie la situazione giuridica soggettiva dello straniero ha natura di diritto soggettivo, da annoverarsi tra i diritti umani fondamentali garantiti dagli artt. 2 della Costituzione e 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), e pertanto non degradabile ad interesse legittimo per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, cui può demandarsi solo l'accertamento dei presupposti di fatto legittimanti la protezione umanitaria (Cass. Civ., SS. UU., sentenze 27.11.2018 n. 30658; 28.2.2017 n. 5059; 16.9.2010 n. 19577; 9.9.2009 n. 19393; 19.5.2009 n. 11535; Cons. Stato, sez. III, sentenze 23.5.2017 n. 2412; 9.5.2013 n. 2524; 5.9.2012 n. 4714; 5.6.2012 n. 3309; 1.2.2012 n. 522).

¹⁶ La Suprema Corte ha ritenuto che in tali casi il provvedimento amministrativo costituisce un atto dovuto a fronte del quale lo straniero vanta un diritto soggettivo e non un interesse legittimo (Cass., SS. UU., 12 gennaio 2005, n. 383).

¹⁷ Sulla giurisdizione in tema di respingimenti occorre tenere presente quanto osservato alla precedente nota 13.

¹⁸ La giurisdizione del giudice ordinario in questi casi si fonda sull'art. 13, comma ottavo, D. Lgs. 286/1998 e sull'art. 18 del D. Lgs. n. 150/2011. Fino all'entrata in vigore del D. Lgs. 286/1998 questa fattispecie veniva ricondotta alla giurisdizione del giudice amministrativo. Il cambio di orientamento è stato giustificato sulla asserita natura vincolata del provvedimento di espulsione (Cass., SS. UU., 16 ottobre 2006, n. 22217) e della natura di diritto soggettivo della posizione giuridica dello straniero espulso (Cass., I sez., ord., 7 febbraio 2008, n. 2973). La soluzione ha conseguito l'avallo della Corte Costituzionale che con ordinanza 18 dicembre 2001, n. 414 ha dichiarato manifestamente infondata la questione di costituzionalità sollevata dal T.A.R. Sicilia, sezione staccata di Catania, in riferimento al sistema della doppia tutela, previsto dall'art. 6, comma 10, e dall'art. 13, comma 8, del TUI; la Consulta ha osservato che «resta rimesso alla scelta discrezionale del legislatore ordinario – suscettibile di modificazioni in relazione ad una valutazione delle esigenze di giustizia e ad un diverso assetto dei rapporti sostanziali – il conferimento al giudice ordinario o al giudice amministrativo del potere di conoscere ed eventualmente annullare un atto della Pubblica Amministrazione o di incidere sui rapporti sottostanti secondo le tipologie degli interventi giurisdizionali». Nello stesso senso, Cass., Sez. I, 7

allontanamento, atti o comportamenti di carattere discriminatorio ai sensi dell'art. 44 del TUI¹⁹.

Pur rispondendo tale ripartizione al generale criterio fondato sulla natura della posizione giuridica soggettiva lesa (interesse legittimo / giurisdizione amministrativa, diritto soggettivo / giurisdizione ordinaria), la varietà in concreto delle fattispecie considerate nei diversi testi normativi nonché soprattutto le frequenti difficoltà interpretative riscontrate nella prassi applicativa mettono in evidenza la palese inadeguatezza del sistema di tutela connotato da elevati rischi di incertezza²⁰. Il sistema appare altresì criticabile rispetto al generale principio di concentrazione delle tutele in forza del quale, in un recente passato, il legislatore ha ampliato le materie nelle quali introdurre forme di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Non è infrequente, infatti, che allo straniero che chieda tutela sia necessario avviare due paralleli giudizi che originano da uno stesso fatto o procedimento: è quel che avviene, ad esempio, qualora sia adottato un diniego di permesso di soggiorno richiesto per motivi di lavoro (rispetto al quale si radica la giurisdizione del giudice amministrativo) e, poco dopo, sia disposta l'espulsione del richiedente (sulla quale sarà chiamato a giudicare il giudice ordinario).

Il problema che si pone in questi casi riguarda i rapporti fra i due processi ed in particolare se il giudice ordinario abbia il potere di sindacare *incidenter tantum* l'atto amministrativo presupposto all'espulsione²¹.

Rispetto a tale questione si sono registrati tre distinti orientamenti giurisprudenziali.

Secondo una prima tesi sussisterebbe una pregiudizialità necessaria per cui il giudice ordinario dovrebbe necessariamente sospendere il processo, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., in attesa della definizione del giudizio amministrativo (Cass. civ., sez. I, 21 giugno 2000, n. 7867; 20 giugno 2000, n. 8381). Invero, questa soluzione espone al rischio che, nelle more della definizione del ricorso dinanzi al giudice amministrativo, il decreto di espulsione (non suscettibile di essere sospeso in via cautelare dal giudice ordinario) sia portato ad esecuzione coattivamente dalla Prefettura vanificando irrimediabilmente la domanda di tutela.

Una seconda ricostruzione esclude, invece, che vi sia alcuna pregiudizialità necessaria tra i due giudizi e ritiene che il giudice ordinario debba limitarsi a verificare la mera sussistenza del provvedimento amministrativo presupposto all'atto di espulsione, senza giungere mai a sindacarne (neppure incidentalmente) la legittimità, trattandosi di valutazioni spettanti unicamente al giudice amministrativo (Cass., SS.UU., nn. 22217 e 22221 del 2006).

febbraio 2008, n. 2973. Sull'orientamento della Corte Costituzionale, G. TROPEA, *Homo sacer? Osservazioni perplesse sulla tutela processuale del migrante*, cit., p. 886 ss.

¹⁹ La norma disciplina l'azione contro la discriminazione devolvendola al giudice ordinario sul presupposto che oggetto della controversia sia il diritto fondamentale a non essere discriminati.

²⁰ Particolarmente efficaci appaiono le considerazioni sul punto svolte da M. RAMAJOLI, che in occasione del Convegno *I-cons "Unità e frammentazione dentro e oltre lo Stato"* (Roma, 23-24 novembre 2018) ha denunciato il rischio di una sostanziale "polverizzazione" delle sedi in cui chiedere tutela. Le parole sono riprese anche da C. FELIZIANI nel già citato contributo dal titolo *Giustizia amministrativa ed immigrazione. A proposito di alcuni nodi irrisolti*.

²¹ Sull'argomento, in dottrina, G. TROPEA, *Homo sacer?*, cit., p. 875 ss.; N. VETTORI, *Doppia giurisdizione ed (in)effettività della tutela giurisdizionale dello straniero*, in *Dir. imm. citt.*, 1/2008; R. CAPONIGRO, *La tutela giurisdizionale dello straniero avverso l'espulsione amministrativa prefettizia*, in *Foro amm. - TAR*, 2004, p. 3563 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Corte di cassazione e Corte costituzionale a favore di una pluralità dei giudici compatibile con effettività e certezza della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 1112; N. ZORZELLA, *Giudizio avverso il diniego del titolo di soggiorno e giudizio relativo all'espulsione: due mondi non comunicanti? Spunti di riflessione per una nuova considerazione dello status di migrante in termini di diritto soggettivo*, in *Dir. imm. citt.*, 2006, p. 27 ss.

Ancorché maggioritaria, questa soluzione interpretativa appare non convincente poiché è innegabile la stretta connessione logica fra i due giudizi.

Una terza tesi riconosce, infine, piena autonomia al giudice ordinario il quale, al fine di decidere in merito alla validità del decreto di espulsione, disporrebbe anche del potere di controllare ed eventualmente disapplicare in via incidentale l'atto in ragione del quale l'espulsione è stata disposta. Questa soluzione è stata sostenuta dalla Corte Costituzionale nella già citata ordinanza n. 414/2001 secondo cui lo straniero può «trovare piena tutela contro il provvedimento di espulsione davanti al giudice ordinario, che avrebbe potuto esercitare un sindacato incidentale sul presupposto atto di rifiuto o di rinnovo del permesso di soggiorno (e disapplicarlo), con effetti di illegittimità derivata sull'atto oggetto della sua giurisdizione piena, ovviamente se ritualmente adita». Successivamente, l'orientamento è stato ripreso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza 18 ottobre 2005, n. 20125. Quest'ultima soluzione è quella che appare astrattamente la più ragionevole nell'ottica dell'effettività della tutela giurisdizionale, fermo restando che la cognizione in via incidentale richiesta al giudice ordinario possa concretamente creare qualche difficoltà²².

Le considerazioni svolte in ordine all'attuale disciplina sul riparto di giurisdizione in materia di immigrazione inducono a dubitare fortemente che tale assetto sia pienamente conforme ai principi fondamentali dell'effettività della tutela giurisdizionale e del giusto processo enunciati dalla Costituzione, dal Codice del processo amministrativo (artt. 1-2), dalla Carta di Nizza (art. 47) e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) (art. 6), nonché riconosciuti dalla consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia UE e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU)²³.

Oltre al riparto di giurisdizione, vi sono altre due questioni inerenti la tutela giurisdizionale del migrante che meritano di essere approfondite.

La prima di esse riguarda l'effettiva possibilità di accesso al sistema di tutela nel caso in cui il migrante subisca un'azione di respingimento. La Corte EDU di Strasburgo, le cui decisioni sono pacificamente influenti nel sistema amministrativo interno²⁴ - in assenza di una norma che preveda espressamente l'obbligo di *non-refoulement* - ha ricavato tale regola dall'art. 3 della CEDU sul divieto di tortura²⁵. Con particolare riguardo a molti casi di

²² Propende per questa soluzione S. GARDINI, *L'effettività della tutela dello straniero extracomunitario dinanzi al giudice amministrativo*, in F. ASTONE, R. CAVALLO PERIN, M. SAVINO, A. ROMEO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 499 ss.

²³ In dottrina, per un commento all'art. 47 della Carta di Nizza, R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 319 ss.; R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 862 ss.; C. SALAZAR, "Tutto scorre": riflessioni su cittadinanza, identità e diritti alla luce dell'insegnamento di Eraclito, in *Pol. dir.*, 2001, 3, p. 373; F. MANGANARO, *Equo processo e diritto a un ricorso effettivo nella recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Jus Publicum*, 2011; R. ROLLI, *Immigrazione e giurisdizione*, in S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra costituzioni nazionali, Unione Europea e diritto internazionale*, Milano, 2010, p. 553 ss; M. INTERLANDI, *Alla periferia dei diritti: l'effettività della tutela dei diritti degli immigrati tra i rimedi giurisdizionali interni e le indicazioni ricavabili dal contesto europeo*, in *Federalismi.it*, 2017, 17, p. 1 ss. Sulla rilevanza della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE e della Corte EDU in materia di immigrazione A. PAJNO, *Rapporti tra le Corti: diritti fondamentali ed immigrazione*, in *Federalismi.it*, 2017, 21, p. 1 ss.

²⁴ Sul tema, C.E. Gallo, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza dei giudici amministrativi italiani*, in *Dir. amm.*, 1996, 3, p. 499 ss.; G. GRECO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1, p. 39.

²⁵ Corte EDU, 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, ric. 14038/88; 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito*, ric. 22414/93; 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*, ric. 37201/06, con nota di commento di A. GIANNELLI, *Il carattere*

respingimenti in mare, la Corte EDU ha osservato che si siano sostanziate in un'attività amministrativa di fatto sottratta a qualsivoglia possibilità di reazione in sede giurisdizionale, sacrificando irrimediabilmente il diritto ad un ricorso effettivo (e dunque l'accesso alla giustizia) del soggetto respinto tutelato dall'art. 13 della CEDU ai sensi del quale «ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali».

Nel proficuo dialogo fra le corti, l'indirizzo interpretativo della Corte EDU è stato recepito anche dai giudici italiani.

Si segnala, in particolare, l'ordinanza della Corte di Cassazione, sez. VI, 25 marzo 2015, n. 5926 con la quale è stata riconosciuta come una lacuna dell'ordinamento italiano la mancanza di una norma interna che riconosca il diritto dello straniero di partecipare alla procedura con cui le autorità nazionali dispongono il respingimento; la necessità di colmare tale lacuna, secondo la Suprema Corte, giustifica la «applicazione di regole ermeneutiche pacificamente riconosciute, quali quelle dell'interpretazione conforme alle direttive europee (...) e dell'interpretazione costituzionalmente orientata al rispetto delle norme interposte della Cedu, come a loro volta interpretate dalla giurisprudenza della apposita corte sovranazionale». Procedendo in tale direzione, la Corte di Cassazione giunge a considerare la circostanza che il ricorrente non avesse avuto la concreta possibilità di partecipare alla procedura volta a disporre il proprio respingimento, causa di illegittimità del decreto di respingimento dall'autorità italiana.

Sullo stesso solco interpretativo si colloca la decisione assunta dal TAR Lazio, Sez. I, con decreto presidenziale 14 agosto 2019, n. 5479, relativamente alla nota vicenda del divieto di ingresso, transito e sosta della nave *Open Arms* nel mare territoriale nazionale. In quel caso, il TAR ha disposto la sospensione del provvedimento interministeriale di divieto sul presupposto che recasse un vizio di eccesso di potere per travisamento dei fatti e di violazione delle norme di diritto internazionale del mare in materia di soccorso.

Il frequente ricorso all'apparato normativo di diritto internazionale da parte dei giudici italiani nei casi *de quibus* mette in evidenza una carenza del sistema italiano in punto di garanzia dell'effettività del diritto di accesso alla giustizia da parte del migrante respinto.

L'ultima questione problematica sulla quale ci si soffermerà si riferisce ai limiti entro i quali è esercitabile il sindacato giurisdizionale.

Occorre premettere che la struttura delle norme attributive delle singole funzioni amministrative in materia migratoria è caratterizzata da fattispecie aperte, spesso descritte con locuzioni vaghe ed elastiche, che impongono all'amministrazione un'articolata attività di integrazione e completamento della regola di diritto positivo.

Da questa premessa scaturisce la conseguenza che il sindacato giurisdizionale sulle singole decisioni amministrative tende sempre più ad andare oltre un controllo sulla mera legittimità del provvedimento impugnato per indirizzarsi piuttosto verso una verifica sulla logicità, congruità e ragionevolezza della decisione assunta dall'amministrazione. Come è stato acutamente osservato, nella materia dell'immigrazione, il sindacato giurisdizionale del

assoluto dell'obbligo di non *refoulement*: la sentenza *Saadi* della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Riv. dir. int.*, 2011, 2, p. 449 ss; 19 gennaio 2010, *Hussein et al. c. Italia*, ric. nn. 10171/05, 10601/05, 11593/05, 17165/05, con nota di commento di C. FAVILLI, *Prime riflessioni sulla sentenza della Corte europea dei diritti umani sui respingimenti da Lampedusa del 2005*, in *www.asgi.it*, 2010.

giudice amministrativo tende verso un processo evolutivo “incrementale”²⁶. La fluidità che tende a caratterizzare i limiti (tradizionalmente fermi e rigidi) del sindacato del giudice amministrativo se, per un verso, offre opportunità di tutela ampie alla posizione giuridica del migrante, per altro verso, rappresenta niente più che una tendenziale direzione verso cui la giurisdizione si sta orientando. Il che determina una elevata dose di aleatorietà e incertezza che, inevitabilmente, pone rilevanti interrogativi circa l’effettività e l’oggettività del sistema di tutela giurisdizionale che l’ordinamento italiano offre al soggetto migrante.

4. Conclusioni

L’analisi svolta ha messo in evidenza vari profili di debolezza dell’apparato di garanzie procedurali e processuali del migrante nel nostro ordinamento. Aldilà degli interventi correttivi da parte del legislatore interno, sempre auspicabili, sarebbe utile comprendere le ragioni che stanno alla base di una evoluzione normativa così “sofferta” e che ha creato tanta incertezza.

Ad avviso di chi scrive la ragione fondamentale va individuata nella necessaria commistione di valori differenti (talvolta contrastanti) fra i quali è difficile trovare un equilibrio: da un lato, infatti, vi è l’esigenza di assicurare l’effettivo godimento di diritti fondamentali protetti sia dalla nostra Costituzione che dal diritto europeo ed internazionale; dall’altro lato, invece, sussiste l’esigenza di sicurezza pubblica e, dunque, di controllo dei flussi migratori verso il territorio nazionale.

Com’è noto nel nostro paese (come del resto in altri paesi dell’Unione Europea) nei tempi più recenti si sono affermate tendenze xenofobe e securitarie di cui si sono resi interpreti anche attori istituzionali; tale “politicizzazione” del processo di gestione del fenomeno migratorio finora non ha consentito di introdurre un sistema di regole organico volto a contemperare tutti gli interessi, favorendo piuttosto l’adozione di atti normativi, di rango primario e secondario, frutto di nervose reazioni populiste anziché di lucide esigenze di regolazione obiettiva.

A fronte dell’inadeguatezza del sistema di regole generali si riscontra, per altro verso, l’apprezzabile tentativo di sopperire ad essa da parte delle autorità amministrative impegnate nella gestione dei flussi migratori e da parte dei giudici. Pur riconoscendo che, proprio grazie a orientamenti e soluzioni individuati nella prassi delle amministrazioni o nell’interpretazione giurisprudenziale, si siano raggiunti importanti livelli di protezione per i diritti fondamentali dei migranti, non può negarsi che l’insufficienza delle regole generali costituisce un deficit grave del sistema.

Il Paese ha bisogno di una guida sicura e non di un legislatore schizofrenico che, a seconda del diverso colore politico della maggioranza di governo, pretende di modificare radicalmente e nei suoi tratti essenziali le regole in materia di immigrazione senza porsi il problema che quelle regole incidono su storie personali e su diritti umani fondamentali che non possono essere ingiustamente sacrificati.

²⁶ L’efficace espressione è di M. NOCCELLI in *Il diritto dell’immigrazione davanti al giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, 6/2018, p. 16. Sul tema anche C. FELIZIANI nel contributo, *Giustizia amministrativa ed immigrazione*, cit; A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, cit.

ABSTRACT: *Procedural and jurisdictional protection of migrants in Italy*

The article aims to analyse the levels of protection that Italian law offers to migrants. It focuses on the two phases where migrants need protection: the first phase takes place when migrants first arrive in Italy and they request protection from the Italian administrative authorities; the second phase (later) is the judicial process that starts if the migrants need to contest a rejection adopted by the administrative authorities. The study approach aims to analyse the effectiveness of the protection provided by the Italian State by referring to practical cases decided by the courts. The conclusions discuss the causes of the inadequacy of the Italian migrant protection system and possible solutions.

PRINCIPALI ORIENTAMENTI DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO IN MATERIA DI TUTELA DEI RICHIEDENTI ASILO IN ITALIA

FRANCESCA PERRINI*

SOMMARIO: 1. Il rapporto tra la tutela dei richiedenti asilo e la protezione internazionale dei diritti umani. – 2. La condizione dei richiedenti asilo in Italia: problematiche sempre attuali. – 3. Il sistema italiano di accoglienza all'esame della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 4. Conclusioni.

1. *Il rapporto tra la tutela dei richiedenti asilo e la protezione internazionale dei diritti umani*

Ogni indagine in materia di tutela dei richiedenti asilo deve necessariamente prendere le mosse dalle principali norme internazionali di riferimento. In particolare, si ritiene indispensabile inquadrare la tematica del presente lavoro nell'ambito di quanto previsto dalla Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* di rifugiato¹ e, più in generale, dalla tutela internazionale dei diritti umani, in considerazione della grande rilevanza che ha assunto tale settore del diritto internazionale.

Non si possono sottacere, infatti, due dati di fondamentale importanza: il primo attiene alla attualità della Convenzione di Ginevra, nonostante siano passati parecchi anni dalla sua adozione; il secondo concerne la centralità del rispetto dei diritti fondamentali in ogni ordinamento democratico.

In particolare, con riferimento al primo aspetto, occorre rilevare che ancora oggi la Convenzione di Ginevra deve essere considerata il punto di riferimento di ogni legislazione (nazionale o sovranazionale) in materia, e ciò in ragione dello spirito che anima il contenuto del testo che ruota interamente intorno alla persona costretta ad abbandonare il proprio Paese di origine ed avente come unico obiettivo quello di offrire a tali categorie di persone una adeguata forma di assistenza².

Come è noto, l'obiettivo della Convenzione è quello di assicurare a coloro i quali acquistano lo *status* di rifugiato il più ampio esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali. Nel suo lungo periodo di vigenza il testo convenzionale ha avuto un seguito particolarmente importante ove si consideri la rilevanza delle due norme che possono ritenersi fondamentali: quella sulla definizione di rifugiato e quella riguardante il principio di *non refoulement*.

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

¹ Adottata il 28 luglio 1951, entrata in vigore il 22 aprile 1954, ratificata dall'Italia con la l. 24 luglio 1954 n. 722. La Convenzione è stata poi integrata da un Protocollo adottato nel 1967 con il quale si è voluto abolire il limite temporale e geografico contenuto nell'art. 1 della Convenzione ai sensi del quale questa si applica agli «avvenimenti verificatisi anteriormente al 1° gennaio 1951 in Europa».

² In generale sulla Convenzione di Ginevra si veda, tra gli altri, M. R. SAULLE, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, Roma, 2002; P. BENVENUTI, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano 2015, p. 151 ss.; F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione Europea*, Bari, 2012.

Per quanto riguarda la definizione di rifugiato, viene in rilievo l'art. 1.A.2, ai sensi del quale per rifugiato si intende colui che «temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova fuori del Paese di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo Paese; oppure che, non avendo la cittadinanza e trovandosi fuori del Paese in cui aveva residenza abituale a seguito di tali avvenimenti, non vuole o non può ritornarvi per il timore di cui sopra». Pertanto, in tale definizione sono già contenuti i requisiti necessari per l'acquisto dello *status* di rifugiato, vale a dire: il timore motivato di essere oggetto di atti di persecuzione per una delle cause di cui al citato articolo della Convenzione; la lontananza dal proprio Paese; l'assenza di tutela da parte del proprio Stato.

La Convenzione, inoltre, viene in rilievo anche per quanto concerne il trattamento da garantire allo straniero al quale sia riconosciuto lo *status* di rifugiato. Posto che il nucleo dei diritti contemplati nella Convenzione rappresenta uno *standard* minimo di trattamento e che la Convenzione stessa contiene una clausola di apertura con la quale si salvaguardano quei trattamenti più favorevoli o quelle situazioni più vantaggiose di cui i rifugiati potrebbero beneficiare in virtù di altre norme, le Parti contraenti sono tenute a riconoscere ai rifugiati che si trovano sul loro territorio l'esercizio di una serie di diritti che valgono anche per i cittadini (come il diritto di praticare la propria religione, di ricevere l'istruzione pubblica e l'assistenza pubblica) e altri diritti che valgono per gli immigrati regolari (come l'acquisto di beni mobili e immobili, la libertà di associazione, l'esercizio di attività salariate o di un lavoro autonomo e di libere professioni, in materia di alloggio e di libertà di circolazione).

La Convenzione lascia, invece, ampia discrezionalità agli Stati parti contraenti in merito alla scelta della procedura ed alle modalità con cui può avvenire il riconoscimento. Con riferimento all'*iter* del riconoscimento, la Convenzione impone agli Stati contraenti di impegnarsi a collaborare con l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR) per favorire il più possibile l'applicazione della Convenzione e per fornire all'organizzazione ogni genere di informazione che possa risultare utile al suo lavoro³.

Con particolare riferimento alla questione del trattamento dei richiedenti asilo occorre rilevare che un riferimento indiretto si ritrova agli artt. 31 e 33.

L'art. 31 prevede che «Gli Stati non applicheranno sanzioni penali, per ingresso o soggiorno irregolare, a quei rifugiati che, provenienti direttamente dal paese in cui la loro vita o la loro libertà era minacciata nel senso previsto dall'art. 1, entrano o si trovano sul loro territorio senza autorizzazione, purchè si presentino senza indugio alle autorità ed espongano ragioni ritenute valide per il loro ingresso o la loro presenza irregolari».

L'art. 33, inoltre, impone agli Stati l'obbligo di *non refoulement*⁴. In virtù di tale obbligo gli Stati non possono respingere coloro i quali rischiano di subire nel Paese di origine atti

³ L'art. 35 così recita: «1. Gli Stati contraenti si impegnano a cooperare con l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati, od ogni altra istituzione delle Nazioni Unite che dovesse succedergli, nell'esercizio delle sue funzioni e, in particolare, a facilitare il suo compito di sorveglianza dell'applicazione delle disposizioni della presente Convenzione. 2. Al fine di permettere all'Alto Commissariato, o ad ogni altra istituzione delle Nazioni Unite che dovesse succedergli, di presentare rapporti agli organi competenti delle Nazioni Unite, gli Stati contraenti si impegnano a fornir loro in forma appropriata le informazioni ed i dati statistici richiesti relativi: a) allo status dei rifugiati; b) all'applicazione della presente Convenzione; c) alle leggi, regolamenti e decreti che sono o entreranno in vigore per quanto riguarda i rifugiati».

⁴ L'art. 33 così recita: «1. Nessuno Stato contraente potrà espellere o respingere – in nessun modo – un rifugiato verso le frontiere dei luoghi ove la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a causa della sua razza, della sua religione, della sua nazionalità, della sua appartenenza ad una determinata categoria sociale o

che pongano in pericolo la loro vita e la loro libertà per motivi di razza, religione, nazionalità, condizione sociale, opinioni politiche. Sebbene l'art. 33 faccia espresso riferimento al divieto di respingimento per i rifugiati, si ritiene che esso non possa che riferirsi anche ai richiedenti asilo, in ragione del fatto che il riconoscimento dello *status* di rifugiato ha, come è noto, natura dichiarativa e non costitutiva ed è, quindi, da considerarsi implicita la necessità di tutelare il richiedente asilo dal rischio di subire gravi violazioni dei diritti fondamentali con conseguenze irreparabili⁵.

L'importanza e l'ampia portata della previsione convenzionale di cui all'art. 33 sono inevitabilmente alla base della sua trasformazione in norma di natura consuetudinaria⁶, deducibile non solo dalla circostanza che l'art. 42 della Convenzione elenca l'articolo in esame tra le norme cui gli Stati non possono apporre riserve, ma anche dalla presenza dello stesso divieto in altri strumenti di diritto internazionale, nonché dalle affermazioni dello stesso UNHCR che lo qualifica come norma di carattere imperativo⁷.

La Convenzione, per il resto, non si occupa degli altri aspetti relativi al trattamento del richiedente asilo (sistemi di accoglienza, tempi di esame della domanda di asilo, ecc.); materia questa che, oltre ad essere di grande attualità (soprattutto per gli Stati destinatari di ingenti flussi migratori, come l'Italia) solleva anche delicate problematiche in tema di rispetto dei diritti umani.

Tuttavia, a tale riguardo, viene in rilievo la seconda delle questioni sopra menzionate. Il richiedente asilo, infatti, è beneficiario dei diritti fondamentali che appartengono ad ogni essere umano, in considerazione del fatto che i diritti umani appartengono a tutti gli individui e devono essere riconosciuti e tutelati dagli ordinamenti interni degli Stati, almeno per ciò che concerne il c.d. "nocciolo duro", vale a dire quei diritti che sono universali ed inderogabili⁸ e che hanno assunto valore di norme consuetudinarie⁹.

delle sue opinioni politiche. 2. Il beneficio di detta disposizione non potrà tuttavia essere invocato da un rifugiato per il quale vi siano gravi motivi per considerarlo un pericolo per la sicurezza dello Stato in cui si trova, oppure da un rifugiato il quale, essendo stato oggetto di una condanna già passata in giudicato per un crimine o un delitto particolarmente grave, rappresenti una minaccia per la comunità di detto Stato».

⁵ In proposito v. P. BENVENUTI, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, cit., p. 168, in cui si legge: «Il principio del divieto di respingimento si applica al richiedente asilo – non diversamente da come si applica a colui al quale sia stato riconosciuto lo status di rifugiato – come tutela prodromica rispetto all'esito della procedura. A prescindere dalla circostanza che ogni diversa soluzione sarebbe incongruente con una interpretazione coerente del sistema, ciò si spiega con la circostanza che la decisione relativa all'asilo non è costitutiva dello *status*, bensì ricognitiva di uno *status* che si acquista *ex tunc* in relazione alla presenza dei requisiti per l'eleggibilità. In altri termini, la Convenzione del 1951 definisce rifugiato, non già colui che è stato formalmente riconosciuto come tale, bensì una persona che soddisfi le condizioni previste a prescindere dalla circostanza che non sia stato (ancora) formalmente riconosciuto come tale ai sensi di una procedura di diritto interno. L'operare del principio del *non-refoulement* a favore del richiedente l'asilo costituisce, sotto altro profilo, una necessaria misura cautelare rispetto al pericolo imminente di un danno grave, ingiusto, irreparabile per la persona».

⁶ Sulla natura consuetudinaria del principio di *non refoulement* v., tra gli altri, F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in *Dir. um. dir. int.*, 4, 2010, p. 487 ss.; P. BENVENUTI, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, cit., p. 167; A. TERRASI, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Dir. um. dir. int.*, 3, 2009, p. 600, in cui si legge: «L'obbligo di *non refoulement* (...) è oggetto di previsioni *ad hoc* in svariati strumenti convenzionali di cui gli Stati contraenti la CEDU sono parte, nonché (...) di una norma di carattere consuetudinario».

⁷ UNHCR, Executive Committee, *Conclusion N. 25 (XXXIII) "General"*, 1982, par. b.

⁸ In proposito v. C. ZANGHÌ, L. PANELLA, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2019, p. 11 in cui si sottolinea che i diritti contenuti nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 "sono universali perché rivolti a tutti gli uomini, sono positivi perché se ne afferma il contenuto, se ne riconosce il valore e si pongono le basi per una loro efficace protezione"; ed ancora: "(d) questo diritto positivo, non solo

2. La condizione dei richiedenti asilo in Italia: problematiche sempre attuali

Proprio in materia di trattamento dei richiedenti asilo il sistema italiano di accoglienza è stato oggetto di forti critiche sul piano internazionale e, come si dirà oltre, ha determinato la condanna dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Se da una parte, infatti, l'ondata migratoria che il nostro Paese ha dovuto fronteggiare rappresenta un dato incontrovertibile, dall'altra troppa enfasi è stata posta dai vari governi all'aspetto "emergenziale" del fenomeno determinando così l'adozione di misure legislative che non si sono rivelate pienamente in grado di gestire i flussi migratori. In tale scenario hanno avuto buon gioco coloro i quali, per ragioni di chiara propaganda elettorale, hanno strumentalizzato il fenomeno migratorio al solo scopo di alimentare tra i cittadini un sentimento di avversione nei confronti dei migranti e sulla base di tale sentimento hanno costruito la nuova politica di immigrazione con i consequenziali provvedimenti legislativi di cui si dirà oltre.

Tuttavia, per meglio comprendere le critiche di cui si diceva occorre evidenziare i punti deboli di un sistema che avrebbe necessitato di interventi migliorativi sul piano della difesa dei diritti umani, sia per quanto concerne il piano procedurale di esame delle domande di protezione internazionale che con riferimento alle condizioni di accoglienza e assistenza dei richiedenti protezione internazionale.

Dal punto di vista procedurale, è noto che l'*iter* ha avvio con la presentazione della domanda di asilo alla questura competente che ha anche il compito di procedere all'identificazione del richiedente e di trasmettere la richiesta con la relativa documentazione alla Commissione territoriale incaricata di effettuare la valutazione della domanda di asilo¹⁰. La commissione territoriale, nell'assumere la decisione sul riconoscimento dello *status* di rifugiato, deve avere riguardo alla situazione esistente nel Paese di origine, alle dichiarazioni rese dall'interessato ed alle eventuali documentazioni allegare dal richiedente. Attenzione particolare deve essere dedicata alla situazione personale del richiedente sotto il profilo della sua condizione sociale, segnatamente il genere e l'età.

Per quanto concerne, invece, l'accoglienza ed il trattenimento il sistema italiano (almeno fino alle recenti modifiche normative introdotte nel nostro ordinamento) risultava

di natura interna, statale, ma anche ed essenzialmente internazionale, la Dichiarazione Universale costituisce indubbiamente la fonte primaria e comune seguita dalle successive iniziative sviluppatesi prevalentemente in ambito regionale. In tutti questi strumenti internazionali, operanti sia a livello universale, sia a livello regionale, nonostante le differenze che indubbiamente sussistono, non è difficile rendersi conto come l'elencazione dei diritti trova un nucleo comune a tutti i testi che affonda le sue radici nella Dichiarazione Universale".

⁹ Cfr. sentenza della Corte Internazionale di Giustizia del 27 giugno 1986, *Nicaragua c. Stati Uniti*, in ICJ Reports, 1986, p. 14. In proposito v. C. ZANGHÌ, L. PANELLA, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, cit., in cui a p. 22 si legge: "È proprio nel caso *Nicaragua* che la Corte afferma che le principali norme a protezione dei diritti umani ed i principali strumenti di diritto internazionale umanitario, attraverso la pratica generale e l'*opinio juris*, si sono tradotti in norme di diritto internazionale generale, imponendosi attraverso la via consuetudinaria anche agli Stati non parti di questi strumenti".

¹⁰ Le Commissioni territoriali sono state istituite con la legge n. 189 del 30 luglio 2002 (c.d. legge Bossi-Fini), con il compito di affiancare la Commissione nazionale per il diritto di asilo che attualmente svolge funzioni di coordinamento e controllo delle Commissioni territoriali.

alquanto complesso ed articolato, nella misura in cui prevedeva una pluralità di situazioni diverse a seconda dello *status* della persona da accogliere¹¹.

Anche in ragione di tale complessità del sistema la situazione dei richiedenti asilo in Italia ha posto una serie di problemi di cui a vario titolo si sono occupati importanti organismi internazionali operanti nel settore. Un rilievo del tutto particolare è, ovviamente, da attribuire alle posizioni assunte al riguardo dall'UNHCR, consacrate nel testo *Raccomandazioni su importanti aspetti della protezione dei rifugiati in Italia* del luglio 2013¹². In particolare, il documento si sofferma sull'accesso alla procedura di richiesta di asilo,

¹¹ Una prima forma di accoglienza è quella prevista dall'art. 20 del d.lgs 25/2008, che fa capo ai CIRA (Centri di accoglienza dei richiedenti asilo). Ai sensi dell'art. 20: «1. Il richiedente non può essere trattenuto al solo fine di esaminare la sua domanda. 2. Il richiedente è ospitato in un centro di accoglienza richiedenti asilo nei seguenti casi: a) quando è necessario verificare o determinare la sua nazionalità o identità, ove lo stesso non sia in possesso dei documenti di viaggio o di identità, ovvero al suo arrivo nel territorio dello Stato abbia presentato documenti risultati falsi o contraffatti; b) quando ha presentato la domanda dopo essere stato fermato per aver eluso o tentato di eludere il controllo di frontiera o subito dopo; c) quando ha presentato la domanda dopo essere stato fermato in condizioni di soggiorno irregolare; d) quando ha presentato la domanda essendo già destinatario di un provvedimento di espulsione adottato ai sensi dall'articolo 13, comma 2, lettere a) e b), del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, ovvero di un provvedimento di respingimento ai sensi dell'articolo 10 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, anche se già trattenuto in uno dei centri di cui all'articolo 14 del medesimo decreto legislativo. 3. Nel caso di cui al comma 2, lettera a), il richiedente è ospitato nel centro per il tempo strettamente necessario agli adempimenti ivi previsti e, in ogni caso, per un periodo non superiore a venti giorni. Negli altri casi il richiedente è ospitato nel centro per il tempo strettamente necessario all'esame della domanda innanzi alla commissione territoriale e, in ogni caso, per un periodo non superiore a trentacinque giorni. Allo scadere del periodo di accoglienza al richiedente è rilasciato un permesso di soggiorno temporaneo valido tre mesi, rinnovabile fino alla decisione della domanda. 4. La residenza nel centro non incide sull'esercizio delle garanzie inerenti alla sua domanda, nè sulla sfera della sua vita privata, fatto salvo il rispetto delle regole di convivenza previste nel regolamento di cui al comma 5, che garantiscono comunque la facoltà di uscire dal centro nelle ore diurne. Il richiedente può chiedere al prefetto un permesso temporaneo di allontanamento dal centro per un periodo di tempo diverso o superiore a quello di uscita, per rilevanti motivi personali o per motivi attinenti all'esame della domanda, fatta salva la compatibilità con i tempi della procedura per l'esame della domanda. Il provvedimento di diniego sulla richiesta di autorizzazione all'allontanamento è motivato e comunicato all'interessato ai sensi dell'articolo 10, comma 4. 5. Con il regolamento di cui all'articolo 38 sono fissate, le caratteristiche e le modalità di gestione, anche in collaborazione con l'ente locale, dei centri di accoglienza richiedenti asilo, che devono garantire al richiedente una ospitalità che garantisca la dignità della persona e l'unità del nucleo familiare. Il regolamento tiene conto degli atti adottati dall'ACNUR, dal Consiglio d'Europa e dall'Unione europea. L'accesso alle strutture è comunque consentito ai rappresentanti dell'ACNUR, agli avvocati ed agli organismi ed enti di tutela dei rifugiati con esperienza consolidata nel settore, autorizzati dal Ministero dell'interno».

Mentre un altro di tipo di accoglienza è quella affidata ai CIE (Centri di identificazione e di espulsione) di cui all'art. 21 dello stesso decreto legislativo, ai sensi del quale «1. È disposto il trattenimento, nei centri di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, del richiedente: a) che si trova nelle condizioni previste dall'articolo 1, paragrafo F, della Convenzione di Ginevra; b) che è stato condannato in Italia per uno dei delitti indicati dall'articolo 380, commi 1 e 2, del codice di procedura penale, ovvero per reati inerenti agli stupefacenti, alla libertà sessuale, al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati, o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite; c) che è destinatario di un provvedimento di espulsione, salvo i casi previsti dall'articolo 20, comma 2, lettera d). 2. Il provvedimento di trattenimento è adottato dal questore con le modalità di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286. Quando è già in corso il trattenimento, il questore chiede al tribunale in composizione monocratica la proroga del periodo di trattenimento per ulteriori trenta giorni per consentire l'espletamento della procedura di cui all'articolo 28. 3. L'accesso ai centri di permanenza temporanea e assistenza è comunque garantito ai rappresentanti dell'ACNUR, agli avvocati ed agli organismi di tutela dei rifugiati con esperienza consolidata nel settore autorizzati dal Ministero dell'interno».

¹² Il documento è consultabile al sito www.unhcr.org.

sottolineando le difficoltà dal punto di vista organizzativo (mancanza di informazioni e di assistenza legale, oltretutto ostacoli di natura amministrativa) presenti nei CIE, che possono anche determinare il rischio che il richiedente venga rimpatriato prima ancora che venga esaminata la sua domanda di asilo¹³. L'UNHCR è altrettanto critico con riferimento alla durata della procedura, nonostante l'incremento degli organi competenti ad esaminare le richieste di asilo (le c.d. commissioni territoriali)¹⁴. In proposito l'UNHCR, pur esprimendo un giudizio positivo sulle norme italiane in materia di procedura di asilo e sul lavoro delle commissioni territoriali, auspica che l'Italia si doti di un «mechanism of systematic quality monitoring» che assicuri un approccio uniforme nell'operato delle varie commissioni territoriali e capace di fornire «*minimum quality standards*» in modo particolare su aspetti procedurali¹⁵. Proprio con riferimento alle suddette commissioni l'UNHCR rileva alcune problematicità in merito alla loro composizione, nella misura in cui non è previsto che i membri debbano soddisfare i requisiti di competenza ed esperienza in materia di asilo e non è altresì disposta l'incompatibilità del loro mandato con l'esercizio di altre funzioni¹⁶.

Passando ad esaminare le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo, l'UNHCR sottolinea il forte aumento del numero dei richiedenti asilo avvenuto a seguito dell'emergenza nord-africana. Ciò ha determinato un sovraffollamento nei centri di accoglienza per richiedenti asilo (CARA) con conseguente degrado delle condizioni di accoglienza. A tal proposito, l'UNHCR raccomanda al governo italiano di effettuare un'armonizzazione della normativa in materia di accoglienza che tenga conto delle differenze tra le varie tipologie di centri esistenti (CARA, SPRAR, ecc.)¹⁷ e della differente posizione tra il richiedente asilo ed il rifugiato¹⁸, nonché delle singole condizioni dei soggetti interessati, che possono avere esigenze diverse in ragione dell'età, del sesso, dello stato di salute, ecc.

¹³ UNHCR, *Recommendations on Important Aspects of Refugee Protection in Italy*, July 2013, p. 6: «Difficulties in accessing the asylum procedure also continue to be reported from Expulsion and Identification Centers (CIEs), due to lack of legal information and assistance as well as administrative obstacles. Moreover, the lack of standard procedures concerning asylum applications by persons detained in CIE have led, in some instances, to delays in the transmission of asylum applications to the competent Immigration Office. These delays may expose asylum-seekers to the risk of repatriation prior to consideration of their asylum applications, which could create the risk of refoulement».

¹⁴ UNHCR, *Recommendations on Important Aspects...*, cit., p. 7: «Currently, as an average and based on UNHCR observation, an asylum-seeker may wait approximately 4 to 6 months from registration of the asylum application until the decision from a Territorial Commission. In some cases, waiting periods lasting over 12 months have been reported».

¹⁵ UNHCR, *Recommendations on Important Aspects...*, cit., p. 8.

¹⁶ UNHCR, *Recommendations on Important Aspects...*, cit., p. 8: «As regards the Territorial Commissions, it should be noted that members are not required by law to possess prior experience and expertise in the field of asylum and they sometimes fill other positions during their tenure as members of Territorial Commissions. The specialization of decision-makers and interpreters are not adequately guaranteed through regular induction and compulsory trainings».

¹⁷ UNHCR, *Recommendations on Important Aspects...*, cit., p. 20: «Reception conditions and standards in all reception facilities need to be harmonized at an acceptable level of quality. Given the structural differences between the various types of facilities (CARAs, CDAs, SPRAR projects, metropolitan area facilities and facilities established in the context of the emergency reception plan), the current approach could be reviewed in order to ensure adequate standards for all asylum seekers. Such a review should also examine ways to avoid hosting asylum-seekers in large facilities for long periods of time».

¹⁸ UNHCR, *Recommendations on Important Aspects...*, cit., p. 20: «Measures are also needed to ensure services provided to asylum-seekers and refugees are tailored to their distinct needs, offering the former the assistance they need pending a decision on their status, whilst providing refugees with the support they require to facilitate their integration in Italian society».

Proprio nella materia dell'accoglienza vengono in rilievo, quindi, le modifiche normative cui si faceva riferimento all'inizio del paragrafo con l'adozione della legge n. 132/2018 (meglio nota come "legge Salvini", di conversione del decreto-legge del 4 ottobre 2018 n. 113), rubricata "Immigrazione e sicurezza", che ha da subito suscitato aspre polemiche tra i difensori dei diritti umani ed i fautori dell'integrazione più ampia possibile degli immigrati¹⁹.

Non si può non sottolineare come già dall'intitolazione della nuova normativa se ne coglie lo spirito che anima l'intero articolato e che, del resto, è sempre stato fatto palese dal suo proponente. Proprio in considerazione di ciò (e per evidenti fini politici di costruzione del consenso elettorale), i due termini "immigrazione" e "sicurezza" vengono accostati con il ben preciso intento di connotare il fenomeno migratorio non solo in senso negativo, ma, addirittura, pericoloso.

È chiaro, quindi, che da tale *incipit* non può che derivare un testo caratterizzato (per più aspetti) da una decisa forma di arretramento in nome della più volte asserita esigenza di "contrastare" i flussi migratori²⁰.

Non rientrando in tale sede l'analisi dettagliata delle previsioni normative di cui alla legge in commento, si ritiene che, ai fini del presente contributo, alcuni punti meritano di essere sottolineati.

In primo luogo, l'accoglienza, fortemente ridimensionata sotto il profilo soggettivo e oggettivo sulla base di giustificazioni di natura economica, riveste ora un ruolo estremamente limitato nell'ottica dell'integrazione e rende più precaria la condizione dei richiedenti la protezione internazionale. Avere limitato le categorie dei beneficiari ed i servizi loro concessi fa sì che il cammino verso l'integrazione sia destinato solo a pochi ed, in ogni caso, non può ritenersi adeguato. Il sistema SPRAR (Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati), infatti, viene sostituito dal SIPROIMI, che riconosce l'accoglienza solo ai titolari di protezione internazionale ed ai minori stranieri non accompagnati. Quanto all'oggetto delle misure di accoglienza, esse sono fortemente ridimensionate proprio con riferimento a quelle misure volte a favorire l'integrazione (come i corsi di lingua italiana o le attività di supporto psicologico).

A ciò si aggiunga che, stante quanto disposto in materia di destinatari del provvedimento e lo spirito che anima il testo normativo, il numero di coloro i quali si

¹⁹ Per dei primi commenti alla nuova disciplina v. M. BENVENUTI, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario e degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in *Dir. imm. citt.*, 1, 2019; G. CAGGIANO, *Le recenti modifiche della legge "Salvini" su immigrazione e asilo nella prospettiva del diritto dell'Unione europea e della CEDU*, in *Post AISDUE*, I, 2019, p. 19 ss., consultabile al sito www.aisdue.eu; E. CAVASINO, *Ridisegnare il confine fra "noi" e "loro": interrogativi sulla revoca della cittadinanza*, in *Dir. imm. citt.*, 1, 2019; M. GIOVANETTI, *La frontiera mobile dell'accoglienza per richiedenti asilo e rifugiati in Italia. Vent'anni di politiche, pratiche e dinamiche di bilanciamento del diritto alla protezione*, in *Dir. imm. citt.*, 1, 2019.

²⁰ Per un'aspra critica alla normativa in oggetto v. A. RUGGERI, *Cittadini, immigrati e migranti, alla prova della solidarietà*, in *Dir. imm. citt.*, 2, 2019, in cui a p. 22 si legge: "palesamente lesivo della dignità dei migranti appare essere l'intero impianto del decreto stesso, specie con riguardo ad alcuni punti in relazione ai quali vistosa è la violazione dei diritti della persona. Si pensi, ad es., all'abolizione del "generico" permesso di soggiorno umanitario, alla lesione del diritto di difesa conseguente al venir meno del gratuito patrocinio a beneficio dei migranti cui sia stata negata la protezione umanitaria, alla revoca della cittadinanza, in palese disprezzo di plurimi disposti della Carta, già riconosciuta a persona condannata per reati di terrorismo o al rigetto della domanda di cittadinanza presentata da persona che risulti coniugata con un cittadino o una cittadina, o, ancora, al raddoppio dei tempi, già fissati in novanta giorni, di trattenimento nei Centri di rimpatrio, nei quali – non si dimentichi – la persona vive, come si sa, in condizioni persino deteriori rispetto a quelle che si hanno in carcere, e alla disciplina del respingimento alla frontiera, e via dicendo".

vedranno riconoscere lo *status* di rifugiato o quello di titolare di protezione sussidiaria dovrebbe essere nettamente ridotto, con conseguente diminuzione di coloro per i quali dovrebbe valere il trattamento sopra descritto.

Diminuzione che verrebbe poi ulteriormente accentuata qualora dovesse essere attivato il meccanismo della revoca della cittadinanza, previsto nella nuova normativa per gli stranieri divenuti cittadini italiani nel caso in cui siano stati destinatari di una condanna definitiva per uno dei reati indicati dalla nuova normativa per rinvio al codice penale²¹.

3. Il sistema italiano di accoglienza all'esame della Corte europea dei diritti dell'uomo

Proprio con riferimento al trattamento dei richiedenti asilo da parte dello Stato italiano viene in rilievo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, dalla quale si evincono sostanzialmente due ordini di violazioni da parte dell'Italia: la pratica dei respingimenti e le condizioni di accoglienza.

Con riferimento al primo tipo di violazione, occorre preliminarmente sottolineare che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali non contiene alcuna norma che espressamente ponga il divieto di respingimento di un individuo verso uno Stato in cui corra il rischio di subire trattamenti crudeli, inumani o degradanti (tranne, il caso del di espulsioni collettive di cui al Protocollo 4, art. 4²²). Tuttavia, come è noto, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha fatto ricorso alla c.d. protezione *par ricochet*, ampliando considerevolmente la portata dell'art. 3 della Convenzione («Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene inumane o degradanti»). Il diritto di un individuo a non subire tale tipo di trattamento, infatti, non può incontrare alcun limite e non conosce alcuna deroga. Uno Stato che proceda all'espulsione o al respingimento verso un Paese in cui la persona oggetto del provvedimento rischia di essere sottoposta a tortura o trattamento inumano o degradante commette violazione dell'art. 3 della Convenzione²³.

²¹ La legge n. 113/2018 ha modificato la legge n. 91 del 5 febbraio 1992, in materia di, introducendo all'art. 10^{bis} che così recita: “1. La cittadinanza italiana acquisita ai sensi degli articoli 4, comma 2, 5 e 9, è revocata in caso di condanna definitiva per i reati previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), n. 4), del codice di procedura penale, nonché per i reati di cui agli articoli 270-ter e 270-quinquies.2, del codice penale. La revoca della cittadinanza è adottata, entro tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna per i reati di cui al primo periodo, con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'interno”.

²² Ai sensi del quale: “Le espulsioni collettive di stranieri sono vietate”.

²³ In generale, sulla protezione *par ricochet* e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia v. L. MAGI, *Protezione dei richiedenti asilo «par ricochet» o protezione «par moitié»? La Grande Camera ripartisce fra gli Stati contraenti le responsabilità per violazione della Convenzione europea conseguenti al trasferimento di un richiedente asilo in attuazione del regolamento «Dublino II»*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 824 ss.; A. SACCUCCI, *Diritto di asilo e Convenzione europea dei diritti umani*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2011, p. 150 ss.; F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 103 ss. Sul rapporto tra la protezione *par ricochet* ed il divieto di allontanamento ed espulsione degli stranieri nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo v. L. PANELLA, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e quella della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di immigrazione a confronto: un contasto insanabile?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 3, 2018, p. 279, consultabile al sito www.rivistaoidu.net, in cui a p. 279 si legge: “(...) la Corte ha riconosciuto una protezione *par ricochet* (cioè indiretta) a tutti gli stranieri colpiti da un provvedimento di allontanamento o di rifiuto del permesso di soggiorno, nel caso in cui da tale provvedimento derivi una violazione per il soggetto di specifici diritti sanciti nella Convenzione stessa e si possa quindi configurare una sua violazione”.

In materia di respingimenti, celebre è il caso *Hirsi* del 23 febbraio 2012²⁴ che riguardava il respingimento collettivo di undici migranti di origine eritrea e tredici di origine somala, intercettati a largo di Lampedusa e condotti nel porto di Tripoli dal quale erano partiti²⁵, caso richiamato anche dalla giurisprudenza successiva come, per esempio, nel caso *Sharifi e altri c. Italia e Grecia* del 21 ottobre 2014, in cui i ricorrenti (32 cittadini afgani, 2 cittadini sudanesi, un cittadino eritreo) furono respinti verso la Grecia, Paese di primo ingresso²⁶. A questo proposito la Corte ricorda l'impossibilità per le Parti contraenti di ricorrere a pratiche incompatibili con la Convenzione e con i suoi Protocolli neanche di fronte alle difficoltà che hanno gli Stati (come è appunto il caso dell'Italia) di gestire i flussi migratori e i richiedenti asilo²⁷. Pertanto, l'Italia rinviando in Grecia i ricorrenti, in virtù della regola di cui al regolamento Dublino – che affida allo Stato membro dell'Unione europea in cui avviene il primo ingresso la competenza ad esaminare la richiesta di asilo – ha compiuto un'espulsione collettiva e indiscriminata violando così l'art. 4 del Protocollo 4.

Con riferimento alla presunta violazione dell'art. 3, la Corte richiama sia la citata sentenza relativa al caso *Hirsi*, sia la sentenza relativa al caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia* del 21 gennaio 2011 sotto il profilo dell'obbligo che incombe allo Stato che intende procedere al respingimento di assicurarsi, seppure nel quadro del sistema di Dublino, che il Paese di

²⁴ Questa e le altre sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo citate nel testo sono consultabili al sito www.coe.int.

²⁵ Sul tema dei respingimenti operati dall'Italia v. G. PALMISANO, *Trattamento dei migranti clandestini e rispetto degli obblighi internazionali sui diritti umani*, in *Dir. um. dir. int.*, 3, 2009, p. 509 ss.; A. TERRASI, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Dir. um. dir. int.*, 3, 2009, p. 591 ss.; M. DI FILIPPO, *L'ammissione di cittadini stranieri*, in A. M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, 2012, p. 110, in cui, a proposito della sentenza relativa al caso *Hirsi*, si legge: "Occorre (...) sottolineare che la Corte europea dei diritti umani ha recentemente affermato che il divieto di espulsioni collettive previsto nell'art. 4 Protocollo CEDU n. 4 include il divieto di svolgere operazioni di intercettazioni in alto mare e di forzata riconduzione al Paese di partenza, senza aver proceduto ad alcun accertamento dell'identità e della situazione individuale delle persone interessate. Ne consegue che, per lo meno nell'ambito europeo, le pratiche di c.d. respingimento collettivo in alto mare (o quelle in frontiera) sono contrarie a una norma internazionale (nella specie, l'art. 4 Prot. n. 4) senza che sia necessario dimostrare che nel Paese verso cui sono ricondotte le persone sussista un grave rischio di subire uccisioni arbitrarie, torture o trattamenti vietati"; V. MACCIONI, *Respingimenti in mare e diritti umani dei migranti (Nota a sentenza)*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2012, p. 740 ss. Sul caso *Hirsi v. G. CELLAMARE*, *Brevi note sulla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, in *St. integr. eur.*, 2012, p. 491 ss., F. LENZERINI, *Il principio del non refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2012, p. 721 ss.; A. LIGUORI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi*, in *Riv. dir. int.*, 2012, p. 415 ss.; U. VILLANI, *Osservazioni sulla sentenza Hirsi Jamaa e sui problemi relativi alla sua esecuzione*, in *Dir. uomo*, 2, 2012, p. 5 ss., P. MORI, *Profili problematici dell'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale in Italia*, in *Dir. Un. eur.*, 1, 2014, p. 128 ss.

²⁶ I fatti all'origine del caso riguardano 35 ricorrenti (32 cittadini afgani, 2 cittadini sudanesi, un cittadino eritreo) che avevano lasciato i propri Stati per cercare rifugio e protezione in uno dei Paesi dell'Unione europea. I 35 ricorrenti giunsero, in momenti diversi, tra il 2007 e il 2008, in varie città italiane (Bari, Ancona e Venezia), passando prima dalla Grecia. Le autorità italiane respinsero i ricorrenti verso la Grecia, Paese di prima accoglienza. Degli originari 35 ricorrenti solo una parte ha mantenuto i contatti con il proprio legale rappresentante e, pertanto, solo con riferimento a questi la Corte di Strasburgo si è pronunciata, ritenendo che gli altri non avessero più l'interesse a proseguire nel giudizio.

²⁷ A tale proposito la Corte afferma: "Sans remettre en cause ni le droit dont disposent les États d'établir souverainement leur politique en matière d'immigration, éventuellement dans le cadre de la coopération bilatérale, ni les obligations découlant de leur appartenance à l'Union européenne, la Cour entend souligner que les difficultés qu'ils peuvent rencontrer dans la gestion des flux migratoires ou dans l'accueil des demandeurs d'asile ne sauraient justifier le recours à des pratiques incompatibles avec la Convention ou ses Protocoles" (par. 224).

destinazione offra adeguate garanzie che la persona respinta non sia successivamente inviata nello Stato di origine senza che vi sia stata una valutazione dei rischi che potrebbe correre in tale ultimo Paese. Già nella sentenza relativa al caso *M.S.S.*, i giudici di Strasburgo avevano condannato il Belgio per lo stesso tipo di violazione. Allo stesso modo, nel caso *Sharifi*, l'Italia non avrebbe potuto procedere all'espulsione dei ricorrenti verso la Grecia senza una preventiva indagine sulla politica e sulla normativa in materia di asilo vigente nell'ordinamento greco. Tale analisi, infatti, sarebbe stata volta a verificare se vi fossero o meno dei rischi per i ricorrenti di essere espulsi dalla Grecia verso il loro Paese di provenienza dove avrebbero potuto essere sottoposti a trattamenti inumani e degradanti²⁸.

La Corte, dopo avere accertato, nel caso di specie, la violazione da parte della Grecia dell'art. 13 in combinato disposto con l'art. 3 in ragione della mancanza nel sistema greco di una possibilità di accedere alla richiesta di asilo e del rischio per i ricorrenti di essere espulsi verso l'Afghanistan con la conseguenza di essere sottoposti a trattamenti inumani o degradanti, ritiene che, con riferimento al comportamento delle autorità italiane, non possa che concludere nel senso della responsabilità dell'Italia per violazione dell'art. 3 nei riguardi dei 5 ricorrenti afgani, collettivamente respinti verso la Grecia (parr. 234 e 235)²⁹.

A pochi giorni di distanza da questa pronuncia, la Corte, con sentenza del 4 novembre 2014, relativa al caso *Tarakhel c. Svizzera*, torna a occuparsi della situazione dei richiedenti asilo in Italia³⁰. Anche in questo caso i giudici di Strasburgo stabiliscono che la statuizione di cui al Regolamento Dublino non può derogare all'obbligo per gli Stati parti contraenti della CEDU di garantire sempre il rispetto dei diritti umani. Pertanto, il rinvio di uno o più migranti verso lo Stato membro dell'Unione in cui era avvenuto il primo ingresso deve avvenire solo dopo un'accurata indagine sulla situazione individuale dei singoli individui e solo dopo avere adeguatamente esaminato il sistema di asilo previsto nello Stato verso cui si vuole operare il respingimento.

Ma il caso è importante anche con riferimento all'altro ordine di violazioni sopra richiamato, in quanto il sistema italiano di accoglienza (sebbene l'Italia non fosse stata chiamata in causa) è stato oggetto di attenzione dei giudici di Strasburgo. In questo caso si

²⁸ Si tratta dell'ipotesi del cosiddetto "*refoulement indirect*", descritto anche nei citati casi *M.S.S.* e *Hirsi* e sul quale la Corte così si esprime: "il appartient à l'État qui procède au refoulement de s'assurer, même dans le cadre du système de Dublin, que le pays de destination offre des garanties suffisantes permettant d'éviter que la personne concernée ne soit expulsée vers son pays d'origine sans une évaluation des risques qu'elle court" (par. 232).

²⁹ In particolare, al par 234 la Corte così si pronuncia: "Quant à la responsabilité de l'Italie découlant du refoulement des requérants vers la Grèce, la Cour ne voit pas de raison valable de s'écarter des conclusions auxquelles elle est parvenue dans l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précité (§§344-359) à l'égard de la Belgique. De surcroît, alors que dans l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* (ibidem) la Cour avait tout de même constaté que le requérant avait pu bénéficier de diverses formes d'examen individuel de sa situation par les autorités belges et de suivi de celle-ci après son refoulement vers la Grèce, rien de similaire ne se trouve établi dans la présente affaire, où les requérants ont été victimes d'expulsion collectives".

³⁰ I fatti all'origine del ricorso risalgono al luglio 2011, quando una famiglia di origine afgana (i genitori con 6 figli minorenni) sbarca sulle coste calabre e, successivamente, viene trasferita in un CARA di Bari. Da qui la famiglia, abbandonando il centro di accoglienza, si trasferisce in Austria ed in tale Stato presenta richiesta di asilo, che, però, viene respinta dalle autorità austriache, in quanto, essendo stata accertata la provenienza dall'Italia, quest'ultimo è lo Stato competente ad esaminare la domanda. A questo punto i ricorrenti lasciano l'Austria per trasferirsi in Svizzera dove presentano una nuova richiesta. La Svizzera adotta un provvedimento di espulsione verso l'Italia ed i ricorrenti, dopo avere esaurito le vie di ricorso interne previste dall'ordinamento elvetico, si rivolgono alla Corte di Strasburgo, lamentando la violazione degli artt. 3, 8 e 13 della CEDU.

trattava di stabilire se i ricorrenti (una famiglia di origine afgana) potesse essere trasferita in Italia in quanto Stato di primo ingresso.

Ed a questo proposito la Corte, nel valutare il sistema di accoglienza in Italia, sottolinea quanto esso sia complesso e variegato e, comunque, insufficiente a garantire una collocazione all'interno delle varie strutture ad ogni richiedente asilo, soffermandosi anche sulle condizioni in cui versano i migranti nelle strutture di accoglienza (significativo in tal senso è il richiamo alle citate Raccomandazioni dell'UNHCR del 2013). Nonostante la Corte affermi anche che non si può minimamente paragonare l'accoglienza italiana a quella greca che era stata alla base della decisione nel caso *M.S.S.*, resta il fatto che esistono in Italia problemi di sovraffollamento dei centri di accoglienza che possono determinare il rischio che non vi sia un posto per tutti i richiedenti asilo e che vengano sacrificati il diritto alla *privacy*, o il diritto ad un ambiente salubre e sicuro, ovvero altri diritti di portata ancora più rilevante³¹ e che comunque che non si tenga conto della singola condizione dei richiedenti asilo (per esempio della condizione del tutto particolare dei bambini, visto che nel nucleo familiare dei ricorrenti erano presenti anche minori).

Dalla giurisprudenza della Corte emerge, quindi, (e non potrebbe essere diversamente) che in materia di trattamento dei richiedenti asilo, gli Stati hanno l'obbligo di rispettare i diritti umani e di evitare l'adozione di provvedimenti che costituirebbero anche solo un rischio di possibile violazione di tali diritti.

4. Conclusioni

Il dato fondamentale che emerge dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani è che la salvaguardia dei diritti fondamentali deve essere sempre il primo obiettivo degli Stati e non può mai cedere il passo di fronte ad altri precetti normativi e neanche di fronte a situazioni particolarmente difficili da gestire da parte degli Stati di accoglienza.

Tuttavia, anche le pronunce dei giudici di Strasburgo non sono totalmente esenti da critiche.

A questo proposito occorre segnalare la sentenza della Grande Camera relativa al caso *Khlaifia e altri c. Italia* (15 dicembre 2016), in cui i giudici hanno parzialmente rivisto il giudizio della precedente sentenza del 1° settembre 2015 in cui l'Italia era stata condannata per avere violato una serie di importanti norme della Convenzione (l'art. 5 sulla libertà personale, l'art. 3 sul divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti e l'art. 4 Protocollo 4 sulle espulsioni collettive).

La Grande Camera, chiamata a decidere a seguito del ricorso presentato dal governo italiano, conferma tutte le violazioni ad eccezione dell'art. 3 con delle argomentazioni che suscitano qualche perplessità. Infatti, i giudici ritengono che in questo caso non vi sia stata violazione dell'art. 3, in considerazione: delle gravi difficoltà in cui erano avvenuti i fatti (del

³¹ Al par. 115 della sentenza si legge: “Si donc la structure et la situation générale du dispositif d'accueil en Italie ne sauraient constituer en soi un obstacle à tout renvoi de demandeurs d'asile vers ce pays, les données et informations exposées ci-dessus font toutefois naître de sérieux doutes quant aux capacités actuelles du système. Il en résulte, aux yeux de la Cour, que l'on ne saurait écarter comme dénuée de fondement l'hypothèse d'un nombre significatif de demandeurs d'asile privés d'hébergement ou hébergés dans des structures surpeuplées dans des conditions de promiscuité, voire d'insalubrité ou de violence”.

settembre 2011, quindi, in piena emergenza flussi a seguito della “primavera araba”) e della brevità della detenzione.

Non si ritiene, tuttavia, che le motivazioni della Corte siano condivisibili per due ordini di motivi. Innanzitutto, la decisione non tiene conto dell'inderogabilità dell'art. 3 e non tiene conto neanche della precedente giurisprudenza in cui, invece, le condizioni di gravi difficoltà che lo Stato doveva fronteggiare non erano considerate motivo sufficiente per giustificare la lesione dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo. In secondo luogo, il fatto che la detenzione sia stata talmente breve da non far raggiungere quella “soglia minima di gravità” tale da far configurare una violazione dell'art. 3 è un ragionamento poco convincente perché la detenzione deve essere di breve durata (il più breve possibile) ed il richiedente asilo deve rimanere il meno possibile in una condizione di incertezza.

Proprio questo caso, pur con le perplessità che suscita, dimostra come il fenomeno migratorio sia un fenomeno complesso e dalle molteplici implicazioni.

Gli Stati, tuttavia, non possono, in nome della complessità, sacrificare quei valori e principi che fanno parte di ogni società democratica, ed il rispetto dei diritti fondamentali per tutti gli individui in ogni luogo ed in ogni circostanza rientra proprio nel novero di tali valori.

ABSTRACT: Main guidelines of the European Court of Human Rights on the protection of asylum seekers in Italy

The protection of asylum seekers is strictly connected with the international protection of human rights, because every person is entitled of the fundamental rights and States are bounded to international customary norms and international treaties in this matter. Fundamental rights must be recognized and protected even if there are situations of great emergency and great difficulties in the States of destination of migration fluxes. Just for this reason the European Court of Human Rights has condemned Italy for the reception conditions. Italian system of reception is always in conditions of great vulnerability for the protection of human rights also in consideration of new regulations.

ESPULSIONE PREFETTIZIA E TENDENZE GIURISPRUDENZIALI. DIRITTI FONDAMENTALI DELLO STRANIERO, OBBLIGHI FORMALI E GARANZIE PROCESSUALI

VALENTINA PRUDENTE*

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. La disciplina in* materia di espulsione dello straniero: presupposti e limiti al potere espulsivo del prefetto. – 3. La tutela giurisdizionale: questioni di riparto e problemi di effettività. – 4.1. Il sindacato del giudice ordinario sul decreto di espulsione del prefetto. – 4.2. Il divieto di automatismi e la sua applicazione da parte del giudice ordinario. – 5. Qualche considerazione conclusiva.

1. Premesse

Uno dei temi principali a cui si affida la comunicazione di esponenti politici di ispirazione sovranista e nazionalista è costituito dalla lotta all’immigrazione “clandestina”, che andrebbe combattuta precipuamente con l’utilizzo di misure espulsive nei confronti di quei migranti che non possiedono un titolo regolare per soggiornare all’interno dei confini dello Stato¹.

Nell’opinione comune l’espulsione è divenuta uno strumento formidabile di controllo dei flussi migratori, quasi un meccanismo automatico di pronta attivazione da usare ogni qualvolta lo straniero si trovi in territorio nazionale senza una preventiva e regolare autorizzazione. Il tema dell’espulsione degli “irregolari” è stato utilizzato nella comunicazione politica italiana nello stesso modo in cui Donald Trump ha usato e continua ad usare il tema della costruzione del muro tra Stati Uniti e Messico per combattere i tentativi di ingresso clandestino nel territorio statunitense².

In realtà lo strumento espulsivo, al di là dei costi notevoli e delle difficoltà pratiche che ne caratterizzano l’utilizzazione, per il modo in cui è strutturato e per il sistema di

* Ricercatrice di Diritto amministrativo, Università di Messina.

¹ M. GABANELLI, *Migranti irregolari. Quanti ne ha rimpatriati Salvini in otto mesi di governo?*, in *Corriere della Sera, Dataroom*, 3 marzo 2019 (v. https://www.corriere.it/dataroom-milena-gabanelli/migranti-irregolari-quando-ne-ha-rimpatriati-salvini-8-mesi-governo/accb467e-3c37-11e9-8da9-1361971309b1-va.shtml?refresh_ce-cp); G. De Lorenzo, *Salvini triplica i centri di rimpatrio: ecco quanti migranti deve espellere*, in *Il Giornale*, 28 settembre 2018 (v. <http://www.ilgiornale.it/news/politica/ecco-quanti-clandestini-adesso-salvini-dovr-espellere-1580574.html>). V. anche il sito *pagellapolitica.it*, che riporta la seguente dichiarazione del Ministro dell’Interno: “Sì, a gennaio le espulsioni hanno superato gli arrivi” fatta il 28 gennaio 2019 ai microfoni di RTL 102,5 (v. <https://pagellapolitica.it/dichiarazioni/8165/si-a-gennaio-le-espulsioni-hanno-superato-gli-arrivi>). Si vedano inoltre le affermazioni di Matteo Salvini e del suo staff sull’argomento presenti sui tutti i *social network*. Sulle relazioni tra la comunicazione politica e il tema delle migrazioni cfr. AA.VV., *Migrazioni e comunicazione politica. Le elezioni regionali 2018 tra vecchi e nuovi media*, a cura di Marina Villa, Milano, 2019. Per un confronto analitico tra i programmi elettorali 2018 v. P. Bonetti, *Programmi elettorali 2018 in materia di stranieri, immigrazione, asilo e cittadinanza*, in *asgi.it*, 15 febbraio 2018 (<https://www.asgi.it/notizie/elezioni-politiche-italia-limmigrazione-nei-programmi-dei-partiti/>).

² Sull’uso strumentale del fenomeno migratorio da parte del presidente USA v. M. AMBROSINI, *Trump contro gli immigrati, una battaglia elettorale*, in *lavoc.info.it* (8 ottobre 2019).

funzionamento che lo caratterizza, non è certamente strumento che possa essere usato per il controllo dei flussi migratori, che necessita piuttosto di ben altri meccanismi studiati all'interno di politiche migratorie di ampio e lungimirante respiro³.

In questo scritto si analizzerà, in particolare, l'istituto della espulsione prefettizia regolato dall'art. 13 T.U. sull'immigrazione, esaminandone brevemente l'evoluzione e verificandone il trattamento in sede giurisdizionale, allo scopo di trovare conferma all'idea che l'espulsione amministrativa degli stranieri, più che uno strumento di controllo dei flussi migratori, è una risposta amministrativa statale individuale alla violazione da parte del singolo di norme di legge a cui l'ordinamento riconosce una particolare coerenza.

Il potere di espulsione amministrativa⁴ è tradizionalmente collegato alla funzione statale di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblici ed è sempre stato attribuito agli organi di vertice dell'amministrazione degli interni ovvero al Ministro dell'Interno e, poi, anche al prefetto⁵. Esso all'origine si configurava come potere di polizia a carattere altamente discrezionale, svincolato da limiti legislativi perché giustificato da esigenze di garanzia dell'ordine pubblico da parte dell'autorità di pubblica sicurezza⁶.

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione, se da un lato è stato profondamente innovato il quadro di riferimento generale sul trattamento degli stranieri, grazie all'introduzione della riserva di legge di cui all'art. 10 Cost., che ha sottratto all'ampia discrezionalità dell'esecutivo i poteri amministrativi esercitabili nei confronti degli stranieri, dall'altro lato, si è consolidata l'idea della sostanziale differenziabilità di posizioni giuridiche tra cittadino e straniero.

Tra cittadino e straniero, infatti, considerati uguali quanto alla titolarità astratta di certi diritti, possono esistere differenze di situazioni che giustificano un differente trattamento giuridico, con l'unico limite del rispetto del criterio di ragionevolezza⁷. Ciò consente al legislatore, fermo il principio dell'uguaglianza di posizioni tra straniero e cittadino in relazione ai diritti fondamentali, di apprezzare e regolare in maniera differente

³ Sulla funzione ripristinatoria della "sovranità territoriale violata" rivestita dalla espulsione amministrativa dello straniero, introdotta in Italia soltanto nell'ultimo trentennio, si v. A. SPENA, *La crimmigration e l'espulsione dello straniero massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2017, 495 ss., il quale osserva che «la comparsa delle espulsioni ripristinatorie sottende, dunque, un nuovo modo di concepire il senso dei confini statali, che ora, nell'immaginario pubblico e legislativo, diventano una sorta di ideale grande muraglia che chiude l'accesso agli individui estranei; accesso che può solo avvenire attraverso varchi prestabiliti ("i valichi di frontiera appositamente istituiti": artt. 4, co. 1; 10, co. 1) e solo in presenza delle richieste condizioni, sulle quali l'autorità decide con una elevata dose di discrezionalità». Il sistema così strutturato sembra sbilanciato verso una prevalenza dei meccanismi espulsivi rispetto allo stesso esercizio della giustizia penale, tant'è che l'esigenza di accertare la responsabilità penale di uno straniero cede dinanzi all'esigenza di espellerlo (v. specialmente 510, ID., op.cit.).

⁴ Sin dall'Unità d'Italia il diritto di espulsione dello Stato era costruito in modo binario: da un lato come conseguenza di condanna penale; e dall'altro lato quale misura di prevenzione atta a garantire l'ordine pubblico. Essa era prevista sia dal codice penale, che dalle leggi di pubblica sicurezza (v. M. MAZZANTI, *Espulsione dello straniero* (voce), in *Enc. Dir.*, 1966, XV, 913).

⁵ Con la nuova legge di pubblica sicurezza del 30 giugno 1889, n. 6144 (coeva al Codice Zanardelli) il potere di espulsione, riservato al vertice politico dell'amministrazione degli interni, viene attribuito anche al prefetto che lo poteva esercitare nei confronti dello straniero condannato per un delitto, scontata la pena, al momento della liberazione ed ai prefetti delle province di confine, i quali potevano allontanare gli stranieri dai Comuni di frontiera. Il prefetto, inoltre, poteva respingere alla frontiera lo straniero che non sapesse dare contezza di sé.

⁶ G. SABATINI, *Stranieri (Espulsione degli)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1971, p. 543 ss.

⁷ La Corte Costituzionale ha fissato questo principio con la sentenza del 23 novembre 1967, n. 120.

situazioni concrete, facendo uso della sua discrezionalità, senz'altro vincolo se non quello della razionalità del suo apprezzamento discrezionale⁸.

Sulla base di questa impostazione la differenziabilità delle posizioni è giustificata dalla diversità del rapporto che lega il cittadino allo Stato, rispetto allo straniero: quest'ultimo non può vantare un rapporto originario e stabile con l'ordinamento statale, ma ne possiede uno acquisito e occasionale.

All'interno di questa logica, basata sulle categorie tradizionali che si sono affermate coevamente alla nascita dello Stato moderno, si innesta il tema dei diritti fondamentali della persona in quanto tale, diritti che, spettando a tutti indistintamente, non sopportano limitazioni di *status* e con i quali si deve confrontare anche il potere amministrativo di espulsione.

È risaputo che il meccanismo delle espulsioni in Italia si struttura secondo un sistema binario che valorizza la natura plurima delle finalità perseguite, da un lato l'espulsione è intesa come misura di sicurezza, obbligatoria ad efficacia immediata, ordinata dal giudice nel caso di condanna dello straniero a pena detentiva superiore a due anni⁹; dall'altro essa è provvedimento di polizia finalizzato a prevenire perturbamenti dell'ordine pubblico o della sicurezza dello Stato a prescindere dall'accertamento di responsabilità penali, ma è pure sanzione connessa alla violazione delle norme italiane in materia di ingresso e soggiorno nel territorio nazionale.

Come anticipato, questo contributo si sofferma sull'analisi degli elementi che caratterizzano l'espulsione disposta dall'autorità amministrativa, ed in particolare dal prefetto, in caso di violazione delle norme che regolano l'ingresso e la permanenza nel territorio statale degli stranieri, nonché sui requisiti e sui limiti del potere prefettizio in questa complessa materia, alla luce delle posizioni giurisprudenziali prevalenti.

2. La disciplina in materia di espulsione dello straniero: presupposti e limiti al potere espulsivo del prefetto

Il sistema normativo sulle espulsioni amministrative attinge a fonti giuridiche di vario livello. Nell'ordinamento interno esso è disciplinato principalmente dagli artt. 9, 13, 14 e 19 del T.U. sull'immigrazione¹⁰. Si tratta di articolate disposizioni legislative che incidono su

⁸ Con la successiva sentenza del 26 giugno 1969, n. 104 la Corte afferma che «la riconosciuta eguaglianza di situazioni giuridiche soggettive nel capo della titolarità di diritti di libertà non esclude affatto che, nelle situazioni concrete, non possano presentarsi, fra soggetti uguali, differenze di fatto che il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità, la quale non trova altro limite se non nella razionalità del suo apprezzamento».

⁹ L'art. 235 c.p. così dispone: «Il giudice ordina l'espulsione dello straniero ovvero l'allontanamento dal territorio dello Stato del cittadino appartenente ad uno Stato membro dell'Unione europea, oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge, quando lo straniero o il cittadino appartenente ad uno Stato membro dell'Unione europea sia condannato alla reclusione per un tempo superiore ai due anni».

¹⁰ L'art. 9 (commi 10 e 10 bis) del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 tratta dell'espulsione dei titolari del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, dei rifugiati o degli stranieri ammessi a protezione sussidiaria e titolari del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo; l'art. 13 detta norme sull'espulsione amministrativa degli stranieri in generale; l'art. 14 disciplina l'esecuzione dell'espulsione, mentre l'art. 19 si occupa di normare i divieti di respingimento e di espulsione. Il complesso normativo, però, non si esaurisce nelle norme citate del T.U. sull'immigrazione perché, per completezza, a queste bisogna aggiungere le disposizioni di cui al d.lgs. n. 251/2007 in tema di protezione internazionale, che esclude l'operatività dell'espulsione nei confronti dei rifugiati e degli aventi diritto a protezione sussidiaria, con la sola

un contesto di valori rilevanti, incarnati nei diritti fondamentali, come la libertà personale, la libertà di circolazione e soggiorno, il diritto di difesa, e di interessi pubblici, la cui cura appartiene tipicamente alle funzioni statali, quali sono l'ordine pubblico, la sicurezza, il controllo dei flussi migratori (come delle frontiere), l'amministrazione della giustizia.

In realtà il quadro di riferimento generale è costituito anche dalla normativa internazionale, sia perché molte disposizioni statali sono state adottate o sono state modificate in ossequio a diverse convenzioni internazionali o direttive comunitarie¹¹; sia perché le norme statali sul trattamento degli stranieri sono interpretate ed applicate alla luce dell'ordinamento internazionale e comunitario.

L'art. 13 del T.U. sull'immigrazione attribuisce il potere di espulsione sia al Ministro dell'interno, che al prefetto. Il primo può disporre l'espulsione per motivi di ordine pubblico o di sicurezza nazionale, il secondo, invece, dispone l'espulsione in via amministrativa quando lo straniero: a) è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera senza essere respinto; b) in qualità di dipendente retribuito da datore di lavoro avente sede in Italia o altro paese dell'Unione europea si è trattenuto nel territorio dello Stato senza che il committente abbia inoltrato alle autorità competenti la comunicazione sostitutiva del nulla-osta; c) non abbia richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto, a meno che il ritardo non sia dipeso da forza maggiore; oppure quando: d) il permesso di soggiorno sia stato revocato o annullato o sia stato rifiutato, oppure è scaduto e non ne è stato chiesto il rinnovo; ed ancora e) quando lo straniero, entrato in Italia per visita, affari, turismo o studio, si sia trattenuto sul territorio dello Stato per più di tre mesi o oltre la scadenza del periodo di validità del visto concesso. Il prefetto può adottare il provvedimento espulsivo in una ipotesi ulteriore e cioè qualora lo straniero appartenga ad una delle categorie di soggetti destinatari di misure di prevenzione personali o patrimoniali, applicabili dal questore o dall'autorità giudiziaria¹².

Sulla base del disposto normativo i fatti che legittimano il potere prefettizio di espulsione possono essere raggruppati in due categorie: a) la prima raccoglie i casi in cui viene in rilievo la carenza originaria o il venir meno di un regolare titolo per l'ingresso ed il soggiorno sul suolo nazionale; b) la seconda i casi di condotte che sono considerate fonte di pericolosità sociale, tanto da dare luogo a misure di prevenzione e da configurare la stessa espulsione come misura preventiva.

La dottrina ha però identificato un'ipotesi che finisce per collocarsi a cavallo di queste due categorie, nel senso che viene attivata alla concorrenza dei presupposti previsti dalla prima delle due, e cioè al venir meno del titolo legittimante all'ingresso ed al soggiorno, ma nella sostanza si atteggia a misura di prevenzione, senza le relative garanzie procedurali (e giurisdizionali)¹³. Si tratta del caso in cui l'espulsione è comminata in

eccezione di coloro che possano rappresentare un pericolo per la sicurezza dello Stato o per l'ordine e la sicurezza pubblica, perché condannati con sentenza definitiva per reati per cui è prevista la pena della reclusione non inferiore nel minimo a 4 anni e nel massimo a dieci.

¹¹ Come la Convenzione di Ginevra del 1951, la Convenzione di New York del 1954, la Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo oppure la Direttiva 2008/115/CE conosciuta come Direttiva "Rimpatri" o ancora la Direttiva 2013/33/UE c.d. Direttiva "Accoglienza".

¹² Il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, intitolato *Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione ed adottato in attuazione della delega contenuta nella l. 13 agosto 2010, n. 136*, ha effettuato un complessivo riordino delle norme antimafia di natura penale, processuale ed amministrativa, rendendo necessaria anche la riforma delle misure di prevenzione, il cui *corpus* normativo fondamentale risultava assai risalente e disorganico (v. Relazione di accompagnamento al decreto legislativo).

¹³ M. INTERLANDI, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, 2018, p. 61 ss.

conseguenza della revoca del permesso di soggiorno per la sopravvenienza di motivi che avrebbero determinato il diniego di ingresso dello straniero ed in particolare qualora l'immigrato sia stato condannato per uno dei reati indicati dall'art. 4, comma 3, T.U. sull'immigrazione¹⁴. In questo caso la sentenza di condanna (anche non definitiva) comporta la revoca del permesso di soggiorno, a prescindere da un giudizio di pericolosità sociale sulla persona, e quindi indipendentemente dall'esercizio di potestà discrezionale che in quel giudizio si esprime, da parte della pubblica amministrazione. A sua volta, la revoca del permesso di soggiorno determinerà la misura dell'espulsione in modo pressoché automatico¹⁵. Secondo alcuni autori questo trattamento è ingiustificatamente discriminatorio in relazione agli stranieri residenti sul territorio nazionale, rispetto ai quali piuttosto che il giudizio (necessario) di pericolosità sociale, avrebbe luogo il mero accertamento della permanenza (o meno) dei requisiti legittimanti l'ingresso o il soggiorno¹⁶, il che finisce per comportare in automatico l'adozione della misura restrittiva.

Quanto ai soggetti destinatari dei provvedimenti espulsivi va evidenziato che, benché l'art. 13 indichi genericamente quale destinatario del provvedimento lo "straniero" (la norma recita: «l'espulsione è disposta dal prefetto quando lo straniero...»), devono essere esclusi dalla sua applicazione gli apolidi residenti, che pur essendo stranieri (in quanto non cittadini) non possono essere colpiti da provvedimenti espulsivi. L'art. 31 della Convenzione di New York del 28 settembre 1954, ratificata in Italia con l. n. 306/62, stabilisce, infatti, che non è possibile procedere alla espulsione dell'apolide con l'unica deroga della documentata sussistenza di motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico¹⁷.

¹⁴ L'art. 4 del T.U. sull'immigrazione, intitolato «Ingresso nel territorio dello Stato», stabilisce al comma 3 che «Non è ammesso in Italia lo straniero...che risulti condannato, anche con sentenza non definitiva, ...per reati previsti dall'art. 380, commi 1 e 2, del codice di procedura penale ovvero per reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'immigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite. Impedisce l'ingresso dello straniero in Italia anche la condanna, con sentenza irrevocabile, per uno dei reati previsti dalle disposizioni del titolo III, capo III, sezione II, della legge 22 aprile 1941, n. 633, relativi alla tutela del diritto di autore, e degli articoli 473 e 474 del codice penale, nonché dall'articolo 1 del decreto legislativo 22 gennaio 1948, n. 66, e dall'articolo 24 del regio decreto 18 giugno 1931, n. 773».

L'art. 5, sotto la rubrica «Permesso di soggiorno», al comma 5 dispone che: «Il permesso di soggiorno o il suo rinnovo sono rifiutati e, se il permesso di soggiorno è stato rilasciato, esso è revocato quando mancano o vengono a mancare i requisiti richiesti per l'ingresso ed il soggiorno nel territorio dello Stato...». Dal combinato disposto di queste due norme con l'art. 13 che disciplina l'espulsione, deriva che la revoca del permesso di soggiorno integra una delle cause di esclusione a prescindere da un giudizio di pericolosità sociale sullo straniero.

¹⁵ Secondo la giurisprudenza amministrativa l'autorità procedente nel caso di condanna dello straniero per i reati elencati nell'art. 4, comma 3, T.U. sull'immigrazione, non ha alcuna discrezionalità in merito alla domanda di rilascio o di rinnovo del permesso di soggiorno ed il provvedimento negativo che è tenuta ad adottare è da considerarsi "atto dovuto e vincolato" (v. Cons. St., III, 1 agosto 2014, n. 4087, in tema di condanna per reato concernente gli stupefacenti).

¹⁶ Sempre M. INTERLANDI, op. cit., p. 64. Cfr. anche G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007, p. 7 ss.; e M. SAVINO, *La libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, p. 286 ss. Sulla incompatibilità costituzionale del meccanismo espulsivo delineato dalle norme in argomento si veda l'approfondimento di M. SAVINO, *L'incostituzionalità del c.d. automatismo espulsivo*, in *Dir. amm. cit.*, n. 3, 2013, p. 37 ss.

¹⁷ La Corte di Cassazione ha stabilito che il divieto di espulsione previsto dalla convenzione di New York debba essere applicato anche all'apolide di fatto, cioè «a colui che si trova in un Paese di cui non è cittadino provenendo da altro Paese del quale ha perso formalmente o sostanzialmente la cittadinanza», a prescindere

La normativa italiana¹⁸ prevede, inoltre, categorie di soggetti in favore dei quali vige un divieto di espulsione assoluto, ancorché temporaneo: si tratta di soggetti appartenenti alle cc.dd. categorie vulnerabili come i minori di anni 18; le donne in stato di gravidanza, finché permane il loro stato e nei sei mesi successivi alla nascita del figlio; tutti gli stranieri che versano in condizioni di salute particolarmente gravi e tali da determinare una lesione significativa del diritto alla salute in caso di rientro nel Paese di origine o di provenienza. Il divieto di espulsione è normativamente previsto anche in favore degli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge di nazionalità italiana¹⁹.

Va, inoltre, rammentato che, a prescindere dall'appartenenza alla categoria degli "inespellibili", vige un divieto di espulsione (e di respingimento) verso quegli Stati in cui lo straniero può essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, di condizioni personali e sociali e che non è ammessa l'espulsione verso quegli Stati nei quali la persona rischia di essere sottoposta a tortura²⁰.

Nella materia in esame il potere pubblico è perciò soggetto a diversi limiti, innanzitutto "esterni", perché si riferiscono a qualità soggettive, *status* e condizioni della persona straniera potenzialmente destinataria del provvedimento oppure perché sottendono l'esigenza primaria di proteggere sempre e comunque diritti inviolabili dell'individuo contro potenziali aggressioni da parte di terzi.

In questa cornice si inserisce un altro limite al potere amministrativo espulsivo, che deriva anch'esso da un vincolo internazionale e che si ripercuote sulle modalità di esercizio di tale potere in concreto. Il prefetto, infatti, deve disporre l'espulsione valutando "caso per caso" (così infatti dispone l'art. 13 del T.U. «L'espulsione è disposta dal Prefetto, caso per caso, quando...»). Ciò significa che l'atto di allontanamento dal territorio nazionale dello straniero deve essere adottato individualmente, prendendo in considerazione concretamente, e non in astratto, le singole e specifiche circostanze che caratterizzano le condizioni di vita di quell'individuo. La valutazione "caso per caso" esclude l'applicazione di qualsiasi meccanismo espulsivo automatico e di massa, in osservanza al disposto dell'art. 4 del Protocollo Addizionale n. 4 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Questa previsione generale che condiziona e conforma i modi di esercizio del potere dall'interno, incidendo sull'ambito di discrezionalità attribuito dalla legge all'autorità amministrativa procedente, si declina in una specifica disposizione normativa. Ai sensi dell'art. 13, comma 2-bis del T.U. sull'immigrazione, infatti, nell'adottare il provvedimento di espulsione conseguente alla carenza di un titolo autorizzativo per la permanenza sul suolo nazionale, nei

dall'intervenuta ricognizione giudiziale della condizione di apolidia, (v. Cass. civ., I sez., 24 giugno 2019 n. 16489 con la quale la Suprema Corte ha enunciato il seguente principio di diritto «l'art. 31 della Convenzione di New York, che prevede la non espellibilità di un apolide se non nei casi di documentata sussistenza dei motivi di sicurezza nazionale e di ordine pubblico, si estende in via analogica anche alle situazioni di apolidia di fatto e/o nelle more del procedimento per accertare lo stato di apolidia, quando la situazione del soggetto emerge chiaramente dalle informazioni o dalla documentazione delle Autorità pubbliche competenti dello Stato italiano, di quello di origine o di quello verso il quale può ravvisarsi un collegamento significativo del soggetto interessato»).

¹⁸ V. art. 19 d. lgs. n. 286/1998.

¹⁹ I divieti di espulsione non riguardano i casi dovuti a motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, nei quali il provvedimento è di competenza ministeriale.

²⁰ L'obbligo di *non refoulement* previsto dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra 1951, impegnando lo Stato italiano dinanzi alla comunità internazionale, è costato all'Italia diverse condanne anche da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (come quella del caso *Hirsi Jamaa ed altri c. Italia*, CEDU, Grande Camera, 23 febbraio 2012, ric. n. 27765/2009, per violazione degli artt. 3 e 4 del Protocollo addizionale n. 4 e art.13 CEDU).

confronti dello straniero che abbia esercitato il suo diritto al ricongiungimento familiare o del familiare ricongiunto, l'organo competente dovrà tenere conto della natura ed effettività dei vincoli familiari dell'interessato, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine. Ciò significa che in tutti quei casi in cui lo straniero sia entrato in Italia irregolarmente o, pur avendo fatto ingresso con un titolo legittimante il soggiorno, in un secondo momento, perda il detto titolo, il prefetto, prima di procedere ad emanare il decreto di espulsione deve valutare, oltre a tutto il resto, anche l'interesse al mantenimento delle relazioni familiari dell'individuo, così come la solidità dei suoi legami con il territorio nazionale e con la sua terra d'origine.

A quanto sin qui detto sui presupposti per l'esercizio del potere si aggiunga, poi, che il provvedimento di espulsione, come tutti i provvedimenti amministrativi ed in particolare quelli ablativi, deve essere sempre motivato e deve essere comunicato all'interessato unitamente ad una traduzione in una lingua a lui conosciuta, ovvero, qualora non sia possibile, in una lingua veicolare (inglese, francese o spagnola, come prescrive il comma 7 dell'art. 13 T.U.).

Dall'elencazione dei limiti e dei modi di esercizio del potere espulsivo e da un sia pur superficiale raffronto con ciò che esso rappresentava nello Stato liberale²¹, si nota che la disciplina positiva collega l'esercizio della discrezionalità non alla valutazione dei presupposti del provvedimento, ma all'apprezzamento delle cause di non espellibilità. Per dirla in altre parole l'automatizzazione massima del meccanismo espulsivo, con l'enumerazione dei casi in cui il prefetto deve procedere all'adozione del provvedimento, se da un lato assottiglia il livello di discrezionalità utilizzabile per adottare la decisione di espulsione dello straniero, dall'altro ne consente il riemergere nella valutazione degli interessi rilevanti che impediscono l'allontanamento dal territorio. Accade cioè che la discrezionalità è sottratta all'autorità amministrativa nell'esercizio della funzione di tutela della sicurezza pubblica cui l'espulsione dovrebbe tendere in astratto ed è restituita ad essa nell'apprezzamento delle cause ostative all'allontanamento la cui previsione è finalizzata alla tutela di diritti fondamentali della persona. Il che dà luogo all'effetto opposto rispetto a quello che la legislazione più restrittiva in materia vorrebbe perseguire.

3. *La tutela giurisdizionale: questioni di riparto e problemi di effettività*

Uno dei temi centrali nella trattazione sui diritti degli stranieri²² è quello della portata e dei limiti della tutela giurisdizionale accordata dall'ordinamento in un quadro costituzionale che, in relazione al riconoscimento del diritto di difesa, non ammette eccezioni nei confronti del non-cittadino. La chiara enunciazione dell'art. 24 Cost. («Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi») non lascia

²¹ Nell'ordinamento post-unitario era riconosciuta una generale potestà di espulsione degli stranieri per motivi di sicurezza pubblica, fondata su principi generali dell'ordinamento e soprattutto su quelle norme che attribuivano all'autorità di pubblica sicurezza il compito di vigilare sull'osservanza delle leggi e sul mantenimento dell'ordine pubblico. Le misure espulsive di polizia erano sottratte a limiti di carattere legislativo (v. M. MAZZANTI, op. cit., p. 914).

²² La bibliografia concernente i rapporti tra immigrazione e diritti fondamentali è davvero troppo ampia per poterne dare contezza in questo scritto. Oltre ai riferimenti bibliografici già citati mi sia consentito richiamare M. IMMORDINO, C. CELONE (a cura di), *Diritto degli immigrati e diritto dell'immigrazione*, in *Nuove Autonomie*, 2/3, 2013, (numero monografico) e gli autorevoli contributi ivi raccolti.

spazio ad interpretazioni restrittive del diritto alla tutela giurisdizionale²³. Essa deve intendersi riconosciuta anche allo straniero nella sua pienezza, non potendosi ammettere una tutela soltanto formale e “cartolare”, priva di garanzie difensive che nel corso del processo si sostanziano nel diritto di essere sentiti, di essere assistiti da un difensore, ad essere messi in condizioni di conoscere e comprendere le accuse che vengono mosse²⁴ per poter partecipare consapevolmente al procedimento giurisdizionale che si sta svolgendo²⁵.

Nel momento in cui, però, si passa dal piano teorico del riconoscimento del diritto pieno alla difesa, al piano concreto della effettività della tutela, le cose si complicano, perché, come si vedrà, nell’ordito normativo si palesano alcune contraddizioni che non riescono ad essere armonizzate con l’intero sistema ordinamentale con evidenti criticità, messe in rilievo dalla dottrina in varie occasioni²⁶. Va sottolineato che nel campo delle espulsioni, il profilo di effettività della tutela assume connotati ancora più pregnanti, posto che il provvedimento incide su beni di rilievo primario e cioè sulla libertà di circolazione e di soggiorno e, nella fase dell’attuazione della misura, anche sulla libertà personale.

Tra i temi più critici vi è quello del riparto di giurisdizione²⁷. La ripartizione della giurisdizione attualmente è così delineata: spettano alla cognizione del giudice amministrativo le azioni avverso i decreti di espulsione emanati dal Ministro dell’interno per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato (comma 11, dell’art. 13); mentre la cognizione del giudice ordinario (e cioè del giudice di pace) è riservata ai decreti di espulsione prefettizi (comma 8, dell’art. 13)²⁸. Al giudice amministrativo, inoltre, compete il sindacato su diniego, revoca, annullamento, rifiuto del rinnovo permesso di soggiorno, provvedimenti tutti, che come si ricorderà, costituiscono anche il presupposto del decreto prefettizio di espulsione. Al giudice ordinario, invece, è attribuito il potere di convalida

²³ Con riferimento alla posizione degli stranieri in più occasioni la Corte Costituzionale ha evidenziato la centralità del diritto alla difesa. Si pensi alla sentenza n. 254/2007, con la quale è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 102 del d.P.R. n. 115/2002, nella parte in cui non prevedeva, per lo straniero ammesso a patrocinio a spese dello Stato, che non conoscesse la lingua italiana, la possibilità di nominare un proprio interprete; o anche alla sentenza n. 222/2004 (v. nota 21).

²⁴ Con la nota sentenza del 15 luglio 2004, n. 222, la Corte Costituzionale individua nel diritto ad essere ascoltati dal giudice con l’assistenza del difensore il c.d. nucleo incompressibile del diritto alla difesa, che pur riconoscendo in capo al legislatore una notevole discrezionalità nel prevedere modelli processuali improntati alla celerità e alla concentrazione, non può essere violato in nessun caso. Si legge in sentenza: «Tuttavia, quale che sia lo schema prescelto, in esso devono realizzarsi i principi della tutela giurisdizionale; non può quindi essere eliminato l’effettivo controllo sul provvedimento di libertate, né può essere privato l’interessato di ogni garanzia difensiva».

²⁵ M. G. CIVININI, A. PROTO PISANI, G. SCARSELLI, *La tutela dei diritti dei cittadini extracomunitari*, in *Foro it.*, I, 2000, p. 3346 ss.

²⁶ G. TROPEA, *Homo sacer? Considerazioni perplesse sulla tutela processuale del migrante*, in AA.VV., *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Atti del Convegno di Copanello, 3-4 luglio 2008, a cura di F. ASTONE, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAIITA, Soveria Mannelli, 2009, p. 163 ss.; ma anche M. INTERLANDI nella monografia già citata.

²⁷ S. D’ANTONIO, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato italiano*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2017, p. 534 ss.

²⁸ La cognizione dell’a.g.o. sui provvedimenti di espulsione emanati dal prefetto viene introdotta dalla l. n. 40/98 (legge Turco-Napolitano), che all’art. 11, commi 8, 9 e 10 individuava come rimedio all’espulsione prefettizia, il ricorso al pretore del luogo di residenza o di dimora dello straniero e stabiliva termini di presentazione e procedura. Si tratta sicuramente di una scelta politica dettata da motivazioni di tipo pratico, come ad esempio la maggiore disseminazione delle preture sul territorio nazionale, rispetto ai tribunali amministrativi.

della misura attuativa dell'espulsione e cioè dell'allontanamento coattivo disposto dal Questore.

Questa distribuzione della giurisdizione è stata ritenuta dalla Consulta coerente con le norme costituzionali e con il principio di ragionevolezza, dato che il legislatore, nell'esercizio dell'ampia discrezionalità che contraddistingue la sua attività, può prevedere di ripartire tra distinti procedimenti giurisdizionali la tutela contro provvedimenti lesivi, attribuendone la cognizione per alcuni atti al giudice ordinario e per altri atti al giudice amministrativo, sulla base di una scelta che non sia palesemente irragionevole, senza incorrere in alcuna violazione dell'art. 24 Cost²⁹.

La ragionevolezza della scelta legislativa può anche risiedere nell'idea che gli strumenti processuali prescelti rispondano alla esigenza di rafforzare la effettività, la tempestività e l'ampiezza della tutela giurisdizionale, specie se questa coinvolga i diritti della persona³⁰. Ed invero la Corte Costituzionale, usando il filtro della ragionevolezza, mostra apertura per la scelta legislativa di attribuire le controversie in materia espulsiva alla cognizione del giudice ordinario, e ciò in ragione delle implicazioni che il provvedimento di espulsione determina sui diritti di libertà dello straniero (in particolare sul diritto alla libertà personale)³¹, situazioni giuridiche inquadrate nella categoria dei diritti soggettivi.

Le posizioni espresse dalla Corte nelle citate pronunce sono state oggetto di molte critiche da parte della dottrina, che ha ritenuto poco persuasivi gli argomenti utilizzati dal giudice delle leggi, soprattutto con riferimento alla maggiore efficacia della tutela accordata dal giudice ordinario in materia di diritti fondamentali³². Non è questa la sede per tentare una ricostruzione critica del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo nell'ambito dell'esercizio di poteri amministrativi espulsivi, ma è utile, ai fini del complessivo ragionamento, evidenziare alcune aporie che derivano proprio dalla distribuzione della giurisdizione e dal problematico coordinamento tra i due sistemi processuali.

I maggiori problemi, infatti, si pongono nel caso di espulsione conseguente al provvedimento di diniego, di revoca o di mancato rinnovo del permesso di soggiorno. In questi casi lo straniero dovrà rivolgersi al giudice amministrativo per chiedere l'annullamento dell'atto emanato dal questore e, dopo la comminatoria dell'espulsione prefettizia, al giudice ordinario per ottenere l'annullamento del decreto di allontanamento.

²⁹ Si veda, Corte Costituzionale, 18 dicembre, n. 2001, n. 414 (ord.) che ha respinto la questione proposta dal TAR di Catania in relazione alla mancata concentrazione delle cause in materia di diniego del permesso di soggiorno e successivo decreto di espulsione in capo al giudice amministrativo. La Corte ha respinto la questione affermando che: «deve escludersi una palese irragionevolezza nella scelta discrezionale del legislatore di attribuire la tutela nei riguardi dei provvedimenti di espulsione alla giurisdizione del giudice ordinario, per le implicazioni, nella quasi totalità dei casi necessarie, sulla libertà personale e non solo sulla libertà di circolazione dello straniero (v. sentenza n. 105 del 2001; ordinanza n. 297/2001, che si trovi nel territorio nazionale al di fuori dei limiti di vigilanza della frontiera, per la esigenza di misure coercitive per il trattenimento e l'accompagnamento alla frontiera».

³⁰ Corte Costituzionale 28 maggio 2001, n. 165 (ord.), in merito ai poteri del giudice adito per l'annullamento del decreto di espulsione esercitabili sulla durata del divieto di reingresso. In questa occasione la Corte ha osservato che «risulta evidente il disegno legislativo di concentrare la tutela giurisdizionale attraverso una tempestiva impugnazione del decreto di espulsione, anche riguardo alle prescrizioni consequenziali previste dalla norma, come risulta confermato dalla concentrazione operata nel caso di espulsione con accompagnamento immediato associato alla "misura di cui al comma 1 dell'art. 14" (art. 13 comma 9, seconda parte)».

³¹ V. anche Corte Costituzionale, 22 giugno 2006, n. 240, che richiama l'ordinanza n. 414 del 2001.

³² V. M. INTERLANDI, op. cit., p. 102.

In questo schema è possibile che si verifichi la contemporanea pendenza dei due giudizi, visto che il ricorso al giudice amministrativo non sospende gli effetti dell'atto sfavorevole impugnato e, in attesa della trattazione del ricorso nel merito, il prefetto potrebbe legittimamente procedere con l'espulsione, che peraltro è provvedimento immediatamente eseguibile.

Il tema centrale diventa, quindi, quello della coesistenza e del collegamento tra i due procedimenti giurisdizionali: un tema su cui non v'è una posizione concorde, né in dottrina, né in giurisprudenza, e che fa emergere un concreto rischio di compromissione dell'effettività della tutela giurisdizionale³³. Le SS.UU. della Suprema Corte, con due note sentenze³⁴, hanno escluso l'esistenza di una pregiudizialità amministrativa, evidenziando la diversità di oggetto dei due giudizi e la non ricostruibilità dell'accertamento contenuto nel giudicato amministrativo quale antecedente logico-giuridico del successivo giudizio avverso l'espulsione.

L'inconfigurabilità di una pregiudizialità amministrativa impedisce l'utilizzazione dello strumento della sospensione necessaria di cui all'art. 295 c.p.c.³⁵ e cioè impedisce al giudice ordinario di sospendere obbligatoriamente il processo avente ad oggetto il decreto di espulsione, in attesa della definizione del ricorso giurisdizionale amministrativo avverso il provvedimento sul titolo autorizzativo al soggiorno.

La dottrina ha però sottolineato che, nel rispetto del principio di effettività della tutela, non dovrebbe comunque negarsi al giudice ordinario la possibilità di procedere alla disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo, che costituisce il presupposto della pronunciata espulsione³⁶.

Le questioni di riparto non sono l'unica fonte di dubbi sulla correttezza scelte legislative, poiché la dottrina ha anche denunciato la carenza di un'espressa previsione in merito all'ammissibilità delle misure cautelari in sede di giudizio dinanzi al giudice di pace³⁷; soprattutto a fronte dell'immediata attivazione delle misure attuative dell'espulsione, ed in particolare all'accompagnamento coattivo alla frontiera, che comportano notevoli implicazioni visto che, ancor più dello stesso decreto espulsivo, incidono sulla libertà personale dell'espulso³⁸.

³³ G. TROPEA, *Homo sacer?*, cit., p. 200 ss.

³⁴ Si tratta delle sentenze n. 22217 e n. 22221 del 16 ottobre 2006 delle SS.UU. della Corte di Cassazione, che ha statuito «non è consentita al giudice investito dell'impugnazione del provvedimento di espulsione, alcuna valutazione sulla legittimità del provvedimento del questore che abbia rifiutato, revocato o annullato il permesso di soggiorno ovvero ne abbia negato il rinnovo poiché tale sindacato spetta al giudice amministrativo, la cui decisione non costituisce in alcun modo un antecedente logico della decisione sul decreto di espulsione». Precisando di conseguenza che non potendo il giudice di pace operare alcun tipo di «sindacato di correttezza sull'esercizio del potere autoritativo in base al quale l'atto presupposto è stato emanato» non può spingersi fino a disapplicare quell'atto che costituisce il mero antecedente storico del provvedimento di espulsione sottoposto al suo esame, perché se così facesse finirebbe esercitare un sostanziale, ma indebito, potere di annullamento.

³⁵ La posizione della giurisprudenza non è però "monolitica", come afferma M. INTERLANDI, op cit., p. 108 citando L. GILI, *Ancora sul diritto di difesa dello straniero nel rapporto tra giudizio ordinario e quello amministrativo*, in *Dir. imm. citt.*, 2, 2001, p. 28 ss., e, N. ZORZELLA, *Il diritto di difesa dello straniero nel rapporto tra giudizio amministrativo e giudizio ordinario*, in *Dir. imm. citt.*, 1, 2001, p. 71 ss.

³⁶ G. TROPEA, *Homo sacer?*, cit., p. 202.

³⁷ E. ZAMBELLI, *Lo straniero di fronte all'esecuzione del provvedimento amministrativo di espulsione: principi costituzionali e discutibili scelte legislative*, in *Ist. fed.*, 1, 2006, p. 173 ss.

³⁸ ID., op cit., p. 176.

Il quadro generale sulla distribuzione della giurisdizione, già articolato e problematico, è stato ulteriormente arricchito dall'istituzione presso i tribunali ordinari del luogo in cui hanno sede le Corti d'Appello, di apposite sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini appartenenti all'Unione europea³⁹.

Tali sezioni sono competenti, oltre che per le controversie in tema di diritto di soggiorno dei cittadini appartenenti all'Unione europea e per quelle aventi ad oggetto l'impugnazione del provvedimento di allontanamento di questi ultimi; anche per le controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale, di protezione umanitaria, di diniego del nulla osta al ricongiungimento per motivi familiari o di altri provvedimenti dell'autorità amministrativa in materia di diritto all'unità familiare. E, per quel che qui rileva, esse sono pure competenti per cause e procedimenti che presentino ragioni di connessione con quelle espressamente affidate dalla norma e sopra indicate. Ciò significa che con riferimento ai ricorsi avverso i decreti di espulsione il legislatore opera distinzioni tra i provvedimenti adottati nei confronti di immigrati residenti in un Paese dell'Unione Europea e gli immigrati non-UE. I primi devono adire il Tribunale ordinario e utilizzare una procedura che ammette anche la eventualità della sospensione degli effetti dell'atto in via cautelare, possono proporre appello all'ordinanza del Tribunale; mentre i secondi si devono rivolgere al giudice di pace al quale non possono richiedere tutela in via cautelare e non possono azionare il secondo grado di giudizio⁴⁰.

È accaduto così che il legislatore abbia disciplinato situazioni soggettive pressoché identiche, riservando loro un differente trattamento, sulla base dell'attribuibilità al singolo di un particolare *status* personale che, però, non riesce fino in fondo a giustificare la diversità di disciplina, in una materia che involge diritti fondamentali della persona come il diritto alla difesa⁴¹.

4. *Il sindacato del giudice ordinario sul decreto di espulsione del prefetto*

Le norme in materia di espulsione non esplicitano la portata dei poteri di cognizione e di decisione del giudice ordinario in relazione al decreto di espulsione. La dottrina ritiene che il giudice, pur in assenza di una espressa previsione legislativa⁴², abbia il potere di

³⁹ Il d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, recante “Disposizioni urgenti per l’accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché di contrasto all’immigrazione illegale”, conv. con modifiche nella l. 13 aprile 2017, n. 46, agli artt. 1-5, disciplina l’istituzione delle sezioni specializzate presso i tribunali, ne stabilisce la composizione e attribuisce la competenza per materia e per territorio in ambiti definiti.

⁴⁰ La norma processuale che regola il procedimento di impugnazione del decreto di espulsione dispone l’inappellabilità dell’ordinanza che definisce il giudizio sull’espulsione dei cittadini di Stati che non sono membri dell’Unione europea.

⁴¹ Per una disamina delle controversie devolute alla giurisdizione del giudice ordinario si veda S. D’ANTONIO, op. cit., p. 553 ss.

⁴² G. TROPEA, *Homo sacer?*, cit., p. 208, secondo il quale sarebbe stato opportuno, in ossequio ai principi di legalità e di riserva di legge, che il legislatore conferisse formalmente al giudice di pace il potere di annullamento dell’atto impugnato. Lo stesso autore, ad un tempo manifesta perplessità in merito all’attribuzione ad un giudice onorario della competenza a conoscere provvedimenti incidenti su diritti fondamentali ed in particolare sulla libertà personale, op. cit., p. 207. Già molto critico sulla opportunità di affidare a giudici non professionali competenze in tema di provvedimenti *de libertate* è A. RAUTI, *Espulsione dello straniero e controllo del giudice di pace*, in *Quad. Cost.*, 2004, fasc. 4, p. 851 ss., il quale sottolinea che costoro

annullare il provvedimento amministrativo di espulsione⁴³ qualora ne riscontri la illegittimità⁴⁴. La giurisprudenza maggioritaria riconosce poteri costitutivi di annullamento dell'atto in capo al giudice ordinario, anche se non mancano posizioni più riduttive che prediligono il potere di disapplicazione⁴⁵. V'è da dire, nel silenzio del legislatore *in subiecta materia*, che l'ordinamento conosce diversi casi in cui al giudice ordinario viene attribuito il potere di annullamento dell'atto amministrativo illegittimo che incide su diritti soggettivi⁴⁶ e che in effetti ciò che garantisce la pienezza della tutela, in una ipotesi come quella in esame, è proprio l'effetto "costitutivo" del provvedimento giurisdizionale di annullamento dell'atto.

Sotto il profilo procedurale è noto che il rito è stato regolato dall'art. 18 del d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150 (*Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'art. 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69*)⁴⁷. La norma contiene poche scarse indicazioni: il procedimento si svolge secondo il rito sommario di cognizione; la competenza funzionale e per territorio appartiene al giudice di pace del luogo ove ha sede l'autorità emanante; il termine per proporre ricorso è di trenta giorni; l'ordinanza che decide non è appellabile; il procedimento deve essere definito entro venti giorni. E come già osservato non si prevede un potere del giudice di sospendere gli effetti dell'atto impugnato in via cautelare⁴⁸.

«possiedono una minore specializzazione tecnica rispetto ai "togati", considerato che l'unico requisito necessario per essere chiamati a svolgere una tale funzione rimane la laurea in giurisprudenza. Questo corrisponde, del resto, alla delimitazione della loro competenza ad ambiti di rilevanza normalmente "minore"». V. anche C. CORSI, *Un'inarrestabile indebolimento delle garanzie costituzionali nei confronti degli stranieri?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2018, disponibile in *osservatoriosullefonti.it*, 6.

⁴³ Il legislatore ha trasferito al giudice di pace la cognizione delle controversie in esame con il d.l. n. 241/2004, conv. con modifiche nella l.n. 271/2004, in conseguenza della pronuncia di illegittimità costituzionale del procedimento di cui all'art. 13, comma 5-bis del T.U. sull'immigrazione, che non prevedeva il giudizio di convalida del provvedimento di allontanamento coattivo dello straniero dal territorio nazionale, strumento questo di esecuzione dell'espulsione (Corte Costituzionale, 15 luglio 2004, n. 222). Così, dovendo assicurare allo straniero le garanzie previste dall'art. 13 Cost., il legislatore ha scelto di concentrare la competenza a conoscere della convalida e dell'espulsione in capo allo stesso giudice e ciò verosimilmente allo scopo di assicurare la massima celerità dei provvedimenti di convalida e di esecuzione delle espulsioni.

⁴⁴ Gli artt. 4 e 5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo (l. n. 2248/1865 all. E) disegnano un modello nel quale l'atto amministrativo è visto come sostanzialmente come limite alla giurisdizione del giudice ordinario. L'art. 4 stabilisce che l'a.g.o. può conoscere degli effetti dell'atto, ma non può né revocarlo, né modificarlo. L'art. 5 riconosce al giudice ordinario il potere di disapplicare l'atto illegittimo, che incidentalmente è sottoposto alla sua cognizione (M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 1983, Bologna, p. 96 e p. 233 e ss.). Il giudice ordinario quindi non può annullare l'atto amministrativo, pur se ne verifichi la illegittimità, a meno che tale potere non sia previsto da una legge (come accade nei giudizi di opposizione a sanzione amministrativa). Senonché la necessità di garantire una tutela effettiva ed anche certa e stabile, porta a ritenere che il giudice di pace possa pronunciare l'annullamento del decreto prefettizio di espulsione che ritenga affetto da vizi.

⁴⁵ S. D'ANTONIO, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 566 e la giurisprudenza ivi indicata.

⁴⁶ Si pensi al caso di opposizione a ordinanza-ingiunzione.

⁴⁷ In seguito dell'abrogazione dell'art. 13, comma 9 del T.U. sull'immigrazione dovuto all'art. 12 della l.n. 198/2002, nulla fu previsto in relazione al procedimento giurisdizionale da azionare. Il vuoto normativo è stato così colmato con l'art. 18 del d.lgs. n. 150/2011.

⁴⁸ Ed invero come ritenuto dal giudice delle leggi, poiché il procedimento avverso il decreto prefettizio di espulsione è caratterizzato da notevole speditezza, la necessità di una tutela cautelare anticipatoria dell'esito della decisione viene meno quando la legge impone che la pronuncia definitiva intervenga entro un termine breve dalla formulazione della domanda. Ma nel caso in cui il procedimento non potesse concludersi all'interno della tempistica stabilita dalla legge, per una qualsiasi ragione che causasse la patologica deviazione

Resta da chiedersi quale sia la portata del potere di cognizione del giudice di pace sull'atto espulsivo. La giurisprudenza di legittimità, muovendo dall'idea che il decreto prefettizio di espulsione sia provvedimento amministrativo obbligatorio a contenuto vincolato, riconosce al giudice di pace un potere di controllo c.d. "esterno", ovvero limitato al riscontro sull'esistenza dei requisiti di legge che ne impongono l'adozione e, quindi, sul corretto esercizio da parte dell'amministrazione statale del potere di espulsione⁴⁹. Il ruolo del giudice si presenta così abbastanza limitato, poiché finalizzato a verificare la carenza del titolo che giustifichi la presenza dello straniero entro i confini del territorio nazionale, ma non la regolarità dell'azione amministrativa che costituisce il presupposto dell'espulsione⁵⁰. La dottrina ha manifestato non poche perplessità sull'orientamento giurisprudenziale maggioritario riportato, obiettando che in un sistema come quello descritto, in cui coesistono due giurisdizioni, una del g.a. sull'atto presupposto (diniego, revoca, rifiuto del permesso di soggiorno) e l'altra del g.o. sull'atto conseguente (espulsione), la garanzia dell'effettività della tutela non può non passare dall'esercizio del potere di disapplicazione dell'atto presupposto⁵¹. I poteri del giudice ordinario, quindi, devono ritenersi confinati, secondo l'indirizzo giurisprudenziale prevalente, alla verifica dei presupposti fattuali posti a base del provvedimento espulsivo, non potendo il giudice in linea di massima conoscere l'attività amministrativa sottostante.

A fronte di tali limitazioni ai poteri dell'a.g.o., nella giurisprudenza, anche di merito, si è manifestata la tendenza alla valorizzazione dei vizi formali del decreto prefettizio ovviamente in relazione all'incidenza di essi sul diritto di difesa dello straniero. Mi riferisco a quella giurisprudenza che considera affetto da nullità il provvedimento di espulsione per mancato rispetto della consegna di una copia conforme all'originale del decreto e cioè per difetto della necessaria formalità comunicatoria, tutte le volte in cui all'espellendo venga invece comunicata una mera copia libera (o informale) dell'atto, non sottoscritta dal

dallo schema normativo, si può ammettere che il giudice dell'opposizione individui lo strumento più idoneo per sospendere l'efficacia del decreto prefettizio impugnato (Corte Costituzionale, 31 maggio 2000, n. 161).

⁴⁹ Cfr. Cass.civ., VI-1, 14 giugno 2018, n. 15676 (ord.). Nella sentenza si legge: «La questione prospettata è comunque manifestamente infondata dal momento che, per consolidata giurisprudenza di questa Corte, non esiste alcun rapporto di pregiudizialità tra il giudizio amministrativo, avente ad oggetto i presupposti per il rilascio di un titolo di soggiorno, e il giudizio ordinario sull'espulsione (*ex multis*, Cass. 12976 del 22/06/2016). Il controllo dell'autorità giurisdizionale ordinaria sul provvedimento prefettizio è quello del riscontro dell'esistenza, al momento dell'espulsione, dei requisiti di legge che lo impongono, e la mera carenza del permesso di soggiorno, anche temporanea, fa venir meno il diritto dello straniero di rimanere in Italia. La decisione del giudice amministrativo, sulle condizioni di rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro non costituisce un antecedente logico in senso tecnico rispetto a quella del giudice ordinario sul decreto d'espulsione, che legittimamente è stato emesso, nel caso di specie, a seguito della revoca del permesso di soggiorno. Infine ove il giudice amministrativo accolga il ricorso, lo straniero potrà chiedere al Prefetto, ove ne sussistano i presupposti, la revoca dell'espulsione ed in caso di rigetto dell'istanza adire il giudice di pace, per ottenere l'annullamento del provvedimento espulsivo privo del requisito dell'insussistenza di un valido titolo di soggiorno» (Cass. 6370/2004; Cass., sez. un., 22217/2006).

⁵⁰ V. anche giurisprudenza citata alla nota 34.

⁵¹ G. TROPEA, *Homo sacer?*, cit., p. 202 il quale afferma incisivamente: «Ad avviso di chi scrive, merita adesione l'orientamento che ammette la disapplicazione del giudice ordinario dell'atto presupposto. Questo sia per argomenti che riguardano nello specifico il potere di disapplicazione del giudice ordinario, sia per la già rilevata ragione che fa leva sulla compatibilità costituzionale di un sistema di doppia giurisdizione che garantisca l'effettività del diritto di difesa, in quanto le due giurisdizioni possano "comunicare" tra loro proprio attraverso l'esercizio del potere di disapplicazione».

prefetto o non recante una attestazione di conformità all'originale⁵². Su questa stessa linea si attesta quella giurisprudenza che ritiene illegittimo il decreto di espulsione sottoscritto, non dal prefetto, bensì dal vice-prefetto che non possiede la qualifica di vicario e non sia stato espressamente delegato dal titolare⁵³.

È interessante notare che in questi casi il giudice ordinario, restando indifferente al contenuto del provvedimento che potrebbe essere assolutamente conforme alla legge, dà valore ad illegittimità formali, in un contesto ordinamentale in cui – come è noto – da tempo si assiste al depotenziamento dei vizi formali dell'atto amministrativo⁵⁴.

Restando in ambito di vizi procedurali, va ricordata quella giurisprudenza che in applicazione dell'art. 13, comma 7, del T.U. sull'immigrazione considera nullo il decreto espulsivo tradotto in lingua veicolare, che non rechi una motivazione adeguata sulla indisponibilità immediata di un traduttore nella lingua comprensibile dal destinatario dell'atto⁵⁵. Il giudice di legittimità ritiene che l'assenza della motivazione sul punto, integri una nullità dell'atto non sanabile dal raggiungimento dello scopo (consistente dalla proposizione del ricorso), perché tale principio di sanatoria - proprio del diritto processuale civile - non si applica al requisito di validità del decreto espulsivo. Secondo la Suprema Corte l'onere di provare la conoscenza della lingua italiana, o di una delle lingue veicolari da parte del destinatario del provvedimento, incombe sull'amministrazione poiché, la motivata indisponibilità del traduttore è elemento legittimante della facoltà di notificare l'atto in una lingua diversa da quella parlata dallo straniero⁵⁶. Sul giudice del merito, invece, ricade il compito di esperire l'accertamento in concreto sulla conoscenza da parte del destinatario della lingua in cui è stata fatta la traduzione. In assenza di tali elementi (motivazione adeguata sulla irreperibilità immediata del traduttore o prova della conoscenza della lingua italiana o veicolare) il decreto di espulsione deve considerarsi affetto da nullità.

Vale la pena di osservare che anche in questo caso, a tutela della posizione giuridica soggettiva dell'immigrato, viene in rilievo l'aspetto "formale" della sussistenza (o meno) nell'atto di una motivazione che dia conto delle ragioni di fatto che hanno impedito all'amministrazione di esercitare il compito affidatole dalla legge ovvero di mettere in condizione l'interessato di comprendere il contenuto del provvedimento amministrativo che lo riguarda.

⁵² Cfr. Cass. civ., VI, 12 dicembre 2018, n. 32067 (ord.) che rigetta il ricorso dell'amministrazione degli interni avverso l'ordinanza del giudice di pace di Livorno n. 184 del 23.10.2017. Ma v. anche in termini Cass. civ., VI – 1, 12 novembre 2015, n. 23171 e Cass.civ., I, 4 maggio 2004, n. 8427.

⁵³ V. Cass. civ., VI-1, 26 aprile 2019, n. 11313 (ord.) che rigetta il ricorso dell'amministrazione avverso l'ordinanza del giudice di pace di Catania n. 13926 del 13.03.2018, conforme a Cass. civ., VI – 1, 20 luglio 2015, n. 15190.

⁵⁴ A parere della dottrina l'introduzione dell'art. 21-*octies* nella legge sul procedimento amministrativo, in forza delle modifiche di cui alla l.n. 15/2005, ha inciso non solo sulla rilevanza dei vizi "formali", ma sullo stesso principio di legalità, stante la previsione normativa che così dispone: «Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato». Per un ampio approfondimento in argomento si veda: S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Torino, 2006; D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubb.*, 2007, p. 385 ss.; V. CERULLI-IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, *Dir. pubb.*, 1, 2004, p. 187 ss.

⁵⁵ Cass. civ., VI, 22 maggio 2018, n. 12588 (ord.) che ha accolto il ricorso di un cittadino bengalese avverso l'ordinanza del giudice di pace di Roma n. 4348 del 25 ottobre 2016; ed anche Cass. civ., VI-1, 28 maggio 2018, n. 13323 (ord.) e più di recente Cass.civ., VI-1, 4 aprile 2019, n. 9557.

⁵⁶ Cass. civ. 15 maggio 2018, n. 11887 (ord.).

4.1. *Il divieto di automatismi espulsivi e la sua applicazione da parte del giudice ordinario*

La giurisprudenza che ha circoscritto l'ambito di operatività del sindacato del g.o., ma in particolare del giudice di pace⁵⁷, si fonda sulla dicotomia attività vincolata/attività discrezionale, alla quale viene associato il binomio diritto soggettivo/interesse legittimo. Mentre l'attività provvedimento della p.a. in tema di permesso di soggiorno è considerata attività discrezionale a fronte della quale il privato può vantare interessi legittimi, il potere espulsivo è vincolato e viene esercitato su diritti soggettivi del destinatario dell'atto. In realtà per quanto vincolato, anche il potere di espellere gli stranieri presenta aspetti sottoponibili a valutazione "discrezionale" (v. *supra* §2). L'art. 13, comma 2, riconosce al prefetto margini di discrezionalità nell'apprezzamento della natura e dell'effettività dei vincoli familiari o della stessa durata del soggiorno o, ancora, della esistenza (o meno) di legami familiari, culturali o sociali dell'immigrato con il suo paese d'origine. La stessa espressione "caso per caso" contenuta nell'*incipit* del comma 2 dell'art. 13, T.U. sull'immigrazione⁵⁸, rimanda alla necessità di individualizzare la valutazione dei presupposti normativi per l'esercizio del potere espulsivo. La Corte di cassazione ha avuto modo di affermare che: «esiste un immanente generale obbligo, introdotto dalla Direttiva 2008/115/CE di valutare caso per caso, l'esistenza delle condizioni per l'adozione della misura espulsiva, senza procedere mediante l'applicazione automatica e standardizzata dei parametri normativi» e che «la decisione relativa al rimpatrio secondo i principi stabiliti dalla Direttiva citata non può essere assunta sulla base della "semplice considerazione del soggiorno irregolare" ma deve fondarsi su "criteri obiettivi" e "caso per caso" (sesto Considerando della Direttiva 2008/115/CE), dovendo procedersi a un'attenta valutazione della situazione personale al fine di tenere nella debita considerazione la vita familiare, le condizioni di salute del cittadino di un paese terzo interessato e il rispetto del principio di non-refoulement»⁵⁹. Si tratta di affermazioni che si pongono in continuità con l'indirizzo espresso dalla Corte Costituzionale nella sentenza 18 luglio 2013, n. 202⁶⁰, con la quale è stata rimarcata la necessità di garantire un equo bilanciamento tra il diritto dello Stato membro alla conservazione di un regime di sicurezza e di controllo del fenomeno migratorio e il nucleo dei diritti della persona connessi con il divieto di *refoulement*. A tale principio generale si ispirano perciò una serie di sentenze che valorizzano il dato del corretto esercizio del potere discrezionale in relazione alla valutazione dei cc.dd. "legami familiari"⁶¹.

⁵⁷ V. nota 34.

⁵⁸ L'alinea è stato modificato con d.l. 23 giugno 2011, n. 89, convertito con modifiche nella l.n.129/2011, per completare l'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e recepire la direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio degli immigrati irregolari non UE.

⁵⁹ Cass. civ., I, 2 ottobre 2018, n. 23957 (ord.).

⁶⁰ Sugli aspetti critici della sentenza si rimanda all'autorevole commento di M. SAVINO, *L'espulsione dal territorio dello Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2014, p. 23 ss.

⁶¹ La giurisprudenza della Suprema Corte ha avuto modo di precisare che l'art. 13, comma 2-bis, d. Igs. 286/1998, dando attuazione a uno dei principi cardine della Direttiva 2003/86/CE, ha introdotto un rilevante temperamento nell'applicazione automatica delle cause espulsive previste dall'art. 13, comma 2 (lett. a e b) imponendo di tenere conto, nei confronti dello straniero che abbia esercitato il diritto alla ricongiunzione familiare o che, pur non avendolo fatto, possa vantare l'esistenza di legami familiari nel territorio dello Stato, sia per l'ipotesi dell'ingresso irregolare che per quella della mancanza del permesso di soggiorno originaria o

La giurisprudenza della Suprema Corte, ad esempio, ha asserito che l'art. 13, comma 2-bis, d. lgs. 286/1998, dando attuazione a uno dei principi cardine della Direttiva 2003/86/CE, ha introdotto un rilevante temperamento nell'applicazione automatica delle cause espulsive previste dall'art. 13, comma 2 (lett. a e b) imponendo di tenere conto, sia in fase amministrativa, sia dinanzi al giudice, nei confronti dello straniero che abbia esercitato il diritto alla ricongiunzione familiare, anche della natura e dell'effettività dei vincoli familiari, della durata del soggiorno nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il paese di origine. È stato opportunamente messo in rilievo dai giudici di legittimità che l'art. 13, comma 2 bis, d. lgs. 286/1998 recepisce un consolidato orientamento giurisprudenziale della Corte EDU, in merito all'applicazione dell'art. 8 CEDU, secondo il quale non può aversi interferenza di un'autorità pubblica nell'esercizio del diritto alla vita privata e familiare, tranne che questa ingerenza non sia prevista dalla legge e costituisca una misura necessaria per la protezione di interessi ascrivibili alla sicurezza nazionale, alla sicurezza pubblica, alla prevenzione dei reati e alla protezione della salute e della morale.

Sebbene il divieto di automatismi espulsivi nel nostro ordinamento non sia attualmente assoluto, ma resti collegato alla garanzia del rispetto della coesione familiare, non può negarsi che sono stati compiuti molti passi avanti rispetto alle previsioni "autoritarie" della legge Bossi-Fini e che vi sono spazi per un capovolgimento del rapporto regola/eccezione, che la giurisprudenza di legittimità è solita applicare al parametro normativo automatico in materia di espulsione.

5. *Qualche considerazione conclusiva*

La disamina condotta sull'espulsione amministrativa prefettizia induce a ritenere che la misura espulsiva non si presta ad essere utilizzata come strumento di controllo di flussi migratori indesiderati. Si tratta, infatti, di una misura che, sin dalle sue origini, è stata concepita per garantire l'ordine pubblico e la sicurezza da minacce provenienti da singoli individui. Essa si inquadra tra gli istituti propri del "diritto dell'eccezione" funzionale, appunto, alla protezione della sicurezza dentro i confini dello Stato⁶². In questo scritto si è cercato di evidenziare come il potere espulsivo sia circoscritto da limiti in massima parte dovuti alla esigenza di protezione dei diritti inviolabili che lo Stato riconosce alla persona in quanto tale ed indipendentemente dal suo *status* di cittadino⁶³. Si è anche rilevato che il potere espulsivo è obbligato all'ossequio di determinate forme, che fungono da "cartina al tornasole" per l'accertamento del rispetto dei medesimi diritti. La regola della valutazione "caso per caso", introdotta in adempimento degli obblighi comunitari, sbilancia l'utilizzo dello strumento espulsivo in funzione degli interessi per i quali è tradizionalmente previsto,

sopravvenuta, anche della natura e dell'effettività dei vincoli familiari, della durata del soggiorno nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il paese di origine (v. Cass. civ., n. 15632/15; n. 18608/14; n. 14176/16; n. 781/2019; n. 2954/19; n. 3031/19). Cfr anche la rassegna di giurisprudenza sempre aggiornata in *Dir. imm. citt.*, a cura di J. DI GIOVANNI e G. SAVIO.

⁶² G. Tropea, *Homo sacer?*, cit., p. 166 ss.

⁶³ Per un approfondimento dei problemi relativi al ruolo della pubblica amministrazione nell'apprezzamento dell'*humanitas* dei migranti si suggerisce il saggio di V. BERLINGÒ, *L'humanitas e la fundamentalità del diritto: il "trattamento" degli immigrati irregolari*, in *Dir. amm.*, 3, 2017, p. 529 ss.

e cioè la salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblici, e riduce la portata della misura in relazione alla mancata osservanza delle norme "cogenti" sull'ingresso ed il soggiorno nel territorio dello Stato da parte di chi non possiede la cittadinanza.

D'altra parte, già da tempo la dottrina, approfondendo i collegamenti tra il fondamento costituzionale dell'attribuzione di diritti in favore dello straniero e le politiche di contrasto all'immigrazione irregolare, è arrivata alla conclusione che i diritti fondamentali della persona costituiscano un «limite al contrasto all'immigrazione irregolare»⁶⁴.

Queste acquisizioni dottrinali, insieme alle osservazioni qui proposte, inducono a concludere come lo strumento espulsivo non si presti ad essere molto efficace per le politiche di contenimento delle migrazioni. L'insistenza di una certa classe politica sull'uso di questo strumento come soluzione al problema dell'ingresso "clandestino" o dell'irregolare permanenza dell'immigrato sul territorio dello Stato dimostra una certa incapacità di comprensione della cornice di carattere generale nel quale si iscrive il fenomeno della mobilità umana. Sono molto diffusi studi scientifici (specialmente nel campo dell'economia)⁶⁵ che dimostrano come la questione "immigrazione", fenomeno strutturale e non congiunturale, vada complessivamente inquadrata prestando attenzione, non solo alla mobilità in ingresso, ma anche a quella in uscita. E non basta. I dati elaborati sui fenomeni sociali europei evidenziano che nei prossimi venti anni in Europa emergerà un forte aumento dei posti di lavoro ed anche dei posti vacanti⁶⁶.

È opinione condivisa, dunque, che il "contrasto all'immigrazione clandestina" possa essere efficacemente realizzato con misure esattamente opposte a quelle che sino ad ora sono state proposte ovvero con la predisposizione di politiche attive caratterizzate da una programmazione di lungo termine che riapra canali di ingresso legali, favorisca la realizzazione di corridoi umanitari e predisponga servizi di integrazione efficaci che consentano a coloro che hanno elevate possibilità di ottenere il permesso di rimanere di accedere con facilità al mercato del lavoro. In altre parole, il modo più efficace per "combattere" l'immigrazione irregolare, è governare seriamente la migrazione, attività questa che continua ad essere trascurata dalle politiche migratorie del nostro governo.

ABSTRACT: Administrative Expulsion and Jurisprudential Trends: Fundamental Rights of Foreigners, Formal Obligations and Procedural Guarantees

The paper examines the administrative expulsion of foreigners, regulated by art. 13.2 of the Italian Immigration Act, to see if it could really be an effective tool in the fight against irregular immigration. By the analysis of the relevant rules and the interpretation given by the jurisprudence, it emerges that the measures of expulsion find a limit in the fundamental rights recognized to the "foreigner" as a human being. This prevents automatic use of expulsion as a compulsory measure whenever foreigners violated the rules on entry and stay in domestic borders, because in these cases the public interest in restoring the legality violated have to be balanced with fundamental rights of people, such as protection of family unity and maintenance of social relations established by foreigners during their stay in the national territory.

⁶⁴ V. F. SCUTO, che titola proprio così la sua monografia: *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano, 2012.

⁶⁵ Si vedano ad esempio i Rapporti annuali sull'immigrazione della Fondazione Leone Moressa editi da Il Mulino.

⁶⁶ Come si legge nel bell'Editoriale di N. ZORZELLA, *Il disordine sociale del decreto sicurezza*, in *Dir. imm. citt.*, 1, 2019.

LA COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA GESTIÓN DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS EN ESPAÑA, ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LAS ADMINISTRACIONES LOCALES

FERNANDO LLAGAS GELO* – MAGDALENA REIFS LÓPEZ**

SUMARIO: 1. Breve reflexión sobre el fenómeno migratorio irregular en Europa en los últimos años. – 2. El diseño y gestión de la política migratoria y de extranjería en España: Estado, Comunidades Autónomas y Administración Local. – 3. La regulación en las Comunidades Autónomas. – 4. La realidad municipal: inmediatez del problema, limitación de recursos y falta de competencias. – 4.1. El marco normativo. – 4.2. Limitaciones presupuestarias. – 5. Conclusiones y propuestas.

1. Breve reflexión sobre el fenómeno migratorio irregular en Europa en los últimos años

Los flujos migratorios irregulares, no autorizados por los países receptores, constituyen una realidad insoslayable en la Unión Europea. Por diversas razones, no es posible desatender tal realidad y los retos que la misma plantea a la Unión Europea y a todos y cada uno de sus Estados miembros¹.

Brevemente, porque ello será seguramente objeto de otras comunicaciones y estudios que se presenten al Congreso, expondremos algunas razones que nos llevan a concluir que la UE y cada uno de los Estados deben articular una solución decidida y estable a tal realidad.

La existencia de dichos flujos responde a realidades nacionales en los países emisores que propician la imperiosa necesidad de su población de abandonarlos en búsqueda de prosperidad, cuando no de supervivencia. En muchos casos, esas realidades son el resultado último de una acción, el proceso colonizador de finales del siglo XIX que alteró aquellas realidades, sociales y económicas, sin otro criterio que satisfacer las ansias expansionistas, extractivas, de las potencias europeas.

Desde la perspectiva de diferentes economistas en los dos últimos siglos², se plantea que los imperios se consolidaron durante el periodo de los últimos años del siglo diecinueve y principios del siglo veinte, fundamentalmente a partir de la competencia económica a la que contribuyó la jerarquización de las relaciones internacionales, para la que era importante contar con una capacidad económica y una gestión gubernamental que permitiera esta afectación política.

Más recientemente, la intervención en los países del Norte del Magreb, y de Oriente Próximo, sea indirectamente, en la llamada “Primavera Árabe”³; o directamente, en el

* Abogado. Profesor de la Universidad de Córdoba.

** Profesora de la Universidad de Córdoba.

¹ Según los datos de Eurostat, se produjeron movimientos migratorios desde terceros países que van desde 1,3 millones en 2015, 2 millones en 2016 y 2,4 millones en 2017.

² N. FERGUSON, *La gran degeneración, cómo decaen las instituciones y mueren las economías*, Barcelona, Debate, 2013.

³ Se desarrolló en 2011, cuyo origen se produce a partir de la quema a lo bonzo de un joven tunecino ante la desesperación por la opresión el 17 de diciembre de 2010.

derrocamiento del Régimen libio, han propiciado una gran desestabilización y sufrimiento a los habitantes de dichos países en aras de una democratización que nunca ha llegado y que difícilmente puede implantarse de forma inmediata y exógena.

Por otro lado, la UE tiene entre sus bases fundacionales principios de solidaridad e igualdad, de respeto de los derechos humanos, al margen de los cuales su identidad queda desdibujada. En estos momentos en los que tanto se cuestiona el futuro de la Unión Europea deberíamos recordar la siguiente reflexión de Jean Monnet «La Unión no se puede basar únicamente en la buena voluntad, son necesarias las reglas... Los hombres pasan, otros vendrán a sustituirnos. Lo que podemos dejarles no es nuestra experiencia personal...; lo que podemos dejarles son las instituciones»⁴. La responsabilidad institucional europea se está dejando vencer por los responsables políticos de los Estados miembros, que están perdiendo la memoria de una Europa formada también por personas que fueron forzadas a huir por la guerra y la pobreza.

La UE, y Europa misma, tienen como esencia el reconocimiento, respeto y promoción de los derechos del hombre⁵, que son predicables a cualquier persona, con independencia de su origen o nacionalidad. Estos derechos ciertamente deben convivir con el derecho de todo Estado a regular sus fronteras, a decidir los contenidos de su política de inmigración, a distinguir diferentes categorías de inmigrantes⁶ y a conforma su política migratoria.

Por último, esta realidad migratoria es una suerte de piedra de toque, para la UE, en el sentido de que sea capaz de percibir el problema como común a todos los Estados Miembros, por encima de que padezca una mayor o menor presión migratoria en sus fronteras nacionales o de que tenga mayor o menor capacidad de absorción de la población migrante. Como consecuencia de esta realidad, en el sur de Europa, existe actualmente una desconfianza hacia el proyecto europeo, sin que exista una decidida y abierta confianza en los líderes nacionales⁷.

No es objeto de la presente comunicación poner de manifiesto la respuesta que desde la UE hemos dado a esta realidad⁸. Parece a todas luces que ha sido insatisfactoria; tanto, que ha puesto en entredicho la cohesión entre los Estados miembros. Hemos pretendido externalizar las soluciones, dejando en manos de países terceros la gestión de un problema humanitario que teníamos a nuestras puertas en cuya gestión hemos preferido no implicarnos.

⁴ Discurso pronunciado por J. Monnet en Estrasburgo el 11 de septiembre de 1952.

⁵ En este sentido la proclamación de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, el 7 de diciembre de 2000, supuso un elemento importante en el camino hacia la definición de una política europea de Derechos Humanos.

⁶ S. FLORENSA, *Dossier: Europe and the Mediterranean. The New Mediterranean Geopolitical Framework*: «From the EU Perspective From a migration perspective, we can add two additional phenomena to these structural demographic changes in the Euro-Mediterranean area. One, which is circumstantial, is the enormous flow of refugees arriving in Europe, particularly those fleeing the war in Syria. Arrivals peaked in 2015, with the arrival of 1.5 million refugees, which caused and continues to cause a tremendous furore among populist demagogue politicians, who remain agitated over a phenomenon that largely belongs to the past. This is not the case, however, with economic migration. Europe is facing a dramatic situation concerning people from the Sahel and the Sub-Saharan countries, where populations are being pushed into what is potentially a continuous mass exodus to flee poverty and the lack of opportunities».

⁷ C. ARES, L. BOUZA (eds.), *Política de la Unión Europea. Crisis y continuidad*, Madrid, Centro de Investigaciones sociológicas, 2019.

⁸ Vid. para ello: B. BECERRIL ATIENZA, J. A. PAREJO GÁMIR, B. SÁNCHEZ ALONSO, *Migración y asilo: nuevos retos y oportunidades para Europa*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

Ciertamente, las Instituciones Europeas han reaccionado tímidamente ante el auge de los euroescépticos y ha establecido diferentes medidas para atajar la situación. Creó unos fondos de ayuda económica para apoyar a los Estados miembros en la gestión de esta crisis; el más importante, el Fondo de Asilo, Migraciones e Integración (FAMI) establecido para el periodo 2014-2020, cuyos recursos globales son de 3.137 millones de euros. Además, la Comisión Europea, propuso el 13 de mayo de 2015 la Agenda Europea de Migración, en la que se traza una estrategia de amplio alcance dirigida a abordar las medidas inmediatas para hacer frente a la crisis en el Mediterráneo, así como a dotar a la UE de los instrumentos necesarios para gestionar mejor la migración a medio y largo plazo, en los ámbitos de la migración irregular, las fronteras, el asilo y la migración legal.

A la vista de los informes presentados sobre la aplicación de estas medidas, desde la Comisión Europea se manifiesta que se quiere pasar de respuestas *ad hoc* a soluciones proactivas y permanentes. Desde esta premisa se presentó, en diciembre de 2018, la comunicación «La gestión de la migración en todos sus aspectos: avances en el marco de la Agenda Europea de Migración», en la que, según las palabras de presidente Jean-Claude Juncker, en el Estado de la Unión Europea 2018 «necesitamos una mayor solidaridad, tanto en el presente como de cara al futuro, y debe tratarse de una solidaridad perdurable». En ese mismo discurso reconocía la necesidad de la solidaridad entre los Estados miembros; no en vano es uno de los principios fundamentales de la Unión europea, recogido en el art. 1 del Tratado de la Unión Europea. A pesar de las actuaciones mencionadas, se ha puesto de manifiesto una tremenda insolidaridad a la hora de afrontar la cuestión con relación a aquellos países, entre ellos Italia y España, que más directamente se veían afectados por la cuestión.

2. El diseño y gestión de la política migratoria y de extranjería en España: Estado, Comunidades Autónomas y Administración Local

En España, las competencias en materia de política migratoria están centralizadas en la Administración General del Estado, con participación muy tangencial de las Comunidades Autónomas y de los Ayuntamientos. El art. 149 1. 2ª de la Constitución española (CE) reserva al Estado, como competencias exclusivas en materias de «nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo». En desarrollo de esta previsión constitucional, el art. 2 bis («La política inmigratoria») de Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (LOEX) y su integración social establece que «1. Corresponde al Gobierno, de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1.2.ª de la Constitución, la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política de inmigración, sin perjuicio de las competencias que puedan ser asumidas por las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales».

La Ley contiene una relación de los principios que han de regir el ejercicio de dicha política, entre los que cabe destacar algunos con notable impronta social, como los recogidos en las letras c) y g) del punto 2 del citado precepto: «c) la integración social de los inmigrantes mediante políticas transversales dirigidas a toda la ciudadanía; g) la lucha contra la inmigración irregular y la persecución del tráfico ilícito de personas». El punto 3. Establece que el «El Estado garantizará el principio de solidaridad, consagrado en la

Constitución, atendiendo a las especiales circunstancias de aquellos territorios en los que los flujos migratorios tengan una especial incidencia».

Por su parte el art. 2 ter establece la promoción de la plena integración de los extranjeros en la sociedad española, en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas sin más límite que el respeto a la Constitución y la Ley, promoviendo la integración y la participación económica, social, cultural y política⁹.

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que contiene la última reforma de calado de la LOEX reconocía que «La inmigración es una realidad que está en constante cambio. Por ello, el legislador está obligado a adaptar su normativa reguladora, si quiere que la misma proporcione soluciones efectivas a los nuevos retos que se plantean. Además, el fenómeno migratorio ha adquirido tal dimensión en España y tiene tales repercusiones en el orden económico, social y cultural que exige que por parte de los poderes públicos se desarrolle una actuación decidida en diversos frentes, incluido el normativo. Por lo tanto, los poderes públicos deben ordenar y canalizar legalmente los flujos migratorios de tal manera que los mismos se ajusten a nuestra capacidad de acogida y a las necesidades reales de nuestro mercado de trabajo».

Fruto de esta realidad, constatada por el legislador fue la reforma operada por la citada Ley Orgánica, que introdujo en la misma los artículos 2 bis a los que hemos hecho referencia, y en el art. 2 ter 4, la previsión y el instrumento presupuestario que debería dar respuesta a las necesidades humanitarias y sociales generadas por el fenómeno migratorio. En dicho apartado, tras postular la necesaria cooperación entre las distintas administraciones públicas, se prevé que, «De conformidad con los criterios y prioridades del Plan Estratégico de Inmigración, el Gobierno y las Comunidades Autónomas acordarán en la Conferencia Sectorial de Inmigración programas de acción bienales para reforzar la integración social de los inmigrantes. Tales programas serán financiados con cargo a un fondo estatal para la integración de los inmigrantes, que se dotará anualmente, y que podrá incluir fórmulas de cofinanciación por parte de las Administraciones receptoras de las partidas del fondo».

El mecanismo previsto era el establecimiento de un Plan Estratégico de Inmigración en el seno del cual se fueran desarrollando programas bienales, que serían financiados por un fondo que debería ser dotado presupuestariamente cada año con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. Estos programas podrían ejecutarse con cargo a dicho fondo exclusivamente, o previendo mecanismos de financiación compartida con otras administraciones.

Ello comporta, según la justificación de la norma, acciones formativas, «con medidas específicas para favorecer la incorporación al sistema educativo, garantizando en todo caso la escolarización en la edad obligatoria, el aprendizaje del conjunto de lenguas oficiales, y el acceso al empleo como factores esenciales de integración».

⁹ E. AJA FERNÁNDEZ, *La integración social de los inmigrantes*, en D. BOZA MARTÍNEZ, F. J. DONAIRE VILLA, D. MOYA MALAPEIRA, (Coord.), *Comentarios a la reforma de la ley de extranjería (LO 2/2009)*, Valencia, 2011, p. 25 ss.: «Cuando se inicia la reforma legal última, es imposible seguir ignorando el enfoque de la integración, porque en los diez últimos años se ha pasado de 900.000 extranjeros a más de 5 millones y su presencia en los barrios, las escuelas y todos los servicios es evidente, con las lógicas dificultades de adaptación y también con algunos brotes de xenofobia que pueden ir a más».

También se prevé en este sentido (art. 2 ter p. 3) que la Administración General del Estado coopere con las Comunidades Autónomas, Ceuta y Melilla y Ayuntamientos en el marco de un plan estratégico plurianual que debe incluir entre sus objetivos la integración de los menores extranjeros no acompañados. «En todo caso, la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos colaborarán y coordinarán sus acciones en este ámbito tomando como referencia sus respectivos planes de integración»¹⁰.

La regulación era consecuencia de una realidad incuestionable: que la cuestión migratoria afectaba a todas y cada una de las administraciones públicas, que no podían permanecer impasibles ante los retos que el fenómeno demandaba. De hecho, como luego referiremos con relación a la Comunidad Autónoma Andaluza, limítrofe con las costas del norte de África, no pocas Comunidades Autónomas habían incorporado en sus Estatutos de autonomía previsiones que sirvieran de título a su acción sobre la cuestión, aun no de forma pacífica por cuanto por el Estado se promovió conflicto de competencias en el caso de Cataluña.

El art. 68 de la Ley (en la redacción operada por la Ley Orgánica 2/2009) se ocupa de la coordinación entre las Administraciones Públicas, previendo que las Comunidades Autónomas con competencias en la ejecución de la concesión de la autorización inicial de trabajo, deberán desarrollarlas en necesaria coordinación con las competencias estatales en materia de extranjería, inmigración y autorización de residencia¹¹. Con relación a las

¹⁰ La redacción del apartado no es muy clara a la hora de determinar su funcionamiento. Así, D. MOYA MALAPEIRA, A. OLESTI RAYO, *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*, Tirant lo Blanch, 2012: «debe clarificarse el vínculo entre el Plan plurianual, que es del Estado y actualmente incluye partidas presupuestarias de los diferentes ministerios, del Fondo Estatal de Integración, que actualmente subvenciona las actividades de las CC.AA. y de los Ayuntamientos en una serie de ámbitos que el Estado considera conveniente reforzar, y que hasta la fecha se determinaban por acuerdo con las CC.AA. Con la actual redacción cabe preguntarse si no se pretende vincular el Plan al Fondo y si ello no modifica la naturaleza del Fondo, de instrumento complementario a instrumento principal de inversión estatal en esta materia. Igualmente, la Ley podría concretar algo más la organización y funcionamiento del Fondo, para evitar que sea la Ley de Presupuestos de cada año (y los pactos políticos que la sostienen) la que determine libremente la cuantía del mismo. En este sentido, parecería conveniente que en la determinación de las cuantías y operación del Fondo participaran las CC. AA., por ejemplo, mediante la Conferencia Sectorial de Inmigración, ahora expresamente reconocida en el nuevo texto legab».

¹¹ J. CABEZA PEREIRO, *El rol coordinativo de las diferentes Administraciones Públicas: la conferencia sectorial de inmigración*, en *Los derechos de los extranjeros en España*, edición nº 1, Editorial La Ley, Madrid, junio 2010. Concluye el autor, con sólido fundamento, que «en conclusión, que la Ley no ha pretendido realzar las instituciones de coordinación administrativa, sino más bien limitarlas. Ya se ha dicho que no había pretendido, en la práctica, sustituir el anterior Consejo Superior por la Conferencia Sectorial, sino tan sólo suprimir aquél a través del reconocimiento de rango legal a ésta. En la misma línea, ha omitido deliberadamente la constitución de la Agencia de Inmigración y Emigración comprometida en la III Conferencia de Presidentes de CC.AA. No ha sido ésta una omisión casual sino deliberada. De hecho, el Dictamen del Consejo Económico y Social 1/2009, de 28 enero, había declarado al respecto que “el CES considera necesario [...] la creación de una agencia o entidad pública estatal que, con las necesarias competencias y recursos, se ocupe de la coordinación de todas las políticas relacionadas con las migraciones, con la necesaria participación de las diferentes Administraciones, así como de los interlocutores sociales [...]”. Es evidente que la Ley, en este punto, no atendió la sugerencia del CES. Por supuesto, la Conferencia no asume la estructura ni las funciones del Consejo Superior de Política de Inmigración. Desde el punto de vista de las funciones, debe hacerse hincapié en que desaparece el informe anual sobre la situación de empleo e integración social de los inmigrantes. La generalidad de las demás funciones previstas en el RD 344/2001 produce que, en la práctica, todas puedan ser asumidas con naturalidad por la Conferencia Sectorial excepto una: la emisión del informe al establecimiento por el Gobierno del contingente de mano de obra».

autorizaciones por arraigo¹², el punto 3 del art. 68 establece que «las Comunidades Autónomas o, en su caso, los Ayuntamientos, emitirán un informe sobre la integración social del extranjero cuyo domicilio habitual se encuentre en su territorio.» Y por último, se prevé en el art. 70 la existencia de un Foro para la Integración Social de los Inmigrantes «constituido de forma tripartita y equilibrada, por representantes de las Administraciones Públicas, de las asociaciones de inmigrantes y de otras organizaciones con interés e implantación en el ámbito migratorio, incluyendo entre ellas a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, constituye el órgano de consulta, información y asesoramiento en materia de integración de los inmigrantes»¹³.

El Real Decreto 3/2006, de 16 de enero de 2006 regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento del Foro para la integración social de los inmigrantes. En el último Informe se destacaba que, «Sin embargo, la gestión de la inmigración está totalmente determinado por el mapa competencial autonómico que fragmenta aún más las políticas de inmigración, dado que la mayor parte de las CCAA han adoptado planes de integración de inmigrantes, los municipios han diseñado planes locales de integración en un momento en que el la dotación presupuestaria limitada ha evidenciado la necesidad de la gobernanza en los distintos niveles en España y la urgencia de reforzar los mecanismos de coordinación y cooperación entre las distintas Administraciones públicas».

El esquema propuesto por la Ley no es un dechado de claridad y precisión en lo que respecta a cómo deben coordinarse las distintas Administraciones públicas en la gestión de la política migratoria y los servicios y actividades que le son inherentes¹⁴. La reforma del

¹² Para una detallada relación de procedimientos, vid. M. A. GARCÍA VALDERREY, *Sobre los procedimientos de las actuaciones municipales en relación a los informes de arraigo social en las autorizaciones de residencia para extranjeros El Consultor de los Ayuntamientos*, N° 2, Sección Zona Local/Práctica Local, Madrid, febrero 2018.

¹³ El Tribunal Constitucional (Sentencias de 28.04 y de 20.05.83) ha insistido en que con la coordinación se persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitándose contradicciones y reduciéndose disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían respectivamente la realidad misma del sistema. Esta facultad, insiste el TC, debe ser entendida como fijación de medios para conseguir: información recíproca, homogeneidad técnica, fijación de las autoridades competentes, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema. Los medios para asegurar la coordinación pueden ser (vid. Sentencia del TC de 5.08.81 sobre la LOAPA): 1. La creación de órganos de colaboración siempre que sean únicamente deliberantes o consultivos. 2. La elaboración de planes sectoriales en los que se definan los intereses supralocales y se fijen objetivos y prioridades. 3. Petición de información.

¹⁴ Véase como ejemplo de esta problemática la STC 154/2013 de 10 de septiembre de 2013 es de especial interés para delimitar el ámbito de competencia estatales y autonómicas en materia de acción social a las personas inmigrantes. Se trataba de dilucidar si la competencia sobre subvenciones públicas para la habilitación de plazas de alojamiento, con la finalidad de proporcionar un alojamiento digno a los trabajadores migrantes tenía encaje en los títulos competenciales autonómicos en materia de inmigración (art. 138.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña) y servicios sociales (art. 166 del Estatuto de Autonomía de Cataluña), o en las competencias del Estado sobre inmigración del art. 149.1.2 CE y sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica del art. 149.1.13 CE. El TC recordó «lo afirmado en la STC 31/2010, de 28 de junio, pues “la evolución del fenómeno migratorio en España impide configurar la competencia estatal ex art. 149.1.2 CE como un título horizontal de alcance ilimitado que enerve los títulos competenciales de las Comunidades Autónomas de carácter sectorial con evidente incidencia en la población migratoria, en relación con la cual han adquirido especial importancia las prestaciones de determinados servicios sociales y las correspondientes políticas públicas (educación, asistencia social, sanidad, vivienda, cultura, etc.)” (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 83)». Y que «en el ámbito de la prestación de servicios públicos a los inmigrantes en ejercicio de sus derechos sociales – por ejemplo, educación, sanidad, vivienda, servicios sociales o cultura – el Estado siempre podrá ejercer sus competencias específicas reservadas en los diversos títulos del art. 149.1 CE – competencias, por ejemplo, en materia de educación, sanidad o régimen

Reglamento de Extranjería operada por el Real Decreto 1162/2009, de 10 julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social fue uno de tantos intentos de dar una solución a un problema, el de la insatisfactoria y fluctuante gestión de la política migratoria, que adolecía de un defecto irresoluble: la falta de voluntad de dotar presupuestariamente dicha política, a través de una política decidida a medio y largo plazo que diera una respuesta cierta a la cuestión.

Por otra parte, la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 3 de junio de 2005 creó la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración como un «órgano de interlocución permanente, entre la Administración General del Estado y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de carácter estatal, en materia de gestión de flujos migratorios», que ofrece un cauce a la participación de los agentes sociales para que la «gestión de flujos migratorios pueda cumplir con mayor eficacia la finalidad de satisfacer las necesidades de empleo no cubiertas por trabajadores residentes, de conformidad con la normativa, tanto de inmigración como laboral y velando por la garantía de los derechos de los trabajadores nacionales y extranjeros» (exposición de motivos del reglamento).

Cada una de las sucesivas reformas de la Ley, o de sus desarrollos normativos, ha incidido en la necesidad de abordar la coordinación entre todas las Administraciones Públicas territoriales. Si bien en un primer momento fueron el Estado y las CC.AA. las más directamente concernidas por la cuestión, pronto una notable inacción de ambas administraciones dejaría en manos de muchos ayuntamientos y diputaciones provinciales la necesidad de hacer frente a un problema que se encontraban en sus mismos territorios.

A grandes rasgos estos son los instrumentos y cauces de coordinación¹⁵, que sin duda no han ofrecido ni un instrumento adecuado, ni mucho menos han deparado una solución a los retos que plantea la realidad migratoria.

3. La regulación en las Comunidades Autónomas

Las Comunidades Autónomas han procedido en esta materia con disparidad de criterios a la hora arrogarse competencias en la materia. En líneas generales, todas prevén en sus estatutos la posibilidad de participar en la coordinación de la política de inmigración conferida al Gobierno. Los que más intensamente se manifiestan en el sentido de asumir

de la Seguridad Social. Sin embargo, se debe excluir que sobre tal ámbito incida la competencia reservada al Estado en el artículo 149.1.2 CE». El TC concluye que se han invadido las competencias de la Comunidad autónoma que puede desplegar acciones sociales en materia de inmigración y extranjería y no así el Estado.

¹⁵ Como resume y sistematiza J. CASTELAO RODRÍGUEZ, *Inmigración y solidaridad en Reglamento de población y demarcación territorial*, edición nº 3, Madrid, noviembre 2011. «El Tribunal Constitucional (Sentencias de 28.04 y de 20.05.83) ha insistido en que con la coordinación se persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitándose contradicciones y reduciéndose disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían respectivamente la realidad misma del sistema. Esta facultad, insiste el TC, debe ser entendida como fijación de medios para conseguir: información recíproca, homogeneidad técnica, fijación de las autoridades competentes, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema. Los medios para asegurar la coordinación pueden ser (vid. Sentencia del TC de 5.08.81 sobre la LOAPA): 1. La creación de órganos de colaboración siempre que sean únicamente deliberantes o consultivos. 2. La elaboración de planes sectoriales en los que se definan los intereses supralocales y se fijen objetivos y prioridades. 3. Petición de información».

competencias en la materia son el andaluz y el catalán¹⁶. Algunas Comunidades han aprobado leyes específicas sobre la materia¹⁷. Más allá de ello, ha sido la efectiva intervención en la gestión de la materia lo que más bien ha ido determinado un cambio en la normativa estatal, a la que antes hemos hecho referencia. Desde las premisas de los títulos competenciales previstos en distintos apartados del art. 148 de la CE, que contiene una relación de las competencias que pueden asumir las Comunidades Autónomas, muchas de ellas han desplegado una actividad administrativa, más o menos intensa, en materias como sanidad, vivienda, ejecución y desarrollo de la legislación laboral y de seguridad social, y, sobre todo en materia de asistencia e integración social (nº 20.ª y 21.ª del art. 148.1 CE).

El Estatuto de Autonomía de Andalucía contiene una referencia expresa a la inmigración entre los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma (art. 10.3 17º), como manifestación del Estado Social¹⁸. Luego, a lo largo del articulado, este principio se vertebró en diversos ámbitos, entre otros, el de «la integración laboral, económica, social y cultural de los inmigrantes en Andalucía». El art. 37 1 9ª configura como uno de los principios rectores de la política andaluza: «La integración laboral, económica, social y cultural de los inmigrantes». El art. 62 del Estatuto contiene una regulación expresa de las competencias de la Comunidad en materia de inmigración. Según el citado precepto «Corresponden a la Comunidad Autónoma: a) Las políticas de integración y participación social, económica y cultural de los inmigrantes, en el marco de sus competencias. b) La competencia ejecutiva en materia de autorizaciones de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Andalucía, en necesaria coordinación con la competencia estatal en materia de entrada y residencia y de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado. Esta competencia incluye la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo, la tramitación y resolución de los recursos presentados a dichas autorizaciones y la aplicación del régimen

¹⁶ Con ocasión de la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de delimitar el ámbito de actuación de las Comunidades Autónomas en materia de inmigración y extranjería. El art. 138 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (inmigración) fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por el Gobierno. Se impugnó el ap. 1 en cuanto que relacionaba una serie de competencias de la Comunidad autónoma «en materia de inmigración», por contradecir el art. 149.1.2 de la CE. El Tribunal Constitucional en sentencia 31/2010 de 28 de junio de 2010 determinó que: «Es evidente que la inmigración es una materia que ha sido reservada con cargo exclusivo al Estado ex artículo 149.1.2 de la Constitución Española, de modo que el art. 138.1 del Estatuto sería claramente inconstitucional si, como parece deducirse de su enunciado, pretendiese atribuir a la Comunidad Autónoma competencias en dicha materia». Salvo que se interprete en el sentido de que no confiere la competencia sobre inmigración, sino sobre «concretas competencias o potestades estatutariamente atribuidas a la Comunidad Autónoma». Entre ellas el TC cita la integración social y económica de la población inmigrante. También fue objeto de impugnación el ap. 2 del art. 138 relativo a «la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña (...) en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros». Salvó el TC la constitucionalidad del precepto destacando la coordinación que corresponde al Estado, que engarzó con lo previsto en el art. 149.1.2. También fue objeto de recurso el art. 138.3 en cuanto que establecía que «en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Cataluña y, en particular, la participación preceptiva previa en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el Título V», interpretándolo como mera remisión al desarrollo legislativo que el régimen de extranjería debía tener en el ámbito estatal, en el que se diseñarían los parámetros de la citada participación.

¹⁷ Ley 15/2008, de 5 de diciembre, de integración de las personas inmigrantes en la Comunitat Valenciana. Ley 10/2010, de 7 de mayo, de acogida de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña.

¹⁸ Sobre la regulación en Cataluña: D. DOLZ SALOM, *Integración social de la inmigración. Dos años de vigencia de la Ley 15/2008 de la Generalitat*, en *Actualidad Administrativa*, Nº 4, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 29 Feb. 2012, p. 399, tomo 1, editorial, La Ley.

de inspección y sanción. 2. La Comunidad Autónoma participará en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Andalucía y, en particular, la participación preceptiva previa en la fijación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el Título IX». Por último, el principio de solidaridad (art. 245) en el marco de la ayuda al desarrollo también se plasma (art. 245.3) cuando cita «las políticas de cooperación al desarrollo con países vecinos o culturalmente próximos (...) de procedencia de inmigrantes hacia Andalucía».

4. *La realidad municipal: inmediatez del problema, limitación de recursos y falta de competencias*

4.1. *El marco normativo*

En el ámbito de la Administración local, la cuestión migratoria se percibe como una fuente de constantes cargas y responsabilidades para los distintos entes que la integran. Ya hemos referido cómo la legislación de extranjería ha ido incrementando progresivamente la participación de los entes locales en la formulación de la política migratoria y de extranjería. Esta tendencia choca con una legislación en materia de régimen local que no prevé directamente competencias en tales asuntos. Siendo los ayuntamientos las administraciones que en primer lugar se enfrentan en su territorio al fenómeno migratorio y sin embargo, no disponen de un cobijo normativo que les depara la posibilidad de prever una política adecuada a tal realidad. El municipio afronta la cuestión migratoria con escaso margen de previsión: las demandas surgen cuando el emigrante llega a su territorio o reside en el mismo, hechos sobre los que no puede actuar. Ciertamente lo mismo pasa con las Comunidades Autónomas, aunque en menor medida, que están sometidas en distinto grado a las responsabilidades dimanantes del fenómeno migratorio. Y a los Estados. No todos los Estados miembros de la Unión Europea tienen el problema de la llegada de la inmigración irregular a sus costas o a sus fronteras. Pero mientras que estas Administraciones disponen de posibilidades regulatorias, en los términos que hemos visto, los Ayuntamientos, no.

La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, norma básica en derecho español del régimen jurídico de municipios, provincias y otros entes locales, no contiene mención alguna a inmigrantes y solo se refiere a los extranjeros para establecer las obligaciones de los municipios con relación al padrón municipal, un registro administrativo en el que han de inscribirse los vecinos del municipio y que confiere la condición de tales a los efectos de disfrutar de los derechos y obligaciones que les depara el ordenamiento jurídico.

La Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía, norma que regula el ámbito y contenido de la autonomía de los entes locales en la Comunidad andaluza conforme a lo previsto en el art. 108 del Estatuto de Autonomía, solo contiene una referencia a la extranjería en el art. 9.28 donde se establece que «los municipios andaluces tienen las siguientes competencias propias: 28. Ejecución de las políticas de inmigración a través de la acreditación del arraigo para la integración social de inmigrantes, así como la acreditación de la adecuación de la vivienda para el reagrupamiento familiar de inmigrantes».

4.2. *Limitaciones presupuestarias*

La imperiosa necesidad de afrontar una realidad insoslayable hace que muchos ayuntamientos hagan frente al problema migratorio con notable merma de presupuestos, con los márgenes que en cada momento le dispense de tesorería, y con las dificultades que representan los trámites para la contratación de cualquier servicio. El problema que ello conlleva no es solo el económico, o el derivado de los costes de personal y de los limitados medios de que muchos ayuntamientos disponen, sino que la problemática se hace caldo de cultivo de fácil recurso para discursos racistas o xenófobos.

La cuestión migratoria no se ha afrontado ni se afronta como una realidad estructural, sino como un acontecimiento contingente y extraordinario que permitiera una respuesta puntual o excepcional. Y ello, pese al tiempo transcurrido y a las voces que, desde todos los ámbitos, llaman la atención sobre la permanencia del problema y su prolongación y agravamiento en el futuro. Pese a ello, los instrumentos presupuestarios no son estructurales, sino contingentes.

Asimismo, la política migratoria ha sufrido el impacto de las limitaciones presupuestarias, con lo que ello supone de dejar de atender problemas humanitarios de primer orden que, de un día para otro, se dejaban desamparados. Sin duda, las limitaciones presupuestarias de estos años de crisis deben tener el correspondiente reflejo en los fondos destinados a las políticas sociales, pero ello no quiere decir que estas puedan dotarse o recortarse, incluso suprimirse, exclusivamente al ritmo y conforme a los criterios más acuciantes y volubles de cada momento.

El Fondo destinado a la Integración, Acogida y Refuerzo Educativo de los Inmigrantes no fue creado hasta 2004 con una dotación de 7.000.000 de euros; en el 2009 se alcanzaron los 200 millones de euros; la asignación del 2010 y el 2011 fue de 67 millones de euros. En 2012 se suspendió por motivos de la crisis. El Gobierno, aun en funciones al tiempo que se redactan estas líneas, anunció antes de las pasadas elecciones generales su reactivación para 2019 (aún no tenemos presupuestos) con una dotación de 70 millones de euros. Todo hace pensar que este ejercicio pasará, sin que se haya creado el citado fondo, y, sin duda, sin que se inicie su ejecución presupuestaria.

De este Fondo, la Comunidad autónoma andaluza, que tiene una indudable problemática en materia de inmigración, recibió en los pasados ejercicios las siguientes asignaciones: año 2005: 13.127.875 €, año 2006: 20.550.363 €, año 2007: 21.126.276 €, año 2008: 21.857.184 €, año 2009: 22.364.252 €, año 2010: 7.908.397 €, año 2011: 7.735.310 €.

Tras no hacerse dotación alguna para el ejercicio 2012, la Comunidad autónoma andaluza reguló, por Orden de 31 de octubre de 2012, la distribución de transferencias del Fondo Autonómico de Inmigración a los Ayuntamientos andaluces. Este reglamento reconoce en su exposición de motivos que «para dar cumplimiento a los objetivos previstos en el Estatuto de Autonomía (...) se precisa la cooperación con las Corporaciones Locales, promoviendo actuaciones específicas y reforzando los servicios públicos necesarios, en los lugares con mayor presencia de población inmigrante, para asegurar la prestación de los mismos en condiciones de calidad al conjunto de la población. Todo ello, teniendo como referencia los Planes Integrales para la Inmigración en Andalucía, que ha sentado las bases de un modelo participativo y global de intervención dirigido a conseguir una verdadera integración de las personas inmigrantes en nuestro territorio, sin olvidar a la sociedad de acogida y los cambios que se están produciendo en la misma».

Dice la exposición de motivos del reglamento: «Dado que en el presente ejercicio no se contempla la financiación del Fondo de apoyo a la acogida e integración de inmigrantes y al refuerzo educativo (FAIREA), que se puso en marcha en 2005, mediante convenio del Estado con las Comunidades Autónomas, el Fondo Autonómico de Inmigración queda como única vía externa de financiación para las actuaciones municipales en materia de inmigración. Por ello, con objeto de paliar las consecuencias derivadas de la falta de recursos económicos, se hace necesario modificar los criterios de reparto de años anteriores, de forma que, además de la mayor presencia de personas inmigrantes, se tenga en cuenta la financiación recibida en 2011 por ambos fondos».

Los números no dejan lugar a dudas sobre lo errático de la política: unas mismas necesidades, que año tras año se van agravando se atienden con 22.364.252 € (año 2009) y con 1.171.260 € (año 2012).¹⁹ De los 7.735.310 € de los que se había dispuesto en 2011, se pasaba a un crédito de 1.171.260 €, que se distribuían con el peculiar criterio de tener en cuenta las cantidades recibidas hasta la fecha por el anterior fondo.

Al margen de que los fondos resulten en ocasiones poco operativos para la atención de las necesidades inmediatas de la población inmigrante, sobre todo cuando estas surgen en las costas de pequeños municipios que han de hacer un sobreesfuerzo ante situaciones de crisis, los vaivenes en las cantidades reseñadas, la dotación y la supresión del mismo fondo, constituye una acción de grave irresponsabilidad social que incurre en una verdadera crueldad y desconsideración para el destinatario de la política que está llamada a sufragarse²⁰.

5. Conclusiones y propuestas

Los municipios costeros son los que, en primera instancia, reciben a los inmigrantes y deben afrontar unas necesidades que no admiten demora, con la carga presupuestaria que ello implica, en detrimento de los servicios de sus vecinos, o cuando menos, con una mayor repercusión presupuestaria sobre ellos por una deficiente previsión del problema y de las soluciones que demanda. No existen flujos ni mecanismos para la adecuada compensación económica a tales esfuerzos y gastos²¹.

¹⁹ Antes de las pasadas elecciones municipales de mayo de 2019 el anterior Gobierno había redactado el *Proyecto de Decreto para la aprobación del IV Plan Integral de la Inmigración en Andalucía 2018-2022*: «Ciudadanía Migrada» que sustituiría al Decreto 124/2014, de 2 de septiembre, por el que se aprueba el III Plan Integral para la Inmigración en Andalucía Horizonte 2016. El actual gobierno ha manifestado su intención de no seguir las líneas generales del Plan proyectado.

²⁰ El presupuesto de la Secretaría de Estado de Migraciones para 2019 asciende a 481,24 millones de euros, un 26,5% superior al del ejercicio anterior. Van destinados, al mantenimiento y gestión de los Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes (CETI) de Ceuta y Melilla, a sufragar el Sistema Nacional de Acogida e Integración de solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, personas acogidas al régimen de protección temporal y otros estatutos de protección subsidiaria, plazas concertadas en centros de acogida gestionadas por ONGs, a los Planes y programas de primera atención y de intervención urgente para situaciones de carácter excepcional, a la promoción de políticas de igualdad de trato y no discriminación por el origen racial o étnico, atención humanitaria a inmigrantes y a Cruz Roja para atender inmigrantes llegados a las costas españolas (41 millones de euros), esencialmente.

²¹ Téngase en cuenta el Tribunal Constitucional ha delimitado la autonomía local de los municipios desde la perspectiva de los gastos que pueden decidir afrontar de forma limitada, circunscrita a sus competencias y con

La política migratoria no se ha considerado, además, política de Estado en el sentido de suscitar consensos más allá de opciones políticas inmediatas. Al margen de las dificultades que tenemos en España para alcanzar tales consensos, deseables en cuestiones tal delicadas como esta (con compromiso de la política exterior y la atención humanitaria), este tampoco ha sido un ámbito ajeno a la lucha política entre partidos que propugnan y ponen en marcha políticas contrapuestas.

Las consecuencias de todo lo anterior no es sino: La respuesta es insatisfactoria en el ámbito europeo, porque lo es en el ámbito nacional y local. La cuestión se manifiesta como conflictiva para el proceso de cohesión europeo y lesiona los valores y principios en que se fundamenta.

En el ámbito interno, los vaivenes presupuestarios provocan, si no el tan traído “efecto llamada”, sí un recorte en los recursos con consecuencias dramáticas sobre la población inmigrante, que ha visto cómo los recursos destinados a la atención de sus necesidades han fluctuado sin atender a las necesidades que están llamadas a atenderse.

La política migratoria atiende necesidades muy variadas (política internacional, de seguridad, educativa, asistencial, laboral...) con lo que deberían ser varias las Administraciones implicadas en su gestión.

La cuestión deviene piedra arrojada en el debate político y lugar común para posiciones extremas en las que se equipara inmigración a invasión, e invasión a delincuencia, inseguridad y consumo de recursos que se postulan deben ir destinados a la población nacional. Por otro lado, se agitan discursos de puertas abiertas o de admisión indiscriminada de personas migrantes, incompatibles con la gestión regular de los flujos migratorios y el deber de los Estados de articular los mismos teniendo en cuenta las necesidades y posibilidades de la población nacional.

La inexistencia de mecanismos de coordinación hace que las administraciones más cercanas e inmediatas al problema²², los municipios, deban afrontar situaciones que exceden de su posibilidad de gestión y gasto. Ha de tenerse además en cuenta, algo que no pocas veces se olvida, que «El reconocimiento de la autonomía local en la Constitución no confiere a los Municipios un poder absoluto sino un poder limitado. La autonomía municipal convive en interacción con el resto Administraciones, bajo el resto de principios consagrados en la Carta Magna y, consecuentemente, la necesidad de reconocer límites a la autonomía no es tanto para subordinar al Municipio sino para asegurar un marco de actuación a los Municipios donde puedan ejercer sus atribuciones desde el respeto mutuo entre instituciones y al resto de principios constitucionales. Así, caso de existir tutela de otras Administraciones, ésta siempre será bajo criterios de coordinación pero nunca como límite hacia un supuesto poder derivado»²³.

Los municipios han visto así incrementadas sus responsabilidades en la materia digamos que por la vía de los hechos y sin una correlativa participación en el diseño y financiación de las políticas de inmigración y extranjería. Además, los ayuntamientos han visto cómo se les imponían obligaciones de seguimiento, control y suministro de datos en relación a la inscripción de los extranjeros en el padrón municipal.

posibilidad de ser «restringida por el Estado y las Comunidades Autónomas dentro de los límites establecidos en el bloque de la constitucionalidad» (STC 109/1998).

²² M. LOIS GONZÁLEZ, I. DIZ OTERO, A. NOGUEIRA, (coord.), *Crisis, derechos sociales e igualdad*, Barcelona, 2015.

²³ F. J. DURÁN GARCÍA, *Pautas en los principios constitucionales como solución a los problemas de financiación en la Administración local. El Consultor de los Ayuntamientos*, Editorial La Ley, septiembre 2012.

La solución a esta situación, ya de por sí insatisfactoria aun en momentos de bonanza económica, no ha sido la adecuada, toda vez que se han atendido las necesidades de financiación a través de subvenciones, y convenios esporádicos entre Administraciones públicas.

Deben establecerse canales sólidos y permanentes de cooperación entre dichas Administraciones que permitan una respuesta ágil y segura al problema. No son eficaces para ello los instrumentos como la subvención, los fondos o los programas coyunturales, que además consumen importantes recursos en su gestión y fiscalización.

Cualquier actividad administrativa debe estar presidida por criterios de racionalidad, eficacia y eficiencia, desprovista de improvisación y alejada de criterios arbitrarios o finalidades ajenas a los fines que el ordenamiento jurídico señala a la atención de las mismas. Pero estos principios, deben ser aun de más exhaustiva observación cuando se trata de la atención de necesidades de personas en estado de grave precariedad social y económica. Los recursos son limitados, es lógica la existencia de cierta prelación en el destino de los mismos entre la población nacional y personas de terceros países que tengan el deseo de llegar a la Unión Europea, pero una vez aquí, las necesidades básicas de todos deben tener la misma consideración para las Administraciones públicas en cuanto que sean manifestación de un derecho fundamental inherente a la persona. Si los recursos son limitados, limitados deben ser los que se destinen a la gestión de la política de inmigración y extranjería, pero en su dotación ha de tenerse presente que con ello se despliega una atención que no puede hacerse depender en cuanto a su misma existencia de cualquier situación de dificultad presupuestaria; por el contrario, debe seguir un camino similar, en su incremento o recorte, al que siguen otras partidas de gasto que nadie imaginaría suprimir aun en tiempos de crisis severa.

ABSTRACT: The administrative coordination in the management of migration in Spain, with specific consideration for local administrations

Immigration is currently one of the most important humanitarian challenges that the European Union must address. The historical responsibility and the demands of the Union's foundational principles require a response to the humanitarian problem that it poses. This issue has become the cornerstone of the process of European cohesion questioning the solidarity between Member States. Reality in Spain, the country nearest to the Northern African coast, results in a lack of coordination between public administrations, and in an erratic budgetary management of the problem with a marked impact on those municipalities that receive irregular immigrants on their coasts, as well as those municipalities, where foreigners at risk of social exclusion live, which do not have the adequate resources to deal with these situations.

LA RILEVANZA GIURIDICO-AMMINISTRATIVA DEL “MIGRANTE IRREGOLARE”

FRANCESCO SICILIANO*

SOMMARIO: 1. Premessa metodologica sull’approccio al tema della regolamentazione giuridica del flusso migratorio verso l’Europa, come “evento” impattante sull’organizzazione amministrativa. – 2. La “ordinaria emergenzialità” e la proposta di dequotazione formale della dicotomia “migrante regolare/migrante irregolare”. – 3. La prospettiva del modello organizzativo di integrazione del migrante “irregolare” non come antitesi, ma quale completamento di quello vigente. Riflessioni conclusive anche *de iure condendo*.

1. Premessa metodologica sull’approccio al tema della regolamentazione giuridica del flusso migratorio verso l’Europa, come “evento” impattante sull’organizzazione amministrativa

L’attenzione dell’opinione pubblica è, ormai da anni, catalizzata sul fenomeno migratorio in atto verso l’Europa, del quale ogni giorno i mezzi di informazione offrono singolari sfaccettature, a cui sono collegate reazioni spesso antitetiche, ma, comunque, sintomatiche di vivo ed attuale interesse comune.

Al giurista, chiamato alla sintesi normativa della dinamica sociale, tocca il compito di compendiare, nella maniera più obiettiva possibile, le emozioni, le sensazioni, i risvolti etici, il sentimento religioso, le distorsioni, le contraddizioni che esso porta con sé, alla ricerca - necessariamente convulsa, in casi come questi - di una regola che, lungi dal poter definire ciò che è giusto (e, di rimando, ciò che non lo è), dia una parvenza di certezza al sistema di regolamentazione del flusso in esame.

Certezza intesa nel senso elementare della definizione adottata, quando la si riferisce al diritto, ossia quale prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle proprie azioni¹.

Giocoforza, il piano giuridico riflette la confusione delle coscienze, ondeggiando tra proclami politici transnazionali (ed interni) e ricerca di regole (e modelli di azione) che subiscono l’impatto della multidisciplinarietà, la quale, nel caso di specie, dimostra l’universalità del tema ed, allo stesso tempo, l’estrema difficoltà di risolverlo².

* Ricercatore di Diritto amministrativo, Università di Messina.

¹ Così, F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968, 48: «...è necessario che ciascuno sappia, una volta concepita l’azione [...] almeno come l’azione sarà qualificata, e come l’azione si inserirà nella vita storica della società. Su questo fondamento si intende perché sia stato profondamente definito il diritto come sistema di garanzie dell’azione ed anche come coordinamento obiettivo delle azioni, e su questo fondamento è possibile distinguere la mera convivenza (*convictus hominum*) dalla società».

² La bibliografia sul tema è sterminata in tutte le branche del diritto, oltre che in ambito politologico, sociologico, filosofico e religioso e sarebbe impossibile, in questa sede, una pur sintetica ricognizione. Si cita solo, di recentissima pubblicazione, A. PANEBIANCO – S. BELARDINELLI, *All'alba di un nuovo mondo*, Bologna, 2019, dove il fenomeno migratorio viene messo a confronto con la «crisi dell’Occidente», il cui superamento

La scelta, allora, di una prospettiva strettamente amministrativistica non serve ad ipotizzare alcuna soluzione “olistica”, ma, invece, a ragionare sulla portata della combinazione dei classici meccanismi pubblicistici interni - considerando che l'Italia è Paese di prima accoglienza - con il flusso migratorio, soprattutto, in funzione dell'obiettivo della sua disciplina giuridica³.

Si vuole provare, dunque, a suggerire una riflessione sul ruolo della pubblica amministrazione, come fattore proattivo “interno” di regolamentazione e gestione del fenomeno, sganciabile dal metodo eziologico, finalizzato a risalire alle cause di esso, per determinarne le modalità di regolamentazione.

A tale metodo è ispirato, invece, il dibattito politico (sovranaazionale e nazionale)⁴, che, seppure fervente da anni, sembra escludere una soluzione certa e definitiva, perché consegna ai tecnici ed all'opinione pubblica una moltitudine eterogenea di ipotesi sui cd. fattori di spinta e di attrazione (povertà, sottosviluppo, guerra, problema lavoro, condizioni di sicurezza del Paese di provenienza, sfruttamento economico dei Paesi Africani dal mercato del petrolio al cd. *landgrabbing* nel settore agricoltura, corruzione governativa nella gestione dei sussidi, falsi miti di Eldorado creati dalle organizzazioni criminali per intensificare i guadagni con le traversate via mare, perfino teorizzazioni di progetti di destabilizzazione dell'identità culturale europea connessi al calo demografico rispetto all'incremento esponenziale del medesimo nei Paesi Africani, terrorismo in Siria, Iraq ed Afghanistan, ma anche solidarietà e carità cristiana, contesti socio-economici avanzati nei Paesi del Centro e Nord Europa).

Ciascuna delle varie ipotesi⁵ è astrattamente meritevole di primaria considerazione, ma non decisiva ed inappuntabile, stando ai rispettivi angoli visuali esattamente opposti⁶.

Pertanto, se si distoglie un attimo lo sguardo dal febbrile fermento politico che ricorda il frenetico moto di Penelope sulla sua tela, diventa più facile concentrarsi sul momento in cui termina il viaggio di Ulisse, il migrante, e si confronta con il nostro contesto territoriale-socio-economico-giuridico: ossia sul flusso migratorio come *evento*, che, a prescindere dalle sue cause, impatta sull'organizzazione amministrativa interna.

può realizzarsi solo attraverso il recupero della primazia della libertà e dignità dell'uomo che sta alla base della cultura europea, scaturita dall'ibridazione del messaggio cristiano con la tradizione ellenistica ed ebraica.

³ Con l'avvertenza che la nostra speculazione accetterà il rischio della prevedibile ricorrenza di una conflittualità - soggettiva ed intima - tra sentimento e ragione istituzionale, per cui è difficile pretendere idee perfettamente chiare.

⁴ E' indicativo della rilevanza politica del tema della regolamentazione del flusso migratorio, la circostanza che, poco dopo il varo del Decreto “Salvini”, si sia immediatamente riaperta la disputa sul rafforzamento degli strumenti di protezione dei confini nazionali, confluita sulla bozza governativa del Decreto “Salvini-bis”.

⁵ Di cui fanno parte le politiche solidaristiche, da quelle distributive, a quelle di sussidio, come: la costituzione del Fondo Fiduciario per l'Africa; il contrasto all'immigrazione irregolare non attraverso la destinazione di finanziamenti ad attività economiche, ma attraverso il potenziamento della cd. *capacity building* e l'addestramento delle forze di sicurezza di Paesi Africani, come Libia e Niger, situati in posizioni strategiche lungo la rotta dei migranti via mare; si considerino anche le strategie di aumento dei rimpatri, anche tramite la cd. *migration partnership*. Cfr. M. VILLA – E. CORRADI – F. PAROLA, *Le parole dell'Europa: migrazioni*, in *www.ispionline.it*, 10 maggio 2019.

⁶ Non si vuol, con questo, negare che le politiche internazionali, europee e governative influenzino significativamente, al pari della componente sociologica ed economica, il percorso di produzione giuridica attualmente in atto e pronosticabile come tuttora *in fieri*.

2. La “ordinaria emergenzialità” e la proposta di dequotazione formale della dicotomia “migrante regolare/migrante irregolare”

«Fatti non foste a viver come bruti, ma per seguir virtute e canoscenza»: la famosissima esortazione dantesca⁷ ai «...frati...per cento milia perigli...giunti all’occidente» pare, oggi, meno incoraggiante, se si pensa, proseguendo nel parallelismo, che la *virtute* (sociale) e *canoscenza* (giuridica) - collegate alla loro condizione soggettiva - *i frati* di oggi la dovrebbero attingere non oltre le colonne d’Ercole, ma nei nostri ordinamenti.

Fuor di metafora, due sono i modi di affrontare il tema del flusso migratorio verso Grecia, Italia e Spagna.

Il primo è di considerarlo un fattore esogeno eccezionale, collegato alla crisi economica globale o a fattori politici e bellici di rilevanza internazionale, nella prospettiva politica sopra accennata.

Il secondo, preferito, è di trattarlo - in un ossimoro - come “ordinaria emergenzialità”, svincolandolo dai fattori che lo determinano ed, allo stesso tempo, dalle altalenanti statistiche periodiche⁸.

L’attuale *trend* italiano (dal d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, cd. T.U.I. – Testo Unico Immigrazione, al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. in l. 1 dicembre 2018, n. 132, cd. Decreto «Salvini»⁹) - in linea con la prima opzione (migrazione come fatto storico imprevisto o eccezionale nella sua portata, ma temporalmente e quantitativamente circoscrivibile) - punta sulla centralizzazione della regola formale per smaltire l’“emergenza”, attraverso l’inserimento giuridico del migrante “regolare” e l’espulsione di quello “irregolare”.

Tale modo di affrontare il controllo e la gestione della migrazione è, peraltro, in linea con la politica di difesa dei confini europei, che ha registrato un recente punto di emersione nell’approvazione del 17 aprile 2019, da parte del Parlamento europeo,¹⁰ della proposta della Commissione di rinforzare l’*European Border* e la *Coast Guard Agency*, per limitare l’afflusso di migranti “irregolari”.

Ed, in effetti, ha, a suo favore, registrato un abbattimento del numero degli sbarchi in Italia dal 2016 al 2018¹¹.

In questa impostazione e chiave di lettura, il ruolo della pubblica amministrazione appare quasi di cavouriana ispirazione di tipo stato-centrico, nel suo operare come braccio esecutivo della legge.

Il modello che la legislazione di settore sopra indicata ci consegna è quello di un’amministrazione di polizia, posta a presidio della sovranità, dei confini, dell’ordine pubblico e della sicurezza pubblica, in una parola della legalità formale.

⁷ D. ALIGHIERI, *La Divina Commedia, Inferno*, canto XXVI, verso 119, in *La Divina Commedia illustrata da Gustavo Dorè*, Firenze, 1983, II, p. 277.

⁸ L’alternativa condiziona l’approccio giuridico al fenomeno e la valutazione in termini di effettività del diritto amministrativo vigente.

⁹ Considerando, *medio tempore*, il d.lgs. 27 luglio 2005, n. 144; il d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251; il d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25; il d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150; il d.lgs. nn. 12 e 40/2014; l. n. 46/2017.

¹⁰ Testo con emendamenti, in www.europarl.europa.eu.

¹¹ 181.436 nel 2016; 119.369 nel 2017; 23.370 nel 2018, di cui solo 9.940 tra giugno e dicembre 2019, sotto il Governo Conte. Dati tratti da M. BLONDET, *Immigrati, meno sbarchi, meno morti in mare*, in maurizjoblondet.it, 4 gennaio 2019. Sia consentito osservare che il dato numerico va, comunque, rapportato alla ciclicità del fenomeno migratorio.

Ed in tale direzione si muovono in sinergia Ministro dell'Interno¹², Prefetture, Questure, Forze di Polizia, Commissioni territoriali¹³ e Commissione Nazionale per il diritto di Asilo¹⁴.

In questo meccanismo, il rapporto del migrante col nostro ordinamento non può essere che cartaceo, documentale.

Egli, in prima battuta, non rileva giuridicamente come persona, con il suo bagaglio di valori, ma, nella *ratio legis* di contingentare il flusso migratorio, solo come categoria giuridica soggettiva formale sdoppiata in relazione al possesso o meno dei requisiti tassonomici: lo straniero «regolarmente soggiornante» o quello «comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato» (cfr., ad esempio, art. 2, commi 1 e 2, T.U.I.), come se avessero una diversità densità personale ed umana.

E' quasi inutile aggiungere che solo la prima subcategoria è spinta verso la totale equiparazione con il cittadino italiano¹⁵.

Sotto il profilo giurisdizionale¹⁶, il contenzioso viene convogliato spesso e volentieri nell'area del diritto soggettivo o dello *status* non comprimibile da provvedimenti

¹² L'art. 13 d.lgs. n. 286/98 s.m.i. (T.U.I.), ad esempio, descrive il meccanismo amministrativo di espulsione per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato affidata al Ministro dell'Interno (comma 1), mentre il comma 2 regola le ipotesi tassonomiche di espulsione disposta dal prefetto. I commi da 3 a 3-*septies*, 7, 8, e da 11 a 16 (anche con riferimento all'espulsione di cui al comma 14, comma 1, T.U.I.) raccordano regole procedurali e processuali, riservando un ruolo nevralgico alle questure, con precipuo riguardo alle garanzie a difesa dello straniero. I commi 4, 4-*bis*, 5-*bis* e 5-*ter* rassegnano, in combinato disposto, le ipotesi e le modalità di espulsione eseguita dal questore, con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica. I commi 5, 5.1 e 5.2 riguardano l'istituto della partenza volontaria.

¹³ Presso le Prefetture, per le domande di protezione internazionale ex art. 3 d.lgs. n. 25/08.

¹⁴ Si pensi alla competenza in materia di revoca e cessazione dello *status* di protezione internazionale riconosciuti, oltre che all'indirizzo e coordinamento delle Commissioni territoriali, alla costituzione ed aggiornamento della banca informatica monitoraggio sulle richieste d'asilo, alla costituzione di un centro di documentazione situazione socio-politica-economica dei Paesi d'origine (ex art. 5 d.lgs. n. 25/08), utile anche ai fini della predisposizione dell'elenco dei Paesi di origine sicuri del Ministero Affari Esteri e della Cooperazione internazionale (inserito nel 2018, ex art. 2-*bis*, d.lgs. n. 25/08).

¹⁵ La seconda acquista rilievo, com'è noto, solo ai fini del riconoscimento del pacchetto ristretto dei diritti fondamentali o, meglio basilari (cfr. art. 1, TUI: comma 1, sul riconoscimento diritti fondamentali in norme di diritto interno, convenzioni internazionali vigenti, principi di diritto internazionale; comma 5, sulla tutela giurisdizionale; comma 6, sui diritti comunicazione in lingua madre; comma 7, sull'obbligo di informazione alla rappresentanza diplomatica o consolare più vicina del Paese di provenienza).

¹⁶ L'inesistenza di un'unica fonte legislativa sul fenomeno migratorio si accompagna alla frammentazione della tutela giurisdizionale. Oltre alle ipotesi di reato devolute alla cognizione del giudice penale (es. procedimento ex artt. 10-*bis* e 12, 13, commi da 3 a 3-*septies*, 14, 15, 16, T.U.I. s.m.i., per le fattispecie incriminatrici connesse all'ingresso e soggiorno illegale/clandestino nel territorio dello Stato), la tutela giurisdizionale avverso le misure amministrative espulsive è devoluta o al Giudice di Pace (es. ex art. 13, comma 5-*bis*, T.U.I.R., per espulsione con accompagnamento alla frontiera o ex art. 13, comma 8, T.U.I.R. che rinvia al rito sommario di cognizione di cui all'art. 18 d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, per i decreti espulsivi prefettizi) o alle Sezioni specializzate per l'immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea, istituite ex art. 1, d.l. 17 febbraio 2017, n. 13 s.m.i., presso i Tribunali ordinari del luogo nel quale hanno sede le Corti d'appello (per le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti di cui all'art. 35, d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, sulla revoca o sulla cessazione dello *status* di rifugiato o di persona cui è accordata la protezione sussidiaria ex art. 35, d.lgs. n. 25/08, cit. nonché per quelle relative al mancato riconoscimento dei presupposti della protezione speciale ex art. 32, comma 3, d.lgs. n. 25/08 cit., ex art. 3, comma 1, lett. c), d.l. n. 13/17 cit. o, per le altre ipotesi previste alle successive lett. d), d-*bis*), e), e-*bis*), con alcune prescrizioni processuali speciali, fissate al comma 4-*bis* dell'art. 3, d.l. n. 13/17, cit. (art. 35-*bis*, d.lgs. n. 25/08, cit.); o, ancora, avverso le decisioni di trasferimento ex art. 3, commi da 3-*bis* a 3-*undecies*, d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 35); o al giudice amministrativo (avverso i decreti ministeriali di espulsione per ordine e sicurezza pubblica ex art. 13, comma 1, T.U.I.R., secondo le regole del c.p.a. o avverso i decreti ministeriali di

amministrativi vincolati (con margini di discrezionalità resi sempre più esigui dall'ultima riforma del 2018)¹⁷.

Sicché, anche la giurisprudenza maggiormente garantista deve, giocoforza, muoversi tra le strette maglie dei requisiti formali per attenuare il rigore normativo e venire incontro al migrante "irregolare", attraverso un giudizio estrinseco sull'atto impugnato e non sul rapporto della persona con il territorio.

Si pensi al recente monito lanciato dalla Corte di Cassazione¹⁸ al giudice di merito di assolvere ad un preciso dovere di cooperazione nella disciplina del flusso in questione, accertando la situazione reale del Paese di provenienza, non con formule generiche e stereotipate, ma in modo che ciascuna domanda venga accertata alla luce di informazioni aggiornate sul Paese di origine, con onere di specificazione delle fonti autorevoli.

Il sistema amministrativo appena descritto genera un "cortocircuito" giuridico (che "relativizza" il dato sulla diminuzione degli sbarchi) per le evidenti falle dovute: 1) al fattore "tempo" necessario per la verifica della condizione soggettiva del migrante, considerato che i tempi medi di evasione delle istanze di asilo oscillano da 300 a 1000 giorni, a seconda delle fonti d'informazione¹⁹; 2) alla carenza degli strumenti di effettiva attuazione del meccanismo espulsivo, denunciata dall'impietoso dato del 35% dei rimpatri rispetto ai decreti di espulsione²⁰; 3) alle pecche connesse alla tecnica legislativa a strati²¹ ed all'assenza di una fonte normativa unica.

Nelle more, un significativo numero di "irregolari" (un'autorevole proiezione parla di oltre 670.000 unità nel 2020 in Italia²²) è relegato - restando alla nostra suggestione letteraria - «tra color che son sospesi»²³ in un limbo "metagiuridico", che, a differenza di quello dantesco, implica la persistenza del contatto materiale dell'individuo con la società civile.

Se aumenteranno i tempi necessari alla qualificazione soggettiva del migrante in base alla regola formale interna, aumenteranno anche i tempi di tale contatto materiale.

espulsione per motivi di prevenzione del terrorismo ex art. 3, comma 4, d.l. 27 luglio 2005, n. 144 conv. in l. 31 luglio 2005, n. 155).

¹⁷ La quale ricalca l'impostazione del governo della regolamentazione del flusso migratorio in senso espulsivo, secondo il principio di legalità formale.

¹⁸ Cass. civ., Sez. 6-1, ord. 26 aprile 2019, n. 11312, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*, in tema di verifica dei presupposti per il riconoscimento della protezione sussidiaria ex art. 14, lett. c), d.lgs. n. 251/07.

¹⁹ Cfr., ad esempio, A. GAGLIARDI, *Migranti, domande di asilo in calo: aumentano le decisioni delle commissioni*, in *www.ilsole24ore.com*, 23 maggio 2018; V. POLCHI, *Diritto d'asilo: 2 anni per il primo appuntamento, minimo 3 mesi per avere la risposta*, in *www.repubblica.it*, 15 gennaio 2019; M. SARTI, *Caos rifugiati, ci vogliono 18 mesi per esaminare una richiesta d'asilo*, in *www.linkeista.it*, 14 agosto 2015.

²⁰ Addirittura, nel 2018, sotto il Governo Conte, il 20% in meno che nel 2017; dati contenuti in M. VILLA – E. CORRADI – F. PAROLA, *Le parole dell'Europa*, cit. Secondo i dati Eurostat, nel 2018, i rimpatri di migranti irregolari dall'Italia sono stati 5.615.

²¹ Si segnala, ad esempio, una lacuna nell'art. 32, comma 4, d.lgs. n. 25/08: l'obbligo per il richiedente di lasciare il territorio non vale per l'ipotesi di rigetto della domanda di asilo cui al comma 1, lett. b-ter (inserito dal Decreto sicurezza del 2018), del medesimo art. 32, per evidente difetto di coordinamento.

²² Ossia più del doppio rispetto alle stime del 2015, periodo di picco. Per completezza, lo studio statistico, proveniente dall'ISPI, riporta una proiezione di aumento tra giugno 2018 e dicembre 2020 di ulteriori 70.000 unità di migranti irregolari rispetto alla proiezione base (60.000-70.000 unità; per un totale di ulteriori 140.000 unità), solo in ragione dell'ultima riforma Salvini, per l'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari (30% circa del totale delle domande di asilo) e la non rinnovabilità dei permessi di soggiorno precedentemente rilasciati per i suddetti motivi umanitari, con previsione di rimpatrio globale dei migranti irregolari attualmente presenti in un periodo di 90 anni; cfr. M. VILLA, *I nuovi irregolari in Italia*, in *www.ispionline.it*, 18 dicembre 2018.

²³ D. ALIGHIERI, *La Divina Commedia, Inferno*, canto II, verso 52, in *La Divina Commedia illustrata da Gustavo Dorè*, Firenze, 1983, I, p. 28.

Il punto critico è che il legislatore, seguendo la tracciata dicotomia, non si preoccupa della dimensione sociale del migrante sul territorio e della relativa sua integrazione nel medesimo ambito locale, se non quando egli sia in grado di dimostrare di essere titolare di valido permesso di soggiorno²⁴.

Il tema tocca non solo il caso di chi abbia fatto ingresso clandestino sul territorio, sottraendosi ai controlli di frontiera, ma anche i cd. *overstayers*, ossia coloro che, dopo essere entrati regolarmente in Italia, ad esempio con permesso e visti provvisori, una volta scaduti, siano divenuti “irregolari”; o ancora, i titolari di un permesso di soggiorno per richiesta asilo, ex art. 4 d.lgs. n. 142/2015, in relazione ai quali il Decreto sicurezza, attraverso l’inserimento del comma 1-*bis* (secondo cui il suddetto permesso non costituisce titolo per l’iscrizione anagrafica presso il Comune di abituale dimora) insinua perfino il dubbio che il possesso del suddetto titolo non sia idoneo a qualificare, comunque, come “regolare” il migrante, fino all’esito del consequenziale procedimento amministrativo, attirando immediate considerazioni critiche della prima giurisprudenza di merito²⁵.

Né sono esenti da tale condizione i destinatari di un provvedimento di espulsione che non siano stati rimpatriati, o, ancora, che abbiano, dopo la notifica del decreto di espulsione, presentato una domanda per il riconoscimento della protezione internazionale²⁶.

Il quadro sopra tracciato indica che il vigente regime amministrativo attuato attraverso l’organizzazione di polizia è un fattore di controllo e regolazione del flusso migratorio parziario e, come tale, incompleto ed insufficiente.

²⁴ Ad esempio, l’art. 2, comma 4, d.lgs. n. 286/98 così dispone: «Lo straniero regolarmente soggiornante partecipa alla vita pubblica locale»; in particolare, l’art. 4-*bis*, T.U.I., sull’istituto dell’accordo di integrazione, è chiaramente improntato alla corrispondenza biunivoca tra percorso di integrazione e possesso del permesso di soggiorno, posto che gli obiettivi di integrazione di cui all’accordo di integrazione che si sottoscrive all’atto della presentazione del permesso di soggiorno vanno conseguiti «nel periodo di validità del permesso di soggiorno» e che, dall’altro lato, il mancato raggiungimento dei crediti è causa di revoca del permesso medesimo; cfr., pure, l’art. 3, comma 3, d.lgs. n. 286/98, cit., per cui il documento programmatico relativo alla politica dell’immigrazione e degli stranieri in Italia fa riferimento ad «interventi pubblici volti a favorire le relazioni familiari, l’inserimento sociale e l’integrazione culturale degli stranieri residenti in Italia»; ai sensi dell’art. 3, comma 5, d.lgs. n. 286/98, cit., «le regioni, le province, i comuni e gli altri enti locali adottano provvedimenti concorrenti al perseguimento dell’obiettivo di rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono il pieno riconoscimento dei diritti e degli interessi riconosciuti agli stranieri nel territorio dello Stato, con particolare riguardo all’alloggio, alla lingua, all’integrazione sociale, nel rispetto dei diritti fondamentali della persona umana»; l’art. 3, comma 6, d.lgs. n. 286/98, cit. prevede l’istituzione di Consigli Territoriali per l’immigrazione, in cui siano rappresentati le competenti amministrazioni locali dello Stato, la Regione, gli enti locali, gli enti e le associazioni localmente attivi nel soccorso e nell’assistenza degli immigrati, le organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro, con compiti di analisi delle esigenze e di promozione degli interventi da attuare a livello locale.

²⁵ Sul punto, Trib. Civ., Bologna, 2 maggio 2019, in *dirittifondamentali.it*, accogliendo il ricorso di un migrante, titolare del permesso temporaneo di cui sopra, ha sottolineato che non è necessario un titolo per ottenere l’iscrizione all’anagrafe, ma che è sufficiente la dichiarazione corroborata da documentazione pertinente al fine della iscrizione all’anagrafe dei senza fissa dimora.

²⁶ In relazione a quest’ultimo caso, Cass. civ. sez. I, ord. 20 maggio 2019, n. 13540, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*, ha registrato un contrasto di indirizzo nella giurisprudenza della Corte Suprema, tra l’opzione ermeneutica aperta al riconoscimento del «diritto a rimanere nel territorio dello Stato per tutto il tempo per il quale la domanda viene esaminata» (Cass. civ., Sez. 6-1, 26 luglio 2018, n. 19819, in applicazione dell’art. 7, T.U.I. ed in conformità a Corte Giustizia, 30 maggio 2013, C534/11) e quella esattamente opposta (id., 12 novembre 2018, n. 28860), poggiante sul carattere obbligatorio e vincolato del provvedimento di espulsione, in relazione al quale il giudice «deve controllare unicamente l’esistenza, al momento dell’espulsione, dei requisiti di legge che ne impongono l’emanazione».

Il che incoraggia la considerazione della prospettiva di evoluzione dell'organizzazione amministrativa interna, quale strumento interno di regolazione del relativo flusso e della connessa attività di assorbimento del fenomeno migratorio.

3. La prospettiva del modello organizzativo di integrazione del migrante "irregolare" non come antitesi, ma quale completamento di quello vigente. Riflessioni conclusive anche de iure condendo

La riflessione non vuole, però, porsi in antitesi rispetto al modello vigente di organizzazione amministrativa, il cui obiettivo di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica non è certamente trascurabile, ma vuole sottolineare, invece, a suo supporto, che un meccanismo organizzativo di integrazione del migrante, anche prima della sua qualificazione formale (e finché resta sul territorio), può costituire un fattore interno di regolazione e governo del flusso migratorio (anche a favore dell'ordine e della sicurezza medesimi).

Tale angolo visuale accetta che il migrante "irregolare" sia una componente "normale" del tessuto sociale, soprattutto dei Paesi di prima accoglienza (Spagna, Italia, Grecia) e che la sua rilevanza giuridico-amministrativa venga riconosciuta, ben oltre il tema delle cure essenziali e dei cd. diritti fondamentali²⁷ (fino alla sua "mutazione" formale in migrante "regolare" o fino, invece, alla sua espulsione).

Rinnovandosi, in questo campo, l'esigenza di integrare la legalità formale con quella sostanziale, ci si chiede:

a) Può l'ordinamento giuridico tollerare la presenza sul proprio territorio di migranti "irregolari", senza preoccuparsi di cosa si occupino, di quale sia, meglio, il loro rapporto con il territorio di accoglienza?

Ed ancora:

b) la previsione di un'alta percentuale di dinieghi o di mancati rinnovi giustifica il disinteresse dell'ordinamento per la dimensione sociale dell'individuo non regolarmente soggiornante?

A me pare che lo spartiacque tra straniero regolarmente soggiornante e straniero non regolarmente soggiornante, valido ai fini della demarcazione della soglia di intolleranza formale dell'ordinamento interno, non possa valere in egual misura nel momento in cui si guardi al migrante come persona in relazione al territorio ed al contesto sociale in cui si trova a vivere (o, formalmente, a dimorare).

E ciò, come si accennava, per lo stesso motivo di ordine e sicurezza che la regola formale vuole tutelare.

Considerando che l'età media degli immigrati è di circa 28 anni²⁸, la disattenzione per questa fascia di età rappresenta un grosso fattore di rischio nella regolamentazione dell'impatto del flusso migratorio nel contesto ordinamentale interno, in quanto potenzialmente foriera di sfruttamento del lavoro "nero", nella migliore delle ipotesi, e di

²⁷ I contributi della dottrina costituzionalistica sul punto sono sterminati. Tra tutti, A. RUGGERI, *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, in *www.osservatorioaic.it*, luglio 2018.

²⁸ Secondo un *report* Eurostat (l'Istituto di statistica dell'UE) di marzo 2019, il numero degli immigrati in UE nel 2017 ammonta a 2,4 milioni di persone, con una media di età di 28 anni, di cui 532.100 in Spagna e 343.400 in Italia. Sempre nel 2017, 825.000 persone hanno beneficiato dello *status* di cittadino.

rafforzamento delle organizzazioni criminali o, comunque, di degrado sociale e attività delinquenziale in proprio, nella peggiore delle ipotesi.

E' altrettanto evidente che la macchina amministrativa dell'integrazione sociale debba essere individuata nell'ente locale, a supporto integrativo del regime di polizia.

Inoltre, tale fattore di regolazione non tenderebbe esclusivamente all'obiettivo della sicurezza e dell'ordine pubblico.

Infatti, ad esempio - oltre a costituire uno strumento di controllo formale da parte delle autorità addette alla sicurezza ed all'ordine pubblico - il possesso di un registro dei migranti “irregolari” a livello locale potrebbe e dovrebbe costituire il viatico per metterli subito in contatto con il tessuto sociale di riferimento che, come detto in altra occasione²⁹, è un “territorio di passaggio” (per altre mete economicamente più appetibili), il quale, nei fatti, diventa “di destinazione” o comunque di “stanzialità” e che, allo stesso tempo, è oggetto di un obiettivo istituzionale di valorizzazione da parte dell'ente locale (anche attraverso iniziative di volontariato e la partecipazione a progetti di utilità sociale che coinvolgono soprattutto i giovani³⁰).

Un punto di collegamento tra i due modelli di regolazione del flusso, anche *de iure condendo*, potrebbe essere costituito dal permesso di soggiorno per atti di particolare valore civile di cui all'art. 42-*bis*, T.U.I., introdotto, con il Decreto Salvini, nell'ottica di contenimento delle istanze di asilo.

L'istituto possiede delle potenzialità di sviluppo direttamente proporzionali all'auspicata attribuzione di rilevanza giuridica al fatto del “contatto sociale”³¹ del migrante con un determinato territorio ed alla sua valutazione in termini positivi.

Solo partendo da essa, il «valore civile» può gradualmente distanziarsi (fino ad essere separato) dall'aggettivo «particolare» - evocativo di una situazione di eccezionalità - e, tramite questa operazione concettuale, è ipotizzabile estendere l'ambito di applicazione del connesso permesso oltre gli atti di eroismo di risonanza mediatica che ne costituiscono l'attuale presupposto operativo.

Di modo tale che un'integrazione proattiva del migrante, cioè obiettivamente volta alla valorizzazione del territorio locale, possa costituire, al ricorrere di tassonomici presupposti di legge, anche strumento di regolarizzazione della posizione amministrativa formale.

E così, una volta individuati adeguati parametri valutativi di tale integrazione e le autorità amministrative competenti ad esprimere il giudizio in merito³², potrà finalmente ammettersi che la dimensione del migrante “irregolare” non è solo quella dei suoi diritti

²⁹ Sia consentito il riferimento a F. SICILIANO, *Il fattore del territorio di passaggio e l'integrazione del migrante “stanziale”*, testo di un intervento programmato al Convegno di Studi “I diritti sociali al tempo delle migrazioni”, tenutosi il 28-29 giugno 2018, presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche dell'Università degli Studi di Messina, in corso di pubblicazione. E' evidente che, in questo caso, il tema si intreccia fortemente con sussidiarietà, adeguatezza, differenziazione, ma anche con il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, in relazione al quale le misure espulsive dovrebbero prevedere un temperamento, appunto proporzionale al livello di integrazione del migrante sul territorio, finalizzata alla sua valorizzazione.

³⁰ Di modo che un fattore di disservizio, recepito come un elemento concorrenziale in un contesto disagiato, si trasformi in un fattore positivo di valorizzazione del territorio.

³¹ Anche se nasce in tutt'altro contesto, la mera suggestione della teoretica sul “contatto sociale” evoca il tema dei doveri di protezione e di solidarietà, prescindenti da un titolo formale che ne costituisca la fonte.

³² In ipotesi, a composizione mista (ministeriale e locale).

(fondamentali), ma anche quella dei doveri di solidarietà sociale³³, intestabili in capo al medesimo.

Dell'adempimento di tali doveri sarà beneficiario, in prima battuta, l'ente locale³⁴, a prescindere dalla qualificazione soggettivo-amministrativa dell'individuo e, soprattutto, dall'astratta temporaneità e provvisorietà del collegamento del territorio³⁵.

L'apertura al riconoscimento di diritti e doveri del migrante "irregolare", deve, però, necessariamente passare dalla modifica del dato positivo vigente, che segua uno schema disancorato dalla legalità formale e prenda atto della rilevanza giuridica della condizione di fatto del contatto (seppure *sine titulo*) tra una persona ed un determinato territorio.

Ad esempio, *de iure condendo*, l'art. 2, comma 9, T.U.I. che impone allo «straniero presente nel territorio italiano l'osservanza degli obblighi di legge» dovrebbe espressamente contemplare «anche l'osservanza dei doveri *erga omnes*»).

Infatti, l'attività di integrazione sociale appare chiaramente bidirezionale, nel senso che essa non serve solo in prospettiva della regolarizzazione della posizione giuridica del migrante (che è dimensione individuale e soggettiva) e, dunque, della formalizzazione di un rapporto permanente con il territorio, ma anche in prospettiva di mantenere ordine ed armonia sul medesimo, debellando fattori antagonisti al suo sviluppo.

Non può trascurarsi, infatti, che già nelle zone meridionali del nostro Paese, il territorio "locale" registra un'economia tutt'altro che fiorente e l'inerzia su questo fronte ne rappresenta un ulteriore indice di disservizio amministrativo.

In questa ottica, l'integrazione sociale del migrante "irregolare" è un fattore di rilievo eminentemente pubblicistico, proprio del diritto amministrativo, esorbitante la dimensione individuale e nel quale possono concorrere momenti ponderativi e discrezionali che latitano, invece, nell'applicazione della regola formale allo stato vigente.

Pare opportuno, in prospettiva, che si prefiguri al più presto un sistema amministrativo che, nello stesso momento in cui presidia i confini territoriali, prenda atto dell'ineludibile lungaggine dei relativi tempi procedurali (oltre che delle conseguenze dell'esperimento vittorioso di azioni giurisdizionali da parte del migrante "irregolare").

Risulterebbe consona, pertanto, una continuità con il sistema amministrativo locale volto all'integrazione, che appare lontana dal quadro giuridico vigente, ove, com'è noto, per esempio, le Commissioni territoriali non assolvono a compiti funzionali all'integrazione, ma, semplicemente alla verifica della regolarità formale delle istanze.

In tale prospettiva, si avrebbe modo di riflettere anche su di un diverso meccanismo (magari unitario) di tutela giurisdizionale del migrante, specificatamente concentrato sul profilo della mancata integrazione (e di ben più ampio respiro rispetto al tema del riconoscimento dei diritti fondamentali).

³³ In parallelo al medesimo tema riguardante il migrante regolare, con i dovuti distinguo. Nel senso che lo studio sulla solidarietà non può limitarsi ai doveri di integrazione dello Stato nei confronti del migrante regolare, come i meccanismi di preservazione della sua identità culturale, ma anche dei doveri di cooperazione del migrante regolare nei confronti dello Stato, come il dovere di difesa della patria, A. RUGGERI, *Cittadini, immigrati e migranti, alla prova della solidarietà*, in *Dirittoimmigrazionecittadinanza.it*, 2, 2019.

³⁴ Ma ne trarrà vantaggio l'intero sistema.

³⁵ La componente temporale del collegamento al territorio dell'individuo potrà essere un indice valutativo dell'apporto alla valorizzazione del territorio locale, ma non un elemento ostativo a tale apporto.

ABSTRACT: *"Irregular" migrant's legal and administrative relevance*

The article contains, also in reforming perspective, a proposal to build an administrative organization's model, not only able to receive migrants into or to reject them from European and Italy's (as first reception country, like also Spain and Greece are) borders, but also to find favorable elements to obtain a good level of migratory flow's regulation. The starting point of reflection is the insufficiency of formal rules, that distinguish, nowadays, the "regular migrant", to whom are attributed citizens' rights, and the "irregular migrant", to whom is reserved the expulsive treatment. The basic mistake of this kind of rules, inspired by public order's aim, is that the migrant isn't treated as a person, until he isn't in a "legal" position, so that the "irregular" migrant is considered such as an ectoplasmic figure, although he is, enough early, in contact with local administrations and, over all, in contact with local community and local countries. Regardless the formal position of the migrant and in the meanwhile of his legal definition, he has a contact and different kinds of possible relationships with local people, from which can be considered the configuration of bidirectional solidarity's duty. The work proposes, among the other reflections, the reform of law and the constitution of special commissions, able to evaluate the level of contribution of the migrant to improve public life's quality in the local community, also to make him in a regular position.

ADMINISTRATIVE COOPERATION BETWEEN EU MEMBER STATES FOR THE APPLICATION OF THE “DUBLIN SYSTEM”

LAURA PERGOLIZZI*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Administrative cooperation and European law integration: evolution. – 3. administrative cooperation and the “Dublin system”. – 3.1. Procedural aspects. – 4. The “Dublin system” and the EU Member States: the Italian experience. – 5. Conclusion.

1. *Introduction*

Due to the European dimension of the “Common European Asylum System” (CEAS) the “Dublin system” provides for peculiar shapes of horizontal and vertical administrative cooperation, whose implementation demands the involvement of many public administrations and the employment of special Dialogue Instruments.

The logic of the system is the building of a common system of management of migration flows, in order to safeguard both the efficiency of the administrative action and the protection of the immigrants’ rights. The administrative cooperation should favour the smooth running of the entire Dublin system, but, as we are attempting to prove, it meets some limits which do not allow the actual pursuit of the sub-goals under the terms and conditions established.

Given these assumptions, the research will focus on the affirmation of the administrative cooperation in the field of the Dublin System made by the positive law and, subsequently, on the analysis of its effectiveness. Under a different aspect, in the end, the analysis will focus on the verification of the administrative cooperation effects of the “Dublin system” towards the procedural autonomy of the single Member States Authorities, starting from the Italian experience.

2. *Administrative cooperation and European law integration: evolution*

The Administrative Law legal theories pay close attention to the topic of the different shapes of European administrative cooperation¹ as a legal tool capable of

* PhD student in Legal Science, University of Messina.

¹ E. SCHMIDT-ABMANN, *Forme di cooperazione europea*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 473 ss. The Author reminds us that the implementation of administrative law in the European Community is dominated by two contrary principles, the “principle of separation” and the “principle of cooperation”. According to the principle of separation, the administrative functions are the responsibility of the European bodies or those of the Member States that perform them separately. It recognises that a “space of freedom, security and law” cannot be administered solely on the principle of separation. For those reasons, the criterion must be integrated with the principle of cooperation. R. CAVALLO PERIN, *La cooperazione amministrativa*, in *Giorn. dir.*

implementing the European Union principles².

This kind of approach is made necessary by the current context, in which it arises the development of a “global Juridical area”³ and, subsequently, of a “European juridical area” which paves the way for a possible scenario of a “European administrative area”⁴, which is no longer a matter of the Member States’ choices⁵ nor – as it was the case in the last decades – of the European Union, but rather of the submission of many administrative choices to the regulation of global regimes which also take a legal and judicial role, with procedures and decisions that have a major influence on the scope of the administrative action⁶.

The right to good administration is ensured through the use of a network system. In this network system Member States are integrated⁷.

Under this point of view, the administrative cooperation plays a more and more leading role also in the positive law field. It is sufficient to consider that, following the European Communities founding Treaties, the administrative cooperation was not a matter of European Law⁸.

Starting from the eighties, an informal cooperation has been developed, through regular meetings both on political and technical basis (c.d. *European Public Administration Network*) for the exchange of information and good practices as well as the execution of common studies and actions.

As a result of the creation of these interactions, a common and unified discipline was produced, which gathers, in a fluid and unsafe relationship, sources and activities of different extractions⁹.

The treaty signed in Lisbon in December 2007 has provided for a precise EU jurisdiction for supporting actions in the administrative cooperation field, in its European aims jurisdiction which does not replace the one of the Member States but must be exercised under the terms dictated by the Constitution¹⁰.

amm., 2010, p. 241 ss.; F. LAFARGE, *Administrative cooperation between Member States and Implementation of EU Law*, in *Eur. Pub. Law*, 2010, p. 498 ss.

² R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *Cooperazione amministrativa europea*, in *Dig. disc. pub.*, Milano, 2017, p. 193 ss.

³ S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma - Bari, 2003.

⁴ M. P. CHITI, A. NATALINI, (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, 2012; J. B. AUBY, J. DUTHEIL, (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, 2007.

⁵ F. FRACCHIA, *Legal organisation and the plurality of legal systems*, in FRACCHIA F. (a cura di), *Textbook of public law*, Napoli, 2014, p. 3.

⁶ M.P. CHITI, *La pubblica amministrazione*, in M. P. CHITI, (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013, p. 171.

⁷ F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012, p. 155.

⁸ B. MARCHETTI, *Sviluppi recenti nell'amministrazione dell'Unione europea: integrazione, disintegrazione o rigenerazione?* in *Riv. trim. dir. pub.*, 2018, p. 509 ss. In the way described by the Author of this study, the great European administrative challenge was, in short, to make so many different administrative apparatuses, those of the Member States, work in order to achieve common objectives.

⁹ B. MARCHETTI, *Sviluppi recenti nell'amministrazione dell'Unione europea: integrazione, disintegrazione o rigenerazione?*, cit., p. 511.

¹⁰ Article 197 of the Title XXIV (“Administrative Cooperation”) of the Treaty on the functioning of the European Union: «1. Effective implementation of Union law by the Member States, which is essential for the proper functioning of the Union, shall be regarded as a matter of common interest. 2. The Union may support the efforts of Member States to improve their administrative capacity to implement Union law. Such action may include facilitating the exchange of information and of civil servants as well as supporting training schemes. No Member State shall be obliged to avail itself of such support. The European Parliament and the Council, acting by means of regulations in accordance with the ordinary legislative procedure, shall establish

It looks appropriate to underline that the administrative cooperation is not limited, as in the past, to the informal cooperation among the Member States, but it is rather extended to the cooperation between them and the European Union¹¹, both as vertical cooperation, namely between the European and the national level¹², and as horizontal cooperation, among the national administrations of the Member States.

Among the fields which are most involved in the matter under examination on this research, we find the economic, competition, and banking sectors¹³, in relation to which the administrative cooperation allows the information flows and, subsequently, the comparison between the national economies and systems¹⁴.

Even in the area of tax administration, reached by directives aimed at coordinating the tax action of the different Member States, there is no lack of measures aimed at generating increasing interconnections between national executive systems¹⁵. As the doctrine said, «administrative cooperation is not only needed but is required by the very nature of the European single market and by freedoms of circulation that form the core of this market»¹⁶.

In addition, civil protection has recently been involved in a process of European integration based on strengthening administrative cooperation tools¹⁷.

the necessary measures to this end, excluding any harmonisation of the laws and regulations of the Member States. 3. This Article shall be without prejudice to the obligations of the Member States to implement Union law or to the prerogatives and duties of the Commission. It shall also be without prejudice to other provisions of the Treaties providing for administrative cooperation among the Member States and between them and the Union».

¹¹ F. BASILICA, F. BARAZZONI, *Diritto amministrativo e politiche di semplificazione*, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 80.

¹² F. CORTESE, *Gli strumenti per la cooperazione amministrativa verticale*, in www.astrid-online.it, 2012.

¹³ Since the 2008 financial crisis, the banking and financial supervisory tasks have been centralised, resulting in a radical reform of the Union's institutional architecture. In view of the previous framework, which is characterised by minimal harmonisation and weak coordination of national executive action, uniform industry rules have been adopted and direct regulatory and supervisory functions European Banking Authority (Eba), European Security Markets Authority (Esma) and European Insurance and Occupational Pensions Authority (Eiopa) set up under the European System of Financial Supervision (Esf).

¹⁴ S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, cit.

¹⁵ Adopting the Directive No. 2376/2015 the Union legislator amended Directive No. 16/2011 of 15 February 2011 on administrative cooperation in the field of taxation and repealing Directive No 779/77/EEC. The EU legislator introduced into European law new mechanisms for cooperation in the field of taxation, with the aim of creating horizontal cooperation between the competent authorities of the Member States. This objective is clearly expressed in Directive No 1164/2016 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market: «The current political priorities in international taxation highlight the need for ensuring that tax is paid where profits and value are generated. It is thus imperative to restore trust in the fairness of tax systems and allow governments to effectively exercise their tax sovereignty. These new political objectives have been translated into concrete action recommendations in the context of the initiative against base erosion and profit shifting (BEPS) by the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD). The European Council has welcomed this work in its conclusions of 13-14 March 2013 and 19-20 December 2013. In response to the need for fairer taxation, the Commission, in its communication of 17 June 2015 sets out an action plan for fair and efficient corporate taxation in the European Union».

¹⁶ F. LAFARGE, *Administrative cooperation between Member States and Implementation of EU Law*, in *Eur. Pub. Law* 2010, p. 498 ss.

¹⁷ S. WIDMÄLM, C. F. PARKER, T. PERSSON, *Civil Protection Cooperation in the European Union How Trust and Administrative Culture Matter for Crisis Management*, London, 2019, p. 1: «The EU and its Member States have committed themselves to the protection of their citizens, and a Europe that protects must be able to respond effectively when disaster strikes. The expression of this goal can be found in the solidarity clause in the

3. Administrative cooperation and “Dublin System”

The role of the administrative cooperation is also important in the field of international protection: the “Dublin System”¹⁸ is composed by the Dublin Convention¹⁹, the Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national, the so-called Dublin II Regulation, the Regulation (EU) No 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast), the so-called Dublin III Regulation, the Regulation (EU) No 603/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on the establishment of “Eurodac” for the comparison of fingerprints for the effective application of Regulation (EU) No 604/2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person and on requests for the comparison with Eurodac data by Member States’ law enforcement authorities and Europol for law enforcement purposes, and amending Regulation (EU) No 1077/2011 establishing a European Agency for the operational management of large-scale IT systems in the area of freedom, security and justice. It had enacted special forms of cooperation among Member States.

As it is well known, the condition upon which it’s possible to begin the procedure for granting the right of asylum is the individuation of the State responsible for examining an asylum application.

In order to assess such a State, the Regulation has introduced some evaluation criteria among which it is given priority to the minors’ protection and to the family unity²⁰. If there are not such necessities, the Member State in charge is the one which has released a permit or a visa to the asylum seeker²¹. If none of these criteria can be fulfilled, it is in charge the Member State in which the person has illegally entered (“first entry” criterion)²². In any

Treaty on the Functioning of the EU, which establishes a legal obligation for the EU and its member states to assist each other when an EU country is the object of a terrorist attack or a natural or man made disaster. To this end, the EU has created a civil protection mechanism and an accompanying operational hub in the form of the Emergency Response Coordination Centre (ERCC) which coordinates the response of the participating countries in the event of a crisis».

¹⁸ B. KASPAREK, *Complementing Schengen: The Dublin System and the European Border and Migration*, in H. BAUDER, C. MATHEIS (eds.), *Migration Policy and Practice. Interventions and Solutions*, London, 2016.

¹⁹ The “Dublin System” takes its name from the Dublin Convention, which was signed in Dublin in 1990 and came into effect in 1997.

²⁰ Article 6-8, Regulation (EU) No. 604/2013.

²¹ Article 12-14, Regulation (EU) No. 604/2013.

²² Article 3, Regulation (EU) No. 604/2013: «1. Member States shall examine any application for international protection by a third-country national or a stateless person who applies on the territory of any one of them, including at the border or in the transit zones. The application shall be examined by a single Member State, which shall be the one which the criteria set out in Chapter III indicate is responsible. 2. Where no Member State responsible can be designated on the basis of the criteria listed in this Regulation, the first Member State in which the application for international protection was lodged shall be responsible for examining it. Where it is impossible to transfer an applicant to the Member State primarily designated as responsible because there

case, every Member State can decide to examine the request of international protection on humanitarian grounds (humanitarian clause)²³.

3.1. *Procedural aspects*

As stated above, the administrative cooperation plays a key role in the administrative procedure establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person.

The procedure is based on the taking charge of the asylum seeker request, which is followed by the complex procedure of the transfer of the same request across the Member States. The Member State must: take in charge the asylum seeker which has made the request in another Member State; end the examination of the asylum request; retake in charge the asylum seeker who has withdrawn his request during the procedure and who has submitted the request in another Member State; retake in charge the citizen of a third Country whose request had been previously rejected by the same Member State and who is in another Member State without authorization²⁴. The requested Member State proceeds

are substantial grounds for believing that there are systemic flaws in the asylum procedure and in the reception conditions for applicants in that Member State, resulting in a risk of inhuman or degrading treatment within the meaning of Article 4 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the determining Member State shall continue to examine the criteria set out in Chapter III in order to establish whether another Member State can be designated as responsible. Where the transfer cannot be made pursuant to this paragraph to any Member State designated on the basis of the criteria set out in Chapter III or to the first Member State with which the application was lodged, the determining Member State shall become the Member State responsible. 3. Any Member State shall retain the right to send an applicant to a safe third country, subject to the rules and safeguards laid down in Directive No 2013/32/EU».

²³ Article 17, Regulation (EU) No. 604/2013. «1. By way of derogation from Article 3, each Member State may decide to examine an application for international protection lodged with it by a third-country national or a stateless person, even if such examination is not its responsibility under the criteria laid down in this Regulation. The Member State which decides to examine an application for international protection pursuant to this paragraph shall become the Member State responsible and shall assume the obligations associated with that responsibility. Where applicable, it shall inform, using the “DubliNet” electronic communication network set up under Article 18 of Regulation (EC) No 1560/2003, the Member State previously responsible, the Member State conducting a procedure for determining the Member State responsible or the Member State which has been requested to take charge of, or to take back, the applicant. The Member State which becomes responsible pursuant to this paragraph shall forthwith indicate it in Eurodac in accordance with Regulation (EU) No 603/2013 by adding the date when the decision to examine the application was taken. 2. The Member State in which an application for international protection is made and which is carrying out the process of determining the Member State responsible, or the Member State responsible, may, at any time before a first decision regarding the substance is taken, request another Member State to take charge of an applicant in order to bring together any family relations, on humanitarian grounds based in particular on family or cultural considerations, even where that other Member State is not responsible under the criteria laid down in Articles 8 to 11 and 16. The persons concerned must express their consent in writing. 29.6.2013 Official Journal of the European Union L 180/41 EN The request to take charge shall contain all the material in the possession of the requesting Member State to allow the requested Member State to assess the situation. The requested Member State shall carry out any necessary checks to examine the humanitarian grounds cited, and shall reply to the requesting Member State within two months of receipt of the request using the ‘DubliNet’ electronic communication network set up under Article 18 of Regulation (EC) No 1560/2003. A reply refusing the request shall state the reasons on which the refusal is based. Where the requested Member State accepts the request, responsibility for examining the application shall be transferred to it».

²⁴ Article 20, Regulation (EU) No 343/2003.

with the necessary verification and decides on the request of taking charge within two months from the reception of the request. The case of no refusal in the established term it is considered as an implicit acceptance and reinforces the jurisdiction if the requested member State.

The implementation of the entire procedure is made through shapes of administrative cooperation. The Regulation (EU) n. 604/2013 (Dublin III Regulation) dictates tools of cooperation based on the exchange of information on the claimant (personal relevant data appointed by the regulation) between the Authorities who are in charge to determine the EU Member State competent for the examination of the asylum request, even through the contextual implementation of the “Eurodac System” regulation, which has the purpose to provide for personal data, such as fingerprints, to allow a “sure” determination of the Competent Member State for the examination of any asylum request made in the EU area²⁵.

On 6 April 2016, the Commission set out its priorities for improving the Common European Asylum System (CEAS) in its Communication “Towards a reform of the Common European Asylum System and enhancing legal avenues to Europe”. The Commission announced that it would progressively work towards reforming the existing Union framework on asylum, to establish a sustainable and fair system for determining the Member State responsible for examining asylum applications, reinforce the Eurodac system, achieve greater convergence in the asylum system, prevent secondary movements, and establish an enhanced mandate for the European Asylum Support Office (EASO)²⁶. As we know, although the need for reform has been recognised by the European Parliament and the Council, it has not been adopted.

4. The “Dublin system” and EU Member States: the Italian experience

The “Dublin system” produces an impact on the procedural autonomy of the Authorities of the single Member State, under the aspect of both the administrative organization and action. This is a widespread phenomenon in relation to the legal institutions of administrative law, which are involved in the field of the European law integration²⁷.

As far as the Italian experience is concerned, it is useful to examine particularly the “Dublin Unit”. As part of the Department for the civil laws and immigration of the Ministry of the Interior, it is responsible for the determination of the competent State to examine the request of international protection, for the organization of the transfers and for the running of all the supporting activities (parliamentary question, law changing,

²⁵ Article 1, Regulation (EU) No. 2725/2000. The “Central Unit”, as a part of the Commission, works across an automated fingerprints identification system and a central database.

²⁶ EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the establishment of 'Eurodac' for the comparison of fingerprints for the effective application of [Regulation (EU) No 604/2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person], for identifying an illegally staying third-country national or stateless person and on requests for the comparison with Eurodac data by Member States' law enforcement authorities and Europol for law enforcement purposes*, Brussels, 4.05.2016 COM(2016) 272 final.

²⁷ C. FRANCHINI, *L'organizzazione amministrativa dell'Unione europea*, in M. P. CHITI (ed.), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013, p. 237.

participation to meetings, even at EU level) and those related to judicial dispute.

To fulfill this purpose, it is necessary to establish different relations with Ministries (for example, Ministry for Foreign Affairs) and other Departments (for example, Police State Department) and, beyond the national borders, with the EU institutions in a vertical way (for example with the “European asylum support office”) and with other Member States in a horizontal way (for example, with the analogous authorities of the other EU member States); it is equipped with special instruments of administrative cooperation provided by the Law. It cooperates with the UNHCR and the OIM, international organizations dealing with asylum and immigration²⁸.

It is a very articulated network of relations and subjects which, for the purpose of a proper implementation of different shapes of administrative cooperation, should imply that all the involved public administrations work in synergy respecting the rules of the loyal cooperation.

5. *Conclusions*

Facing the European crisis, it is necessary to discover a deep judicial, administrative and constitutional dimension for the enactment of a key role in the relations between law, politics and economics, leading to a new European order²⁹.

The achievement of this purpose is made more urgent when related to subjects such as immigration and upon the perspective of an effective realization of a “Common European Asylum System” based on the loyal cooperation among all Member States. For this purpose, the cooperation between public administrations can contribute but cannot suffice by itself.

It is evident that the EU legislator aims at building a common migration management system to improve the efficiency of the administrative action and to protect immigrants’ rights, but, at the same time, it undermines its effectiveness by failing in giving a proper direction of the ways through which it is possible to achieve such a result. The Dublin III Regulation shows some problematic aspects which endanger the actual pursuit of the objectives under the terms and the conditions established. A recent study has shown that there is a discrepancy between the European Union’s ambitions to create a harmonized reception system for asylum seekers and reality. «National differences in reception conditions, access to integration measures and social rights undermine the supranational efforts to coordinate policies across the region. These differences encourage secondary movement by migrants, movement that the Common European Asylum System (CEAS) was intended to prevent. The current economic crisis heightens these differences, creating tension between countries and increasing the importance of reconsidering the common knowledge on harmonization efforts in Europe»³⁰.

²⁸ www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it.

²⁹ A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Milano, 2018.

³⁰ J. P. BREKKE, G. BROCHMANN, *Stuck in Transit: Secondary Migration of Asylum Seekers in Europe, National Differences, and the Dublin Regulation*, in *Jour. Refug. St.*, 2015, p. 146 ss. Some States, such as Hungary, have reintroduced border controls since 2015 to protect public order and internal security.

It is clear that the actual flow of the information exchange should imply the overcoming of the inconsistency which characterize the activities of the different Authorities responsible for the implementation of the duties enacted by the Dublin Regulation and of the referent organizational models.

The integration of the different Authorities' actions should also imply a support under the scope of the economic resources coming from the EU. The Regulation “Dublin III” seems, on the opposite, to move towards an opposite direction, whereas it says that «the Member States provide for such authorities to have the necessary resources for the fulfilling of their duties and, in particular, to answer within the established terms to the information requests, to the taking charge requests and to the retaking in charge requests»³¹. This creates the actual risk of a malfunction in the cooperation system caused by the inconsistency of the tools and of the resources at disposal of the Authorities of the different EU Member States.

It is instead necessary that the rules of the administrative cooperation are followed by stakeholders with homogeneous features; they are actually able to cooperate, that is they are provided with specific knowledge, suitable for the exchanges. We are talking about linguistic competences, but also technological ones, which need high specialization and, above all, resources³². If it is true that the migratory system is a matter of interest of the European Union, in the aim of the realization of a European asylum common area, the administrative cooperation should be promoted, favoured and highly monitored, even for the aim of avoiding the risk of inactivity, during cooperation, of the public administration of some Member States, which could put the entire system at risk, also undermining the foreign citizen asylum seeker's rights.

ABSTRACT: *Administrative cooperation between the different eu member states for the application of the “dublin system”*

This work aims to examine the model of administrative cooperation introduced in the context of the “Dublin system” establishing the mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection by a third - country national or a stateless person. The rationale for promoting forms of cooperation and dialogue between public administrations is to build an integrated system of “management” of migration flows, to guarantee the efficiency of administrative action and the protection of the rights of foreign citizens. Finally, we need to reflect on the effective enforcement of the system. From the analysis of the application reflexes some basic criticalities would seem to emerge worthy of attention.

³¹ Art. 35, Regulation (EU) No. 343/2003.

³² R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *Administrative Cooperation in the Public Contracts and Service Sectors for the Progress of European Integration*, in F. MERLONI, A. PIOGGIA (eds.), *European democratic Institutions and administrations. Cohesion and innovation in times of economic crisis*, Switzerland, 2018, p. 193: «Professionally adequate organizations, capable of pursuing the public interests and of ensuring the effectiveness of public authorities, are required. The lack of professionalism and skills determines inadequacy in correctly performing public activities. Professionalism thus becomes the essential prerequisite of a structural reorganization and allocation of functions, including the cooperation among European administrations. Such capacities are needed to avoid that “substantial ineffectiveness – even if not formal – of European law” determines inefficiencies of administrative structures, thus resulting in “asymmetries” in the implementation of European la

LE CONSEGUENZE GIURIDICHE DELL'APPLICAZIONE DEL REGOLAMENTO (UE) 2016/679 NELLA GESTIONE DEI FLUSSI MIGRATORI

MIRKO FORTI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Approfondire il concetto di privacy nella cultura africana e asiatica per comprendere le necessità in tema di riservatezza di migranti e rifugiati. - 3. Il ruolo dei social media nel viaggio dei migranti e i profili di tutela del diritto alla privacy. - 3.1. Il consenso al trattamento dei dati personali da parte dei migranti nel contesto delle operazioni di sorveglianza dei confini. - 4. La nozione di dato personale nell'epoca digitale. - 4.1. I metadati e i possibili profili di rischio per la privacy e l'autonomia informativa di migranti e rifugiati. - 5. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

Acqua, telefono e cibo¹. Sono queste le necessità più impellenti a cui devono far fronte i migranti prima di intraprendere il lungo viaggio dalla terra natia per arrivare ai confini europei. Lo *smartphone* è quindi considerato come un bene di prima necessità da cui non è possibile separarsi. Viene utilizzato per molteplici scopi: per comunicare con i propri cari, per ottenere informazioni vitali in merito al percorso da seguire, ad eventuali controlli di frontiera e procedure burocratiche da seguire per ottenere visti e permessi, come traduttore di emergenza e anche per testimoniare le varie fasi del viaggio.

Il telefonino di ultima generazione permette inoltre la connessione ai *social media* come *Facebook* e *Twitter* che sono anch'essi un valido strumento per rimanere in contatto con la propria comunità di origine così come per confrontare le proprie esperienze e favorire l'integrazione nel Paese di destinazione.

L'utilizzo dei *social network*, e più in generale delle nuove tecnologie, da parte dei migranti solleva però alcune questioni di carattere giuridico che meritano di essere adeguatamente affrontate. *In primis* si vuole fare riferimento al diritto alla privacy dei soggetti coinvolti. La connessione a piattaforme *on-line* può infatti metterne a rischio i dati personali; si pensi all'impiego di una rete *wi-fi* non adeguatamente protetta e criptata, suscettibile di essere sorvegliata da autorità nazionali o addirittura *hackerata* da soggetti terzi con intenzioni ostili. Non è poi inusuale che i trafficanti di esseri umani continuino ad esercitare un qualche potere sulle loro vittime, anche al termine del viaggio, controllando i loro profili *social* e tenendoli quindi ancora in loro soggezione.

Un altro profilo meritevole di attenzione riguarda la raccolta di dati biometrici da parte delle Autorità nazionali e delle Organizzazioni Non Governative coinvolte nella

* Dottorando in Diritto, curriculum in Diritto civile, commerciale e internazionale (DCCI), XXXII ciclo, Università di Genova.

¹ I.KAPLAN, *How smartphones and social media have revolutionized refugee migration*, in *UNHCR Blogs*, <https://www.unhcr.org/blogs/smartphones-revolutionized-refugee-migration/> (consultato il 15 maggio 2019).

gestione dei flussi migratori. Tali soggetti devono raccogliere una grande quantità di dati relativa ai migranti, come a esempio le impronte digitali, al fine di provvedere loro un'accoglienza efficace evitando altresì rischi di qualsiasi tipo per gli altri cittadini originari del Paese di destinazione. La gestione di dette informazioni deve essere però condotta in pieno rispetto del diritto alla riservatezza dei soggetti coinvolti: i dati devono essere immagazzinati in maniera sicura e i migranti devono essere pienamente consapevoli di quali informazioni hanno condiviso con le Autorità e per quali finalità.

Il presente articolo propone una riflessione su tali temi, partendo da una domanda fondamentale: quali conseguenze hanno i *social media*, e più in generale le nuove tecnologie informatiche, sulla privacy e sulla tutela dei dati personali dei migranti? I flussi migratori e Internet sembrano apparentemente due mondi distinti, senza alcun punto di contatto, ma non è assolutamente così.

Al fine di poter rispondere a questa domanda, occorre però fare un passo indietro partendo dal concetto basilare di riservatezza e riflettendo su come tale idea sia stata recepita da culture diverse tra loro. L'idea di privacy per il legislatore europeo o per l'operatore occidentale di un'Organizzazione Non Governativa può essere ben diversa rispetto a quella sviluppata da un migrante africano o medio orientale. Tale diversità di vedute deve essere tenuta in debita considerazione per avere una normativa attenta alle effettive esigenze delle persone coinvolte. Dopo questo primo passo, l'attenzione si concentra sull'utilizzo dei *social media* da parte dei migranti e dei rifugiati: la presente ricerca ne vuole capire l'importanza nonché gli eventuali fattori di rischio. Per fare ciò, è necessario tenere in considerazione anche gli ultimi sviluppi normativi europei in tema di protezione dei dati personali, come il Regolamento 2016/679 (da qui in avanti anche GDPR)²

2. Approfondire il concetto di privacy nella cultura africana e asiatica per comprendere le necessità in tema di riservatezza di migranti e rifugiati

Le persone che, al termine di un lungo viaggio in cui hanno magari rischiato la vita, si ritrovano in un nuovo ambiente a dover rispondere a domande di ogni genere sono frequentemente in uno stato di stress tale che non permette loro di comprendere appieno i quesiti che vengono loro rivolti. Il differente *background* culturale tra migranti e addetti dei campi di accoglienza rende spesso complesso il dialogo tra questi due gruppi di soggetti, per non parlare delle diversità linguistiche. In una simile situazione, può accadere che vi sia una discordanza tra la definizione formale di privacy recepita dalla legislazione europea e il pensiero dei migranti a riguardo delle informazioni che sono disposti a condividere³.

Tutto ciò porta a un mancato rispetto dei diritti fondamentali della persona, che deve essere adeguatamente informata sul trattamento a cui sono sottoposte le informazioni che

² 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), in GU L119, 4 maggio 2016, p. 1 ss.

³ M. LATONERO ET AL, *Digital identity in the migration and refugee context. Italy case study*, <https://datasociety.net/output/digital-identity-in-the-migration-refugee-context/> (consultato il 16 maggio 2019).

la riguardano. Al fine di garantire tale tutela, occorre comprendere appieno come la nozione di riservatezza si sia evoluta nel contesto culturale di origine dei migranti stessi, ossia prevalentemente quello africano e asiatico.

Il concetto di privacy è probabilmente troppo complesso per essere ridotto a un solo pensiero⁴, poiché risente delle perduranti influenze culturali di una società in continuo mutamento. La prima definizione dell'epoca moderna lo definiva come il diritto ad essere lasciati soli (*right to be left alone*)⁵, ma il successivo dibattito intorno all'idea di privacy non si è certo fermato a questa affermazione. La mancanza di una definizione univoca e unanime di tale concetto può anche non essere avvertita come una debolezza; permette infatti al legislatore di adeguare la propria normativa in tale ambito al mutare delle esigenze riscontrate nella società con un certo margine di flessibilità⁶. La rapida diffusione delle nuove tecnologie di comunicazione, e in particolare di Internet, ha infatti richiesto una progressiva evoluzione del diritto alla riservatezza da come originariamente formulato da Warren e Brandeis nel 1890. La costante connessione alla rete informatica a cui sono sottoposte le persone nell'epoca moderna, va ad erodere gli spazi intimi e privati di ogni individuo, che non può più realisticamente chiedere di essere lasciato solo⁷. Acquista valore il poter controllare quali dati scegliamo di condividere attraverso Internet; da uno *ius excludendi alios* si passa gradualmente a un diritto all'autodeterminazione informativa⁸.

La moderna idea di privacy è nata e si è sviluppata nel contesto culturale occidentale; è un dato di fatto che non deve essere dimenticato durante il confronto su tali temi con migranti e rifugiati che provengono da regioni differenti. La società americana ed europea si è focalizzata sui benefici che il diritto alla riservatezza può apportare agli individui in quanto tali⁹, come il poter assicurare l'autonomia, la dignità e la soggettività del singolo. La privacy viene quindi intesa come condizione imprescindibile per l'autorealizzazione della persona¹⁰ e questo può causare tensioni con i bisogni dell'intero gruppo sociale¹¹. Culture che non sono basate sul concetto di individualismo potrebbero perciò avere difficoltà ad accettare nel loro ordinamento il diritto alla privacy¹².

Ai fini della presente analisi, occorre valutare che ruolo può avere il valore della riservatezza nel contesto culturale da cui provengono la maggior parte dei migranti e dei rifugiati, ossia quello africano e medio-orientale. A tal proposito, appare significativo che la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli¹³ non si pronunci in merito al diritto alla privacy, a differenza di altri Trattati regionali come la Carta dei diritti fondamentali

⁴ D. J. SOLOVE, *Nothing to hide: the false tradeoff between privacy and security*, New Haven, CT, 2011, p. 24 ss.

⁵ S. WARREN, L. D. BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, n.4, 1890, p. 193 ss.

⁶ L.A. BYGRAVE, *The place of privacy in data protection law*, in *University of New South Wales Law Journal*, n. 24, 2001, p. 277 ss.

⁷ S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p.19 ss.

⁸ L. LUSKY, *Invasion of privacy: a clarification of concepts*, in *Columbia Law Review*, 72, 1972, p. 693 ss.

⁹ L. A. BYGRAVE, *Privacy protection in a global context – A comparative overview*, in *Scandinavian Studies in Law*, vol. 47, 2004, p. 319 ss.

¹⁰ A. F. WESTIN, *Privacy and freedom*, New York, 1970, p. 39 ss.

¹¹ P. M. REGAN, *Legislating privacy: technology, social values and public policies*, Chapel Hill/Londra, cap.8.

¹² L. A. BYGRAVE, *Privacy and data protection in an international perspective*, in *Scandinavian Studies in Law*, vol.56, 2010, p. 176 ss.

¹³ Organization of African Unity, OAU Doc. CAB/LEG/67/3, rev.5, 21 I.L.M. 58 (1982), 27 giugno 1981, *Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli*, Banjul, <http://www.achpr.org/instruments/achpr/> (consultato il 20 maggio 2019).

dell'Unione europea¹⁴. La società africana viene spesso vista come un ambiente che riserva uno spazio limitato all'individuo a favore di una maggiore attenzione ai bisogni dell'intera comunità¹⁵. La filosofia africana dell'*Ubuntu* fa sì che i singoli membri non possano pensare alla propria realizzazione individuale senza il consenso del gruppo sociale, della famiglia del clan o della tribù a cui appartengono¹⁶.

In una società con tali caratteristiche, il principio della privacy può trovare uno spazio assai limitato: lo spazio riservato alla singola persona soccombe di fronte alle esigenze dell'intera comunità.

Sarebbe però un errore inquadrare una cultura in una categoria statica e senza successive evoluzioni¹⁷. La rapida diffusione delle nuove tecnologie di comunicazione ha sollevato la questione del diritto alla privacy anche nel continente africano¹⁸; gli utenti sono infatti connessi a livello globale, sperimentando le stesse esperienze di navigazione cibernetica, e quindi gli stessi rischi per la protezione dei propri dati personali, con cui si confrontano gli internauti di Europa e Stati Uniti. I grandi *Internet Service Provider* hanno inoltre ormai da tempo rivolto i propri interessi commerciali anche verso l'Africa, mostrando una sempre crescente attenzione per le informazioni virtuali dei consumatori africani. Tenendo in considerazione anche elementi socio-economici, si può dedurre che la crescente urbanizzazione che sta caratterizzando il territorio africano ha come conseguenza principale la graduale perdita, o perlomeno l'attenuazione, del sentimento di condivisione e solidarietà reciproca che si aveva nelle fattorie a conduzione familiare tipiche dell'Africa dei tempi scorsi¹⁹. Si è poi osservato che uno dei Paesi più rappresentativi del mondo occidentale, ossia gli Stati Uniti, non si è ancora dotato di una legge a livello federale in materia di tutela dei dati personali: la base culturale individualista non è quindi sempre sinonimo di attenzione al valore della riservatezza²⁰.

Al termine di questa breve analisi, si può concludere che il principio della privacy è presente anche nella cultura africana, seppur con sfumature e caratteristiche diverse rispetto a come si presenta nel mondo occidentale. Fattori come la crescente urbanizzazione²¹ originata dai processi di globalizzazione economica hanno contribuito a scardinare la coesione sociale da cui erano legate le persone nel contesto africano, così come le nuove tecnologie hanno esaltato il ruolo dell'individuo. L'attenzione primaria alle esigenze del proprio gruppo sociale di riferimento rimane però forte e chiara. Le pratiche di accoglienza dei migranti devono perciò tenere conto anche di questi aspetti; la stretta coesione del gruppo familiare di origine e la volontà di tenere le proprie vicende private all'interno di tale unità.

¹⁴ Unione europea, 2012/C 326/02, 12 dicembre 2007, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in GUCE C 326 del 26 dicembre 2012, p. 391 ss.

¹⁵ E. J. LASSITER, *African culture and personality: bad social science, effective social activism or a call to reinvent technology?*, in *African Studies Quarterly*, n. 3, 2000, p.1 ss.

¹⁶ M. N. KAMWANGAMALU, *Ubuntu in South Africa: a sociolinguistic perspective to a Pan-African concept*, in *Critical Arts: South-North Cultural and Media Studies*, vol. 13, n. 2, 1999, p. 24 ss.

¹⁷ L. A. BYGRAVE, *Privacy and data protection*, cit.

¹⁸ D. BANISAR, *Linking ICTs, the right to privacy, freedom of expression and access to information*, in *East African Journal of Peace and Human Rights*, n. 16, 2010, p. 124 ss.

¹⁹ A. B. MAKULILLO, "A person is a person through other persons" – A critical analysis of privacy and culture in Africa, in *Beijing Law Review*, 2016, p. 192 ss.

²⁰ A. B. MAKULILLO, "A person is a person through other persons", cit.

²¹ A. B. MAKULILLO, "A person is a person through other persons", cit.

L'attenzione ai bisogni della propria famiglia è anche uno dei motivi principali per cui i *social media* vengono utilizzati da migranti e rifugiati.

3. Il ruolo dei *social media* nel viaggio dei migranti e i profili di tutela del diritto alla *privacy*

Lo *smartphone* è infatti lo strumento principale che utilizzano per mantenere i contatti con la propria comunità di origine. *Facebook*, *Twitter* così come le *app* di messaggistica come *Whatsapp*, permettono infatti di comunicare in tempo reale anche con soggetti localizzati a grande distanza e a un costo irrisorio: basta solamente poter usufruire di una connessione *wi-fi* o del traffico dati.

Attraverso tali modalità, vengono scambiate preziose informazioni sugli aspetti salienti del viaggio per arrivare in Europa. I migranti che hanno compiuto con successo il loro percorso possono comunicare a coloro intenzionati a seguire i loro passi quale strada intraprendere²².

Lo *smartphone* funziona inoltre come testimonianza digitale, grazie alla sua caratteristica multimedialità²³ che gli permette di funzionare sia come macchina fotografica, che come videocamera che come strumento attraverso il quale mandare messaggi di testo. Le foto e i video raccolti durante il viaggio permettono ai migranti di testimoniare la propria situazione ai famigliari rimasti nel Paese natale, così come di comunicare con le persone incontrate durante il percorso e nella città di destinazione, al fine di documentare la propria storia e di cercare punti di contatto per un'efficace integrazione. Le testimonianze possono però anche includere le sevizie e gli abusi a cui sono sottoposti dai trafficanti di esseri umani durante il pericoloso viaggio.

Attraverso i gruppi *Facebook* i migranti hanno la possibilità di confrontarsi e scambiarsi informazioni fondamentali per la riuscita del loro viaggio. Esplorando il famoso *social network*²⁴, è infatti possibile individuare numerosi *forum* aventi come oggetto di discussione tematiche come i controlli ai confini, i permessi burocratici necessari, il tempo atmosferico lungo il percorso.

L'utilizzo dei *social media* può però presentare dei profili di rischio per la *privacy* e per la sicurezza dei migranti che meritano di essere menzionati. *In primis*, il totale affidamento che viene fatto nei confronti degli *smartphone* può lasciare tali soggetti in pericolo nel caso di malfunzionamento di tali strumenti. In questi casi, i migranti vengono privati di un importante fonte di informazioni e devono fare affidamento sulle persone che incontrano durante il loro viaggio per ricevere aiuto e indicazioni, con il rischio di incappare in malintenzionati. *Facebook* viene inoltre utilizzato anche dai trafficanti di esseri umani per reclutare potenziali vittime per i loro traffici²⁵: pubblicizzano i propri "servizi" sulle

²² M. BRUNWASSER, *A 21st-century migrant's essentials: food, shelter, smartphone*, in *The New York Times*, 25 agosto 2015, <https://www.nytimes.com/2015/08/26/world/europe/a-21st-century-migrants-checklist-water-shelter-smartphone.html> (consultato il 20 maggio 2019).

²³ M. GILLESPIE ET AL., *Mapping refugee media journeys smartphones and social media networks*, Research Report The Open University, 13 maggio 2016, https://www.open.ac.uk/cog/sites/www.open.ac.uk/files/Mapping%20Refugee%20Media%20Journeys%2016%20May%20FIN%20MG_0.pdf (consultato il 20 maggio 2019).

²⁴ M. GILLESPIE ET AL., *Mapping refugee media journeys*, cit.

²⁵ M. GILLESPIE ET AL., *Mapping refugee media journeys*, cit.

bacheche dei propri *account social*, spiegando le modalità del viaggio e i relativi costi²⁶. Sullo stesso sito è inoltre possibile acquistare passaporti o altri documenti falsi per superare i controlli alle frontiere²⁷.

Gli *smartphone* racchiudono un'enorme quantità di dati relativa al proprietario e questo può rappresentare una minaccia alla tutela della riservatezza e dell'intimità della singola persona. La possibilità di utilizzare strumenti quali il GPS può aiutare i migranti a trovare la strada più sicura da percorrere, ma apre spazi per la sorveglianza e il controllo di suddetti *device*²⁸. Diversi soggetti intervistati hanno espresso chiaramente la loro preoccupazione che i *social media* e le *app* di messaggistica come *Whatsapp* e *Viber* possano essere sorvegliate dai governi e dalle autorità nazionali²⁹. Tale timore ha un fondamento ben preciso: le moderne tecnologie permettono di estrarre da *device* come *smartphone* e *laptop* dati di diverso tipo, come i messaggi inviati e la cronologia della localizzazione geografica³⁰. Queste informazioni possono essere un valido strumento a disposizione delle autorità nazionali per la gestione dei flussi migratori e per la lotta al traffico di esseri umani. Ad esempio, individuare da dove si è stabilita una connessione Internet può contribuire all'individuazione di nuove rotte/percorsi utilizzati dai migranti per oltrepassare in maniera illegale un determinato confine. Il monitoraggio dei *social media* può inoltre aiutare a scoprire come i trafficanti entrano in contatto con le proprie potenziali vittime.

I rischi per la *privacy* sollevati da tali procedure sono però rilevanti: il telefono è spesso uno degli ultimi angoli di riservatezza e intimità rimasti per queste persone.

3.1. *Il consenso al trattamento dei dati personali da parte dei migranti nel contesto delle operazioni di sorveglianza dei confini*

Il Regolamento (UE) 2016/679 segna uno spartiacque nell'approccio normativo europeo alla protezione dei dati personali e alla tutela del diritto all'autonomia informativa. La scelta del legislatore europeo di utilizzare lo strumento del Regolamento non è certamente casuale; l'intento è quello di fornire una disciplina immediatamente applicabile su tutto il territorio dell'Unione europea, evitando così applicazioni disarmoniche e non uniformi da parte degli Stati membri. Il risultato auspicabile è quello di garantire una certa prevedibilità della normativa applicabile per tutti i cittadini europei, evitando quanto più possibile confusione e fraintendimenti, nonché diversi standard di *data protection* a seconda del Paese coinvolto. Il GDPR, pur ponendosi in sostanziale continuità con la previgente normativa, introduce numerose novità in materia di *privacy*: pur non essendo strettamente argomento della presente trattazione, vale la pena ricordare tra le innovazioni i concetti di

²⁶ S. STARR, *Human smugglers use facebook to recruit migrants*, in *The Star*, 9 luglio 2015, <https://www.thestar.com/news/world/2015/07/09/human-smugglers-use-facebook-to-recruit-migrants.html> (consultato il 21 maggio 2015).

²⁷ K. KALAMUR, *The flourishing black market in Syrian passports*, in *The Atlantic*, <https://www.theatlantic.com/international/archive/2015/11/fake-syrian-passports/416445/> (consultato il 21 maggio 2019).

²⁸ L. TAYLOR, *No place to hide? The ethics and the analytics of tracking mobility using mobile phone data*, in *Environment and Planning D: Society and Space*, vol. 34 (2), 2016, p. 319 ss.

²⁹ M. LATONERO ET AL., *Digital identity in the migration*, cit.

³⁰ M. MEAKER, *Europe is using smartphone data as a weapon to deport refugees*, in *Wired*, 2 luglio 2018, <https://www.wired.co.uk/article/europe-immigration-refugees-smartphone-metadata-deportations> (consultato il 22 maggio 2019).

privacy by design e *privacy by default*, secondo i quali ogni trattamento dati deve essere progettato tenendo conto sin dalla sua ideazione della normativa in vigore. Per la prima volta in tale ambito, è la tecnologia ad adattarsi alle regolamentazioni legislative e non viceversa. Il GDPR riconosce inoltre numerosi diritti agli interessati dal trattamento dati, cioè a coloro le cui informazioni vengono raccolte e gestite per le più diverse finalità. A tal proposito si può segnalare il cd. diritto all'oblio (art.17 GDPR), secondo il quale ogni persona ha il diritto di richiedere che i propri dati personali vengano “fatti cadere nell'oblio” e non più processati dal titolare del trattamento quando ricorrono specifiche condizioni. All'interessato viene inoltre garantita la portabilità dei suoi dati (art.20) e il diritto all'accesso alle proprie informazioni, grazie al quale deve essere messo al corrente dei trattamenti dati a cui è sottoposto.

A tal proposito, il primo quesito che occorre affrontare è se i migranti e richiedenti asilo sono effettivamente consapevoli di quali dati che li riguardano sono raccolti e secondo quali modalità. L'art.7 del Regolamento (UE) 2016/679 stabilisce il diritto del soggetto interessato di esprimere il proprio consenso al trattamento delle informazioni che lo riguardano. Affinché possa validamente acconsentire, la persona deve essere informata in maniera chiara, corretta e con un linguaggio semplice e adeguato sulla gestione e sulle finalità del trattamento stesso.

Tali requisiti si scontrano però con la realtà quotidiana della sorveglianza dei confini e delle procedure di accoglienza dei migranti. Il procedimento di raccolta delle prime informazioni e dei dati biometrici come le impronte digitali viene infatti espletato al momento del primo contatto con le autorità nazionali di frontiera; le persone, spesso stressate dal lungo viaggio e ancora in uno stato di confusione dai pericoli trascorsi durante le difficili traversate, non hanno effettiva contezza di quali dati stanno condividendo e per quali scopi. In tali occasioni, può essere avvertita una sorta di coercizione e abuso del diritto alla tutela dei dati personali³¹. Un ulteriore elemento di confusione può essere dato dalle differenze linguistiche e culturali: il termine “privacy” può rimanere un concetto astratto e non pienamente compreso dai soggetti coinvolti. Non vi è una chiara consapevolezza riguardo agli enti con cui i dati raccolti verranno condivisi: in varie interviste i migranti hanno espresso la preoccupazione che tali informazioni venissero fornite alla polizia³².

Questo diffuso timore porta gli interessati a cercare di evitare qualsiasi contatto con le istituzioni pubbliche con lo scopo di evitare di fornire i propri dati e finire sotto sorveglianza³³. I migranti spesso ritengono erroneamente che una loro registrazione in un determinato Paese possa impedire loro di lasciare successivamente detta nazione³⁴. Una corretta informazione si rivela quindi necessaria per far sì che vi sia piena ed effettiva collaborazione tra le persone accolte e gli addetti alla gestione della crisi migratoria.

Ai fini della presente trattazione, occorre segnalare che l'art.6 del Regolamento (UE) 2016/679 specifica le condizioni alle quali un trattamento dei dati personali può

³¹ M. DE BELLIS, *Turning up the heat on refugees and migrants*, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2016/11/turning-up-the-heat-on-refugees-and-migrants/> (consultato il 22 maggio 2019).

³² M. LATONERO ET AL., *Digital identity in the migration*, cit.

³³ S. BRAYNE, *Surveillance and system avoidance: criminal justice contact and institutional attachment*, in *American Sociological Review*, 2014, p. 1 ss.

³⁴ M. LATONERO ET AL., *Digital identity in the migration*, cit.

effettivamente dirsi legittimo. Il consenso dell'interessato è solo il primo dei requisiti alternativi previsti; la gestione dei dati è lecita anche quando è necessaria per la salvaguardia della salute dell'interessato stesso o anche per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento. La raccolta compiuta dagli Stati delle informazioni che riguardano i migranti rientra certamente in entrambe queste categorie; considerato ciò, il consenso degli interessati non risulterebbe essere strettamente e legalmente necessario. Questo non deve però far venir meno il rispetto dei diritti umani e fondamentali delle persone coinvolte. La consapevolezza e la conoscenza da parte dei migranti e dei rifugiati delle procedure a cui sono sottoposti, delle finalità di tali sistemi e di quali dei loro dati personali vengono effettivamente raccolti porterebbe inoltre a una loro maggiore collaborazione, a beneficio di una maggiore efficienza e speditezza delle misure di accoglienza.

Dopo una prima riflessione sull'elemento del consenso, l'attenzione si sposta su quali tipi di dati possono essere validamente collezionati da parte degli Stati e delle autorità di frontiera al momento del primo contatto con i migranti alla luce di quanto previsto dal GDPR.

4. *La nozione di dato personale nell'epoca digitale*

Il concetto di dato non è un qualcosa di immutabile, ma anzi è suscettibile di evoluzione nel corso del tempo e secondo i mutamenti e le nuove esigenze della società. Il progresso tecnologico può rapidamente introdurre nuove metodologie per riconoscere un dato individuo. Considerato ciò, l'art.4 del Regolamento (UE) 2016/679 propone una definizione ampia e non tassativa, indicando con dato personale qualsiasi elemento idoneo a identificare o a rendere identificabile una determinata persona. In tale categoria possono quindi rientrare anche elementi digitali quali l'indirizzo IP o i cd. *cookie*, che non sono altro che stringhe di codici informatici.

Il Regolamento specifica inoltre diverse tipologie di informazioni, ossia i dati biometrici, sanitari e genetici. Quest'ultimo termine indica le caratteristiche ereditate dai propri avi, mentre la condizione medica, lo stato di salute, le medicine assunte e le operazioni chirurgiche subite rientrano nell'ambito dei dati sanitari. L'art.4 par.1 n.14 del Regolamento indica invece con l'aggettivo "biometrico" le caratteristiche specifiche di una persona, individuabili attraverso trattamenti automatici specifici come la scansione dell'iride o la raccolta delle impronte digitali.

La loro peculiarità e unicità rende i dati biometrici elementi importanti nella gestione della crisi migratoria e nelle procedure di controllo ai confini di uno Stato; le autorità nazionali possono infatti avvalersi di tali informazioni in un'ottica di verifica³⁵, valutando se colui che esibisce il passaporto o la carta di identità è il reale e legittimo possessore di tale documento.

³⁵ F. BROUWER, *Digital borders and real rights. Effective remedies for third-country nationals in the Schengen Information System*, Leiden-Boston, 2008, p.137 ss.

4.1. I metadati e i possibili profili di rischio per la privacy e l'autonomia informativa di migranti e rifugiati

La definizione di dato personale fornita dal Regolamento (UE) 2016/679 presenta però una particolare criticità, specialmente ai fini della presente trattazione; non viene infatti affrontato il problema dei cd. “metadati”. Tale termine indica le informazioni relative ai dati stessi: sono di per sé anonime e quindi incapaci di identificare una singola persona, ma possono farlo se vengono combinate tra loro. Il luogo geografico da cui si è connesso l'utente, il tempo di navigazione nel *web*, le ricerche effettuate nel ciber spazio sono solo alcuni dei possibili esempi di metadati e le implicazioni in materia di tutela della privacy e dei dati personali risultano immediatamente evidenti, anche per quanto riguarda i casi presi in esame dal presente studio.

Come si accennava precedentemente, alcuni Stati europei stanno attuando procedure di sorveglianza indirizzate a controllare gli *account social* dei migranti: la raccolta dei metadati può generare un importante flusso di informazioni per i Paesi interessati. Le autorità di frontiera possono, ad esempio, venire a conoscenza di quanto il migrante è ancora distante dal confine nazionale, della direzione di marcia intrapresa e dei contenuti presenti nello spazio cibernetico a cui è interessato. La navigazione su un sito di propaganda islamista può significare che un potenziale soggetto a rischio si sta avvicinando alla frontiera.

L'apparente lacuna normativa del GDPR in materia di metadati può però avere conseguenze significative, in particolar modo per quanto riguarda i diritti vantati dal titolare del trattamento dati. L'art.15 del Regolamento (UE) 2016/679 garantisce a quest'ultimo il diritto di accedere alle informazioni che lo riguardano e di essere messo a conoscenza delle procedure e delle finalità di gestione di tali dati. Risulta quantomeno dubbio che il soggetto migrante possa facilmente accedere anche ai metadati che lo riguardano raccolti dalle autorità nazionali di confine. Preoccupazioni dello stesso tenore sono rivolte anche alla efficacia di un diritto all'oblio, garantito dall'art.17 del GDPR, che possa effettivamente riguardare anche i metadati.

Si auspica perciò un preciso intervento normativo a livello europeo volto a specificare se, e secondo quali modalità, i metadati possono effettivamente rientrare nella nozione di dato personale fornita dal Regolamento (UE) 2016/679 e se quindi sono meritevoli delle medesime tutele giuridiche.

5. Osservazioni conclusive

Lo *smartphone* è sempre più un elemento essenziale per il soggetto migrante: il telefonino diventa infatti un compagno di viaggio, un aiuto organizzativo, un diversivo e una linea di contatto con la propria famiglia e i propri cari rimasti nel Paese di origine³⁶. I telefonini di ultima generazione permettono inoltre di accedere ai *social media* come *Facebook* o *Twitter* in ogni luogo dotato di connessione internet e a un prezzo relativamente irrisorio. Questi portali sono un'inesauribile fonte di informazioni per i migranti: attraverso i *social network* possono infatti mettersi in contatto con i propri connazionali che già risiedono nel

³⁶ A. ALENCAR ET AL., *The smartphone as a lifeline: an exploration of refugees' use of mobile communication technologies during their flight*, in *Media, Culture and Society*, 2018, p. 1 ss.

Paese in cui vorrebbero trasferirsi per poter chiedere aiuto e chiarimenti di ogni sorta prima di intraprendere effettivamente la migrazione. Sono inoltre uno strumento sovente utilizzato per accedere a fonti di notizie ritenute affidabili, a differenza dei *media* tradizionali. Si rivelano essere inoltre un ulteriore modo per rimanere in contatto con i propri cari.

L'utilizzo da parte dei migranti dei *social network* espone però la loro autonomia informativa e la loro riservatezza a forti rischi: gli *account* di *Facebook* e *Twitter* contengono un ritratto completo ed esaustivo del loro proprietario. Le idee politiche, il credo religioso, le tendenze sessuali sono solo alcune delle informazioni che possono essere ricavate dall'analisi di un profilo *social*. Una simile realtà è ben chiara sia alle autorità nazionali europee che ad altri soggetti malintenzionati; vi sono infatti testimonianze di come i soldati dell'ISIS pretendessero la consegna di ogni *password social* per controllare lo schieramento nella guerra in corso di ogni malcapitato che si avvicinava alla frontiera del Califfato, con la minaccia di violente ritorsioni in caso di rifiuto a tale richiesta³⁷.

Partendo dall'utilizzo dello *smartphone* da parte dei migranti durante i loro viaggi, si possono formulare alcune osservazioni sull'attuale epoca digitale e sulle sfide normative da affrontare in materia di *data protection* e tutela dell'autonomia informativa. Lo spazio cibernetico, grazie alla sua diffusione globale e alla sua pervasività, è diventato l'ambiente virtuale in cui circolano in maniera costante flussi di dati, indifferenti ai confini politici e ai diversi ordinamenti giuridici: il dato è perciò diventato un elemento fondamentale e caratteristico della società virtuale. Può funzionare sia come moneta, considerato l'enorme valore commerciale che riveste per aziende e imprese, che come modalità di identificazione della persona a cui si riferisce. Si può ormai parlare di due distinti, ma tuttavia interconnessi, concetti di identità: oltre alla nozione tradizionale, si è formata anche l'identità digitale che indica la mole di informazioni presenti nello spazio cibernetico che contribuiscono a descrivere una persona e le sue azioni.

Le soluzioni normative tradizionali, previste per tutelare la persona in contesti *off-line*, si sono spesso dimostrate inadeguate a garantire il medesimo grado di protezione anche in ambito cibernetico, rendendo necessaria l'individuazione di principi e valori normativi validi sul lungo periodo e indifferenti al continuo mutare delle innovazioni tecnologiche³⁸.

La grande varietà di informazioni³⁹ presenti nel *cyberspace* e la disponibilità di tecnologie sempre più sofisticate utilizzabili per raccogliere e processarle causa rischi sempre maggiori per la *privacy* delle persone⁴⁰. Una simile realtà dei fatti comporta delle specifiche conseguenze; *in primis* la necessità di un'adeguata tutela normativa per evitare che la sfera privata di qualsiasi individuo possa subire attacchi e ingerenze da parte di terzi e per assicurare a ogni persona la possibilità di esercitare una completa potestà sulle informazioni che la riguardano.

Il Regolamento (UE) 2016/679 vuole rispondere a queste sfide proponendo un nuovo quadro regolamentare in materia di *data protection* che tenga conto in maniera efficace

³⁷ M. BRUNWASSER, *A 21st-century migrant's essentials*, cit.

³⁸ S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit.

³⁹ R. D'ORAZIO, *Dati personali in rete aperta*, in (a cura di) V. CUFFARO, V. RICCIUTO, *Il trattamento dei dati personali. Profili applicativi*, Torino, 1999, p. 276 ss.

⁴⁰ S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973, p. 10 ss.; V. FROSINI, *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, 1981, p. 15 e ss.

delle caratteristiche del contesto digitale e delle pericolosità che questo può causare alla privacy degli internauti.

L'entrata in vigore della nuova normativa ha importanti effetti anche nella gestione dei flussi migratori: le autorità nazionali dei Paesi europei coinvolti da tali spostamenti possono infatti utilizzare le informazioni condivise dai migranti per gestire al meglio la loro accoglienza e per combattere fenomeni criminali come la tratta di esseri umani. Questo utilizzo deve essere però fatto tenendo conto dei diritti delle persone coinvolte. Il presente studio, prendendo spunto dall'utilizzo dello *smartphone* da parte dei migranti durante i loro viaggi, ha voluto evidenziare i rischi a cui sono sottoposti i dati personali di tali soggetti per la loro specifica condizione e come il GDPR può influire su tale situazione. L'aspetto principale che si vuole mettere in luce, e su cui deve agire l'Unione europea, è la mancata consapevolezza da parte dei migranti dei trattamenti dati a cui sono sottoposti. Dovrebbero invece averne effettiva contezza, anche al fine di poter esercitare i diritti garantiti dal GDPR. Una possibile soluzione a tale problema potrebbe essere la formazione di personale qualificato in materia di *data protection law* che possa affiancare queste persone nei primi momenti di arrivo nei Paesi europei e possa chiarire loro eventuali dubbi e perplessità in materia. Si auspica inoltre che le procedure di raccolta dati da parte delle autorità statali preposte all'accoglienza dei migranti si svolgano in piena trasparenza, così come la successiva condivisione di tali informazioni anche con agenzie di altri Paesi.

ABSTRACT: The legal consequences of the regulation (eu) 2016/679 on the management of migratory fluxes

The smartphone is one of the most important things for a migrant, alongside food and water. It is a valuable tool to keep contacts with the family left in the Country of origin and also to navigate social media, in search of useful information to make their international travel possible. Having a smartphone during the journey is a precious advantage in itself because it makes possible making international payments and mobile transactions to cover travel expenses. In spite of the numerous advantages of utilizing a smartphone, new digital technologies and social media reveal worrying downsides for migrants and refugees, especially concerning their right to privacy and data protection. This study would like to tackle this issue, especially under the light of the recent GDPR approval. Starting from a reflection about the idea of privacy in the African cultural context, this article aims to study the most relevant sides of Regulation (EU) 2016/679 in the migration context.

Parte III

Immigrazione irregolare e criminalità organizzata. L'espulsione dei migranti irregolari

IL REATO DI IMMIGRAZIONE CLANDESTINA, TRA (IN)EFFETTIVITÀ E SIMBOLISMO

MARIA TERESA COLLICA *

SOMMARIO: 1. Immigrazione e diritto penale del “nemico”. – 2. Reato di immigrazione clandestina e principio di offensività. – 3. Il profilo dell’ineffettività della sanzione. – 4. I margini di applicazione del diritto penale nella criminalizzazione dell’immigrazione clandestina. – 5. Il fallito tentativo di depenalizzazione del reato. – 6. La conferma della tendenza securitaria negli ultimi decreti sicurezza. – 7. Quali rimedi per una corretta gestione “penale” dei flussi migratori?

1. *Immigrazione e diritto penale del “nemico”*

Il reato di immigrazione clandestina può considerarsi la figura più rappresentativa della deriva securitaria che caratterizza il diritto penale degli ultimi anni. La tendenza è ad allontanarsi dal modello classico del diritto penale del fatto, a favore del diritto penale d’autore, in cui il soggetto è punito non tanto per quello che ha fatto, ma per ciò che è o rappresenta, venendo considerato pericoloso in sé. Lo scollamento dal modello liberale del diritto penale ha significato anche il distacco da tutta una serie di garanzie che il nostro ordinamento prevede per il reo, tanto sul piano sostanziale quanto su quello processuale. Ne è derivato un diritto penale “speciale” dei migranti, con un misto di illeciti, in parte amministrativi e in parte penali, che gli attribuiscono una conformazione particolarmente repressiva e poliziesca.

Il diritto penale dell’immigrazione si inserisce in quello che comunemente viene definito “diritto penale del nemico” ed è utilizzato, sempre più spesso, come strumento di politiche criminali di tolleranza “zero” verso i “diversi”¹, appunto i c.d. nemici. La categoria dei “nemici” è peraltro destinata a espandersi a seconda della prevalente sensibilità del momento, potendosi dare maggiore risalto ora al pericoloso terrorista, ora al tossicodipendente, o ancora all’ubriaco abituale, ecc. Può essere considerato pericoloso, e dunque nemico, anche chi più semplicemente attenta al decoro urbano delle nostre città, come il vagabondo o l’acattone, quest’ultimo tornato nuovamente al centro delle

* Professore associato di Diritto penale, Università di Messina.

¹ Precisa L. FERRAJOLI, *Principia juris*, vol. II, *Teoria della democrazia*, Roma, 2007, p. 372 che «poveri neri e immigrati sono equiparati ai delinquenti, le eterne classi pericolose dalle quali proteggere la “gente per bene”». Sul diritto penale del nemico, tra i tanti, AA.VV., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. DONINI-M. PAPA, Milano, 2007; A. CAVALIERE, *Diritto penale del “nemico” e di “lotta”: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi di autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in *Crit. dir.*, 2006, p. 295 ss.; ID., *Neoliberalismo e politica criminale repressiva*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, n.1, p. 125 ss.; E. DEMETRIO CRESPO, *Il “diritto penale del nemico” darf nicht sein!*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, n. 2, p. 39 ss.; F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell’amico, il nemico del diritto penale e l’amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 470 ss.; F. ZUMPANI, *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2011, p. 529 ss.; L. RISICATO, *Verso un diritto penale illiberale? La crisi di senso dell’intervento penale tra derive securitarie e paternalistiche*, in M. BERTOLINO-L. EUSEBI-G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 525 ss.

attenzioni del legislatore di recente². Tra tutti i nemici, tuttavia, la tipologia che prevalentemente ha calamitato l'interesse politico-sociale e giuridico negli ultimi tempi è rappresentata dallo straniero irregolare³. Non è un caso che proprio in questo settore si continui a intervenire con previsioni normative sempre più restrittive di diritti fondamentali. È accaduto così che il sacrificio dei principi tipici del diritto penale classico, tollerabile forse solo davanti a situazione di estrema eccezionalità (e quindi a tempo determinato), sia al contrario divenuto permanente caratteristica del diritto penale dell'immigrazione. Tanto che non è eccessivo poter parlare della convivenza nel nostro ordinamento di due tipologie parallele di diritto penale: una, ancora connotata dalle garanzie liberali, rivolta solo ai "cittadini"; e l'altra, di tipo poliziesco e illiberale, destinata ai non cittadini.

La dicotomia cittadino-non cittadino alla base dei due menzionati modelli giuridici potrà pure "spiegare" determinate scelte di politica criminale; senonché a tollerare simili ingerenze del diritto penale - in questo caso destinate ad una precisa tipologia di soggetti - si sa dove si inizia, ma non è preventivabile dove si possa arrivare. La crisi della democrazia liberale rischia, in altri termini, di divenire irreversibile⁴.

² Il nuovo reato di accattonaggio molesto, ex art. 669 bis, c.p. è stato reintrodotta dall'art. 21 quater della l. n. 132/2018, che ha convertito il d.l. n. 113/2018 sulla sicurezza urbana. Sul punto L. RISICATO, *Il confine e il confino: uno sguardo d'insieme alle disposizioni penali del "decreto sicurezza"*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 17 s.; F. CURI, *Il reato di accattonaggio: "a volte ritornano"*, in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2019.

³ Sulla considerazione negativa dell'immigrato, tra i tanti, R. ESCOBAR, *Metamorfosi della paura*, Bologna, 1997, p. 27 ss.; D. MELOSSI, *State and Social Control à la Fin de Siècle: from the New World to the Constitution of the New Europe*, in R. BERGALLI-C. SUMNER (a cura di), *Social Control and Political Order*, London, 1997, p. 67; A. DAL LAGO, *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, 2004; S. PALIDDA (a cura di), *Razzismo democratico. La persecuzione degli stranieri in Europa*, Milano, 2009. Sulla costruzione di categorie di alterità da applicare ai delinquenti, si veda anche D. GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Milano, 2004, p. 228 ss., 300 ss. Collocano il diritto penale dell'immigrazione nel diritto penale del nemico, tra gli altri, A. CAPUTO, *Irregolari, criminali, nemici: note sul "diritto speciale" dei migranti*, in *Studi sulla questione criminale*, n. 1/2007, p. 45 ss.; ID., *Diseguali, illegali, criminali (una guida alla lettura)*, in *Quest. giur.*, 2009, n. 9, p. 85 ss.; M. DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non può limitarsi ad esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, p. 55 ss. e 74 ss.; ID., *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 114 ss.; M. BELLINA, *La detenzione amministrativa dello straniero nel "paradigma del nemico"*, in S. LORENZON-G. VACCARI-V. ZANETTI (a cura di), *Sicurezza collettiva e diritti fondamentali in tempo di terrorismo*, Atti del Workshop, Ferrara, 26 settembre 2007, Roma, 2008, p. 125 ss.; G. FIANDACA, *Laicità, danno criminale, modelli di democrazia*, in L. RISICATO-E. LA ROSA (a cura di), *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, Torino, 2009, p. 21; G. FORTI, *Fiat experimentum legis in corpore vili. Le facili prede di un diritto penale "pauroso"*, in *Appunti di cultura e politica*, 2009, n. 5; L. RISICATO, *Verso un diritto penale illiberale?*, cit., p. 529 ss.; ID., *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, p. 25 ss.; M. PELISSERO, *Il diritto penale preventivo nell'epoca dell'insicurezza*, in *Ragion pratica*, 2018, n. 1, p. 80. Nella letteratura straniera, si veda, tra gli altri, L. WACQUANT, "Suitable Enemies": *Foreigners and Immigrants in the Prisons of Europe*, in *Punishment and Society*, 1999, n. 2, p. 215 ss.; G. JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y el "derecho penal del enemigo"*, Valencia, 2005; M. CANCIO MELIÀ-P. MARAVER GÓMEZ, *El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal*, in S. BACIGALUPO-M. CANCIO MELIÀ (coord.), *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona, 2005, p. 343 ss.

³ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario*, cit., p. 102 ss.; L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 8; A. CAPUTO, *Diseguali*, cit., p. 85 ss.; AA.VV., *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione* (a cura di M. MECCARELLI-P. PALCHETTI-C. SOTIS), Macerata, 2012; AA.VV., *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale*, (a cura di A. GIORGIS-M. LOSANA), Milano, 2017.

⁴ Il pericolo che ciò che vale oggi per i migranti possa valere in futuro anche per i cittadini è sottolineato da M. DANIELE, *La detenzione come deterrente dell'immigrazione nel decreto sicurezza 2018*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2018, 11, p. 103.

A motivare il sacrificio dei caratteri e dei principi generali del nostro ordinamento giuridico si richiamano istanze di tutela della sicurezza collettiva, sempre più spesso posta al centro del dibattito penalistico. Proprio la sicurezza sembra, infatti, particolarmente interessare gli ultimi governi, sia pure di diversa estrazione politica, prodighi nella elaborazione di “pacchetti sicurezza”, divenuti ormai ricorrenti⁵. In questo clima quasi ogni argomento può essere osservato dall’angolo visuale della sicurezza, tanto da potersi affermare che «tutto sembra diventare oggi un problema di ordine pubblico» e qualificare la sicurezza come “bene onnivoro”⁶. Si tratta, tuttavia, di un concetto problematico, a partire dalla sua stessa natura, non essendo per nulla pacifico che possa assurgere a bene giuridico tutelabile⁷. La sicurezza appare più verosimilmente la *ratio* di alcune scelte di politica criminale, che tradiscono la crisi della funzione critica del bene giuridico. Se già la nozione di ordine pubblico si presta a possibili manipolazioni interpretative - come ricorda la definizione di “ripostiglio dei concetti”, di *belinghiana* memoria - finendo per raggruppare fattispecie incriminatrici eterogenee di dubbia collocazione dogmatica, davanti alla sicurezza pubblica l’effetto argine dell’intervento punitivo è destinato a svanire del tutto. In nome della sicurezza l’ordinamento può finire per consentire ogni aberrazione giuridica, soprattutto se - come di fatto è avvenuto - ne prevalga un’accezione soggettiva, quale “senso di (in)sicurezza”⁸, più che di “sicurezza in senso effettivo”⁹. Ciò che conta, in definitiva, non è tanto se la criminalità sia davvero più forte, se i reati siano aumentati, se esista un reale rapporto tra l’immigrazione clandestina e la delinquenza, o se la città sia effettivamente meno sicura. Non importa, in altri termini, quale sia esattamente la realtà, mentre vale ciò che la collettività percepisce, e non sempre i due aspetti sono coincidenti¹⁰.

⁵ Il pacchetto sicurezza contenuto nella legge n. 94/2009, che ha introdotto il reato di immigrazione clandestina segue al d.l. n. 92/2008, conv. nella legge n. 125/2008, e al d.l. n. 11/2009, conv. nella legge n. 38 del 23.4.2009. Ma la tendenza ad emanare pacchetti sicurezza non ha risparmiato governi di centrosinistra, come è avvenuto col d.l. n. 13/2017, conv. nella legge n. 46/2017, sul contrasto all’immigrazione illegale e il d.l.n. 14/2017, conv. con modificazioni nella già citata legge n. 48/2017, sulla sicurezza urbana. Da ultimo, è ricorso all’emanazione di decreti sicurezza il governo Giallo-Verde, con il d.l. n. 113/2018 e il decreto sicurezza *bis*, n. 53/2019.

⁶ Così G. FIANDACA, *Laicità, danno criminale*, cit., p. 20; descrive il concetto di insicurezza collettiva come «tendenzialmente onnivoro rispetto ai ‘discorsi della paura’», C. PERINI, *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva della “società del rischio”*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2018, p. 3.

⁷ Cfr. M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale. La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penale*, in M. DONINI-M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011, p. 17; ID., “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offence” di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1588 ss.; D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 547 ss.; G. FIANDACA, *Laicità, danno criminale*, cit., p. 20 ss.; L. RISICATO, *Verso un diritto penale illiberale?*, cit., p. 531 ss.; ID., *Diritto alla sicurezza*, cit.; G. ALESCI, *(In-)Sicurezza e immigrazione. La colpevolizzazione dello straniero nel diritto dell'emergenza*, in *Arch. pen.*, 2018, p. 1 ss.

⁸ C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 532.

⁹ Sul clima di securitarismo, tra gli altri, M. PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 805 ss.; A. CAPUTO, *L'emergenza sicurezza. Appunti su securitarismo e politiche del diritto*, in *Quest. giust.*, 2007, p. 1098 ss.; M. DONINI-M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico*, cit.; M. DONINI, “Danno”, cit., p. 1546 ss.; ID., *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3558 ss.; D. PULITANÒ, *Sicurezza*, cit., p. 547 ss.; ID., *Lo sfaldamento del diritto penale e l'ottica amico-nemico*, in *Quest. giust.*, 2006, p. 740 ss.; S. CENTONZE, *Sicurezza e immigrazione. La nuova disciplina dell'immigrazione dopo il c.d. pacchetto sicurezza*, Milano, 2009; W. HASSEMER, *Libertà e sicurezza alla luce della politica criminale*, in M. DONINI-M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza*, cit., p. 73 ss.

¹⁰ Sul punto M. PAVARINI, *Degrado*, cit., p. 806, per il quale mentre la criminalità sta oggettivamente diminuendo, «ciò non si riflette sui sentimenti di preoccupazione e paura delle nostre comunità che permangono sempre elevati, anche se relativamente stabili». Cfr. F. PALAZZO, *Immigrazione e criminalità. Una lettura di dati statistici*, in *Dir. pen. cont.*, 24 ottobre 2016.

L'insicurezza collettiva, o ancora più specificatamente il c.d. “panico morale”¹¹, che è provocato da alcune forme di criminalità, sono dunque direttamente influenzati da componenti emotive, a loro volta consapevolmente manipolabili.

Un ruolo fondamentale su un certo modo di rappresentare la realtà è svolto dai *mass media*, attraverso la tendenza ad amplificare la paura attraverso notizie sensazionalistiche¹², se non direttamente false, specie con l'avvento dei *social network*¹³. L'effetto è ancora più dirompente se ad enfatizzare i timori della società contribuiscono direttamente le autorità istituzionali con una precisa strategia politica¹⁴. Il risultato che ne deriva è una “domanda drogata di sicurezza”¹⁵, la quale attende risposte anche e soprattutto dal diritto penale, in una sistema di causalità circolare in cui, da un lato, si alimenta la paura e, dall'altro, si è pronti ad intervenire per rassicurare. Si tratta di un preciso *modus operandi* di molti Governi degli ultimi decenni, sempre più orientati verso un esercizio totalizzante della loro autorità attraverso politiche criminali securitarie¹⁶.

Ancora più rappresentativo è poi che l'azione di intervento miri, invero, a dare solo l'impressione di risolvere i problemi: così si alzano muri, si chiudono i porti e soprattutto si ricorre al diritto penale per placare istanze securitarie, divenuto facile strumento a basso costo per raccogliere consensi elettorali¹⁷. La paura e l'insicurezza sono diventati i principali “veicolatori emozionali di consenso” utilizzati dal legislatore penale¹⁸. Il più delle volte le soluzioni proposte si rivelano concretamente inefficaci. L'uso del diritto penale in questi casi ha, cioè, più un valore “simbolico” che reale¹⁹. Alla base dell'incriminazione

¹¹ M. MANERI, *Il panico morale come dispositivo di trasformazione dell'insicurezza*, in *Rass. it. sociol.*, 2001, p. 5 ss.; F. BATTISTELLI, *Sicurezza e insicurezza. Crimine, terrorismo e panico morale in una prospettiva sociologica*, in *Democracy and Security Review*, 2016, p. 107 ss. Sul panico morale legato in particolare agli immigrati, Z. BAUMAN, *Stranieri alle porte*, Roma-Bari, 2016.

¹² Cfr. W. HASSEMER, *Il diritto attraverso i media: messa in scena della realtà?*, in *Ars interpretandi*, 2004, p. 147 ss.; D.L. ALTHEIDE, *I mass media, il crimine e il “discorso della paura”*, in G. FORTI-M. BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine*, Milano, 2005, p. 287 ss.; C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (Percezione sociale del crimine ed ‘effetti penali’ dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 477 s.; R. BIANCHETTI, *Mass media, insicurezza sociale e recenti orientamenti di politica penale. Un'analisi criminologica sull'interazione tra sistemi comunicativi e processi di reazione sociale*, Assago (Milano), 2012, p. 235 ss.; M. CATERINI, *Criminalità, politica e mass media*, in *Pol. dir.*, 2013, p. 606 ss.

¹³ C. PERINI, *Fake news e post-verità tra diritto penale e politica criminale*, in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2017, p. 7, la quale evidenzia come questo tipo di politica criminale finisca per esprimere uno scenario dominato da «post-verità, intesa come ‘irrelevanza della verità’, dato che la correttezza e la fondatezza dell'informazione scambiata tra i diversi attori della comunicazione appare fisiologicamente secondaria». Cfr. P. PAGLIARO, *Punto. Fermiamo il declino dell'informazione*, Bologna, 2017, *passim*.

¹⁴ D. CAMPUS, *Comunicazione politica. Le nuove frontiere*, Roma-Bari, 2008, p. 23 ss.

¹⁵ Così, L. FERRAJOLI, *Principia juris*, cit., p. 372.

¹⁶ Fondamentale J. SIMON, *Il Governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Milano, 2008. Sul tema cfr. anche Z. BAUMAN, *Paura liquida*, Roma-Bari, 2006; P. ARLACCHI, *L'inganno e la paura. Il mito del caos globale*, Milano, 2009. Nella letteratura giuridica, C.E. PALIERO, *Il principio di effettività*, cit., p. 532, per il quale in questo contesto agiscono diversi attori, dalle agenzie del controllo, all'intervento dirigitico di “gruppi esponenziali”, cioè di “imprenditori di moralità” chiamati a fomentare l'insicurezza collettiva attraverso la demonizzazione dei “nemici” e campagne di neutralizzazione della loro pericolosità; C. PERINI, *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva*, cit., p. 4 ss.; ID., *Fake news e post-verità*, cit., p. 6 ss.; M. PELISSERO, *Immigrazione e diritto penale*, in *Crit. dir.*, 2011, p. 37 ss.

¹⁷ M. DONINI, *Sicurezza*, cit., p. 21 s.; G. FIANDACA, *Laicità, danno criminale*, cit., p. 20 s.

¹⁸ G. BALBI, *Società paranoiche e diritto penale*, in *Crit. dir.*, 2012, p. 435. Si pensi alla recente legislazione in materia di omicidio stradale, di legittima difesa, e ancora ai già citati diversi pacchetti sicurezza che si sono succeduti nell'ultimo decennio.

¹⁹ Per tutti, W. HASSEMER, *Symbolischer Strafrecht un Rechtsgüterchutz*, in *NSfZ*, 1989, p. 556 ss.

dell'immigrazione clandestina non vi è tuttavia solo un'impostazione dogmatica fondata sulla rassicurazione collettiva e su ragioni utilitaristiche di ricerca di consenso, si intravede, infatti, anche un disegno politico ben più radicale, che è pronto - e non solo nel nostro paese - ad attuare una riorganizzazione sociale e istituzionale finalizzata a sostituire il *welfare* con il controllo repressivo²⁰. L'attuazione di politiche di (in)sicurezza ha finito così per restituirci un ordinamento sempre meno democratico e pronto a sacrificare il rispetto della dignità dell'uomo, che non ha mancato, a sua volta, di slatentizzare un clima di razzismo.

2. Reato di immigrazione clandestina e principio di offensività

Tra i principi del diritto penale classico messi in discussione dal reato di ingresso e soggiorno illegale va annoverato *in primis* quello di necessaria lesività. Il reato, introdotto, come noto, dalla legge n. 94/2009, recante disposizioni in materia di sicurezza pubblica, all'art. 10 *bis* del d.lgs. 286/98, Testo Unico sull'immigrazione (d'ora in avanti denominato TU), punisce con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro "lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene sul territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del presente testo unico".

La contravvenzione è stata invero preceduta da un'altra disposizione emblematica in termini di inidoneità offensiva, l'aggravante di clandestinità, di cui all'art. 61 n. 11 *bis*, introdotta dal d.l. n. 92/2008, c.d. decreto sicurezza, convertito nella l. 125/2008 e comportante l'aumento di pena di un terzo ove un reato sia commesso da uno straniero privo di titolo di soggiorno. L'aggravante, tuttavia, è stata dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 249/2010²¹ per l'estrema genericità della categoria di riferimento, che avrebbe dovuto esprimere una maggiore pericolosità del reo (il clandestino). Il concetto di straniero irregolare si presta infatti a comprendere una varietà estrema di situazioni, dal pericoloso trafficante di bambini, alla badante a cui è scaduto il permesso di soggiorno, facendo per ciò solo venir meno la ragionevolezza della presunzione assoluta di pericolosità rispetto all'*id quod plerumque accidit*. Né l'aumento di pena poteva riflettere davvero una maggiore carica di disvalore del fatto, dovendo l'offensività essere valutata in relazione al reato base, rispetto al quale l'aggravante deve apportare una nota di carica offensiva aggiuntiva, mentre in questo caso lo *status* di extracomunitario irregolare può dirsi totalmente estraneo a questa logica²². Va da sé che sotto questo profilo la gravità di un reato resta tale sia se a

²⁰ La connessione tra scelte di politica criminale e modelli di democrazia è messa in evidenza da L. RISICATO, *Verso un diritto penale*, cit., p. 527 s. Riferimenti, tra gli altri, anche in L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, n. 4, p. 9 ss., per il quale il progetto in questione comporta inevitabilmente anche l'abbattimento del principio, anzi della stessa idea di uguaglianza.

²¹ Corte Cost., sent. n. 249/2010, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1172, con commento di L. DEGLI'INNOCENTI-S. TOVANI, *La Corte Costituzionale dichiara illegittima la c.d. aggravante di clandestinità*, p. 1177 ss. e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1349 ss., con commento di L. MASERA, *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, p. 1373 ss.; sul punto, cfr. G. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, *ivi*, 2008, p. 1634 ss.; G.L. GATTA, *Aggravante della 'clandestinità' (art. 61n. 11 bis c.p.): uguaglianza calpestata*, *ivi*, 2008, p. 713 ss.

²² La Corte Costituzionale ha riconosciuto il contrasto sia con il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost, sia con il principio di offensività, ricondotto all'art. 25, comma 2, Cost., che non consentono «trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti "del tutto estranei al fatto – reato", introducendo così una responsabilità penale d'autore "in aperta violazione del principio di offensività"», ed ha poi concluso che «si deve riconoscere che

commetterlo è uno straniero irregolare, sia se un cittadino italiano, o, ancora, uno straniero regolare.

Anche rispetto alla fattispecie di immigrazione clandestina i dubbi sulla legittimità costituzionale sono stati prospettati sin dai primi commenti a caldo della sua introduzione²³ e poi confluiti davanti alla Corte Costituzionale in numerose ordinanze di rimessione²⁴. La Consulta, come noto, ha tuttavia dichiarato la questione infondata con tre decisioni depositate l'8 luglio 2010, la più importante delle quali è la sent. n. 250²⁵. Quasi tutte le ordinanze di rimessione del giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 10 *bis* avevano addotto drasticamente il contrasto della contravvenzione col principio di offensività, e addirittura con quello di materialità, in riferimento all'art. 25, comma 2, Cost. La Corte Costituzionale ha tuttavia salvato la fattispecie, individuandone alla base l'interesse dello Stato alla regolamentazione dei flussi migratori, definito come bene strumentale²⁶ e di categoria²⁷, con una legittimazione della tecnica di seriazione dei beni giuridici. Che,

l'aggravante di cui alla disposizione censurata non rientra nella logica del maggior danno o del maggior pericolo per il bene giuridico tutelato dalle norme penali che prevedono e puniscono i singoli reati».

²³ Critici, tra gli altri, A. CAPUTO, *Nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nello Stato*, in S. CORBETTA-A. DELLA BELLA-G.L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, 2009, p. 235 ss.; G.L. GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1332 ss.; C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, p. 38 ss.

²⁴ Le prime questioni di legittimità costituzionale dell'art. 10 *bis* sono state sollevate con le ordinanze del tribunale di Pesaro del 31 agosto 2009 e del tribunale di Trento del 25 settembre 2009, seguiti a breve da numerosi giudici di pace, competenti per materia sul nuovo reato, tra cui quello di Orvieto, con tre ordinanze, rispettivamente la n. 282 del 28 settembre 2009, la n. 303 del 5 ottobre 2009 e la n. 6 del 27 ottobre 2009; di Lecco, con due ordinanze, rispettivamente la n. 292 dell'1 ottobre 2009 e la n. 13 del 26 novembre 2009; di Torino, ord. n. 300 del 6 ottobre 2009; di La Spezia, con sei ordinanze del 6 ottobre 2009 e due ordinanze del 3 novembre 2009 (complessivamente dalla n. 34 alla 41); di Gubbio, ord. n. 324 del 15 ottobre 2009; di Cuneo, ord. n. 312 del 16 ottobre 2009; di Bologna del 21 ottobre 2009; di Borgo San Dalmazio, ord. n. 2 del 27 ottobre 2009; di Vigevano, ord. n. 326 del 2 novembre 2009; di Modena del 4 novembre 2009; di Giulianova, ord. n. 19 del 23 novembre 2009; di Agrigento n. 624 del 15 dicembre 2009; Trib. Voghera del 20 novembre 2009.

²⁵ Vedila su *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1187 ss., con commento di A. CAPUTO, *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte Costituzionale* e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1349 ss., con nota di MASERA, *Corte Costituzionale ed immigrazione*, cit. Sul punto, tra gli altri, C. MAZZUCATO, *Il reato di ingresso e soggiorno illegittimo nel territorio dello Stato. La posizione della Corte Costituzionale e i persistenti dubbi di legittimità riguardo a una norma "lucidamente incoerente"*, in *Stranieri*, 2011, p. 119 ss. Le altre due decisioni sono contenute nelle ordinanze n. 252 e n. 253, in *Quot. giur.*, dell'1.9.2010, con nota di S. CORBETTA, *La Corte Costituzionale salva il "reato di clandestinità"*.

²⁶ Si è attuata così per la Consulta una «protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici "finali", di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata» (§ 6.3).

²⁷ In particolare, si è posto l'accento sulla necessità di osservare la disciplina amministrativa per la gestione e il controllo dei movimenti migratori, sottolineando come la natura di bene giuridico di categoria appartenga alla maggior parte delle fattispecie incriminatrici presenti nel TU. In linea con la tesi della Corte Costituzionale, tra gli altri, G.L. GATTA, *Il reato di "clandestinità"*, cit., p. 1334; F. VIGANÒ, *Diritto penale ed immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *Dir. imm. citt.*, 2010, n. 3, p. 26, per il quale «lo straniero che risiede nel territorio senza titolo lede l'interesse dello Stato e della stessa Unione europea al controllo dei flussi migratori nello spazio giuridico interno ed europeo»; D. PULITANÒ, *Intervento*, in AA.VV., *La società punitiva. Populismo diritto penale e ruolo del penalista*, in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2016, p. 4, aggiungendo però che per quanto non illegittima dal punto di vista degli interessi statuali tutelati, «lo stigma dell'incriminazione non è moralmente sostenibile avuto riguardo all'insieme dei potenziali destinatari (anche al netto dei richiedenti asilo); manifestamente insostenibile per le folle di disperati che arrivano coi barconi o altri mezzi di fortuna nella nostra Europa (e che costituiscono un problema politico oggi tra i più gravi)».

tuttavia, una simile istanza possa davvero assurgere a bene giuridico in sé meritevole di tutela penale resta, nonostante il salvataggio della Consulta, alquanto dubbio.

Il reato in esame sembra piuttosto incriminare la “mera violazione di un dovere”, e quindi esaurirsi nella sola “disobbedienza delle norme”²⁸, sicché si finisce per punire non un fatto, ma un mero *status*, quello di straniero irregolare, con buona pace del principio di materialità del diritto penale. L’interesse alla regolarizzazione dei flussi migratori, appare semmai la *ratio* della norma incriminatrice e non il bene giuridico tutelato, né finale né strumentale; bene giuridico è infatti ciò che si vuole tutelare con le regole e non l’insieme delle regole stesse. Sostenere invece l’ammissibilità di beni ad ampio spettro, tra i quali si fa rientrare “l’ordinata gestione dei flussi migratori”, come bene strumentale per la tutela di beni finali di “sicuro rilievo costituzionale” e suscettibili di compromissione da parte di fenomeni di immigrazione incontrollata - così come ha ribadito la Corte Costituzionale - significa tradire ogni funzione critica del bene giuridico²⁹. È chiaro, infatti, che la nozione del bene giuridico finisce, in questo modo, per sovrapporsi e confondersi con la *ratio* di tutela, arrivando a legittimare qualunque scelta legislativa³⁰. L’allontanamento da un diritto penale improntato alla “tutela di beni”, in nome della “tutela di funzioni”³¹, produce dunque un indebolimento dei presidi garantistici propri del diritto penale tradizionale³².

Il salvataggio del reato di clandestinità operato dalla Corte Costituzionale facendo leva su un problema di inosservanza di norme organizzative necessarie per l’espletamento di una funzione amministrativa, le ha consentito di parlare di fattispecie costruita indipendentemente dalla pericolosità dell’autore³³, ma il rischio evidente è che, in nome

²⁸ Sul punto M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario*, cit., p. 126. Conf. L. MASERA, “Terra bruciata” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in O. MAZZA-F. VIGANÒ (a cura di), *Il “Pacchetto sicurezza” 2009, (commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Torino, 2009, p. p. 48 s., ma vedi pure l’appello, all’indomani dell’introduzione del reato, di numerosi giuristi (Caputo, Ciruzzi, Dominioni, Donini, Eusebi, Fiandaca, Ferrajoli, Forti, Lamacchia, Margara, Neppi Modona, Morozzo della Rocca, Onida, Paciotti, Palombarini, Pepino, Renoldi, Rodotà, Salerni, Spataro, Trucco, Zagrebelsky), diffuso il 24 giugno 2009 e consultabile sul sito www.giuristidemocratici.it.

²⁹ Conf. A. CAPUTO, *La contravvenzione*, cit., p. 1199 s., per il quale: «se un tratto caratteristico della tutela penale delle funzioni amministrative è dato dall’incerto confine tra situazioni suscettibili di assurgere a beni giuridici oggetto di tutela penale e mere finalità identificabili come *rationes* di tutela, tale incertezza investe anche la contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale».

³⁰ F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 462; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, p. 13; ID., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 10 ottobre 2011.

³¹ Sul punto si rinvia a V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 86 ss., 95 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 117 ss.; S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 343 ss.; T. PADOVANI, *Tutela di beni e tutela delle funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione ed illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 670 ss.; A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l’incolumità pubblica*, Torino, 2005, p. 111 ss.; nella manualistica G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 541 ss.; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2004, p. 138 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2019, p. 142 s.

³² Secondo A. CAPUTO, *La contravvenzione*, cit., p. 1199, «il riferimento all’“interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo” corre il rischio di tradursi in una sorta di ipostatizzazione della funzione amministrativa, così privando il principio di offensività di qualsiasi attitudine selettiva». Cfr. R. SICURELLA, *Il controllo penale dell’immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici. Percorsi di riflessione critica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1474 ss.

³³ Considerato in diritto n. 6.4 della sentenza della Corte Cost., n. 250/2010. Ma già lo stesso rilievo era stato espresso in relazione alla fattispecie di cui all’art. 14, comma 5 *ter* TU, nella sentenza n. 22/2007, menzionata nella decisione del 2010. Non si punisce, a dire della Corte, un “modo di essere” della persona, bensì «uno

della tutela di funzioni, si finisca per trasformare l'illecito penale in illecito di mera trasgressione³⁴. Ecco perché i dubbi sulla concreta offensività della contravvenzione non possono dirsi fugati dalla citata sentenza n. 250/2010³⁵.

Sotto questo profilo, pertanto, il nodo controverso dell'immaterialità del fatto, caratterizzante la richiamata aggravante di clandestinità, è destinato a riproporsi nel reato descritto dall'art. 10 *bis* TU, sia pure con diversa misura. Certamente, la violazione del principio di materialità è più macroscopica nell'aggravante, in cui il difetto di pertinenza del maggior trattamento punitivo al fatto di reato e la sua esclusiva inerenza ad uno *status* personale del reo è palese, donde la quasi scontata declaratoria di incostituzionalità. Nel corrispondente reato, invece, un fatto è almeno apparentemente individuabile (l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato), ma, come osservato, l'impatto offensivo della nuova contravvenzione non deriva tanto dal comportamento materiale, bensì dalla clandestinità dell'extracomunitario considerata presuntivamente pericolosa; anzi, la condotta rimproverata allo straniero "coincide" con la sua condizione di migrante non in regola con le norme sul soggiorno. La condotta dello straniero irregolare innesca pertanto uno *status* penalmente rilevante, cui non è possibile rimediare se non con l'allontanamento dal territorio³⁶. Questo tipo di analisi richiede, tuttavia, una riflessione più articolata, trascendente il piano strettamente formale della disposizione normativa per approdare ad una valutazione in termini sostanziali, ma, in conclusione, anche l'art. 10 *bis* TU, così come l'aggravante dell'art. 61 n. 11 *bis* c.p., si inserisce nel diritto penale dell'autore e non del fatto, salvo a volersi aggrappare a beni giuridici evanescenti. Il reato di clandestinità contribuisce pertanto in maniera determinante a caratterizzare la disciplina penale dell'immigrazione³⁷ in termini di un "diritto penale di polizia", orientato ad esigenze esclusivamente di prevenzione generale, ovvero di un "diritto penale del nemico", pronto a cancellare i presupposti di un diritto penale moderno e democratico: offensività, colpevolezza e prevenzione speciale³⁸.

3. Il profilo dell'ineffettività della sanzione

Al di là dei problemi legati al bene giuridico tutelato e al principio di offensività, preme in questa analisi porre l'accento su un profilo specifico della fattispecie di

specifico comportamento, trasgressivo di norme vigenti», consistente nel fare ingresso illegalmente e nel trattarsi irregolarmente in Italia. Si aggiunge che la «clandestinità» non è un dato preesistente ed estraneo al fatto, ma rappresenta al contrario, la conseguenza della stessa condotta resa penalmente illecita, esprimendone in termini di sintesi la nota strutturale di illiceità». Da qui la conclusione, opposta alla tesi qui avanzata, che la norma incriminatrice si muove «nel solco di un diritto penale del fatto, e non già del tipo di autore.

³⁴ S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni*, cit., p. 348.

³⁵ Conf. L. RISICATO, *Verso un diritto penale*, cit., p. 542.

³⁶ Scrive C. MAZZUCATO, *Il reato di ingresso e soggiorno*, cit., p. 131 che «È il reo, con le sue caratteristiche e la sua identità scomoda a portare *addosso*, "cucito" come un abito, l'elemento caratterizzante il disvalore della condotta (di per sé lecita e neutra, ove posta in essere dal cittadino o – forse ancora per poco – dallo straniero comunitario)».

³⁷ Sono riconducibili entro l'alveo del c.d. diritto penale d'autore anche i reati di inottemperanza agli ordini dell'autorità amministrativa e il delitto di reingresso.

³⁸ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario*, cit., p. 102 ss.; L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 8; A. CAPUTO, *Diseguali*, cit., p. 85 ss.; AA.VV., *Ius peregrinandi*, cit., *passim*; AA.VV., *Diritti uguali per tutti?*, cit., *passim*.

immigrazione clandestina, quello della sua concreta inefficacia. Pur volendo, cioè, considerare superabili i rilievi critici fin qui emersi e sposare la tesi del controllo dei flussi migratori come effettivo bene giuridico meritevole di tutela penale, così come ha affermato la Corte Costituzionale, l'assoluta ineffettività della sanzione resta un dato incontestabile. La Consulta è intervenuta invero anche su quest'ultimo aspetto, ammettendo l'inefficacia della risposta penale, ma ha poi, poco coraggiosamente, ritenuto di non poter intervenire, riconducendo la questione alle opzioni di politica criminale, prerogativa del legislatore e piano di per sé estraneo al sindacato di costituzionalità³⁹. La motivazione sembra, tuttavia, poco convincente, considerando che, come spesso sottolinea la manualistica, la sanzione penale deve apparire sin dall'inizio idonea a conseguire l'obiettivo perseguito⁴⁰, ed è proprio questo l'aspetto mancante nel reato in esame. Senza contare poi che, nel giudizio sull'efficacia dello strumento penale, oltre alla meritevolezza della pena e alla sua idoneità allo scopo, va accertata anche la necessità della stessa, nel senso che gli strumenti alternativi di tutela devono risultare inefficaci. La pena deve, in definitiva, non essere surrogabile con misure meno afflittive, e anche nei casi in cui è incerto il loro grado di efficacia, queste ultime restano comunque preferibili se la sanzione penale comporti più costi che benefici⁴¹. Ebbene, l'irragionevolezza della disciplina sotto questo profilo finisce per amplificarsi.

Il progetto iniziale del Governo configurava un delitto punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni, per il quale era pure previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, ma è stato successivamente abbandonato durante i lavori preparatori. La scelta finale è stata, come noto, quella di una contravvenzione punita con un'ammenda, solo che è giocoforza intuibile come i suoi destinatari, proprio perché clandestini, siano impossibilitati a lavorare in regola, ad aprire un conto corrente, ad essere titolari di beni immobili o di beni mobili registrati, ecc; diventa perciò impossibile dare esecuzione alla sanzione, in un sistema in cui, per di più, l'effettività della pena pecuniaria resta nel nostro ordinamento in ogni caso farraginoso.

L'inadeguatezza dell'impianto sanzionatorio della disposizione normativa emerge pure per l'ineffettività in chiave general-preventiva. Appare, infatti, poco credibile che una misura pecuniaria, peraltro di difficile esecuzione, possa davvero avere una funzione deterrente a fronte del fenomeno migratorio⁴². L'ammenda prevista, elevata (da 5000 a 10000 euro) difficilmente può scoraggiare quanti sono spinti ad entrare nel nostro Paese da condizioni di vita insostenibili. Le medesime perplessità possono peraltro avanzarsi anche nei confronti di un'eventuale pena detentiva, come dimostra l'esperienza di altri Paesi, in cui la repressione dell'immigrazione illegale non ha dato i risultati sperati⁴³.

³⁹ Di fronte a simili quesiti la Corte Costituzionale si è, invero, sempre trincerata dietro la discrezionalità del legislatore, oltre che sulla individuazione dei fatti da punire, anche sulla tipologia delle sanzioni da applicare, limitandosi, al massimo, a segnalare qualche irrazionalità di disciplina (cfr., ad esempio, Cfr. Corte Cost. sent. n. 22/2007, sull'art. 14, comma 5 *ter* TU) ma sempre avallando la soluzione normativa perché insindacabile (così, ad esempio, Corte Cost., sent. n. 236/2008 della quale viene riportato nel Considerato n. 10 della sent. 250/2010 un intero passaggio).

⁴⁰ Per tutti, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, Parte generale, Bologna, 2019, p. 28 ss.

⁴¹ Sul punto, M. ROMANO, "Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 39 ss.; F. ANGIONI, *Concetto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 215 s.

⁴² Non a caso attribuisce alla criminalizzazione della fattispecie connotati "puramente simbolici", T. PADOVANI, *L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi. Commento a l. 15 luglio 2009, n. 94*, in *Guida dir.*, 2009, n. 33, p. 15. Una funzione realmente deterrente della minaccia della pena prevista dalla disposizione normativa è negata da tutti i commentatori.

⁴³ Per un esame comparatistico della legislazione dei vari paesi europei, J. PARKIN, *The Criminalisation of Migration in Europe. A State of the Art of Academic Literature and Research*, CESP Paper in Liberty and Security in

È altresì difficilmente configurabile la funzione rieducativa della pena, in quanto la prospettiva perseguita dal legislatore non può ritenersi il reinserimento dello straniero nella società, quanto, piuttosto, l'allontanamento dal territorio dello Stato⁴⁴.

L'ammenda risulta, inoltre, non obblabile ai sensi dell'art. 162 c.p., come specifica espressamente il primo comma dell'art. 10 *bis* TU, preclusione che suscita non poche perplessità a fronte della possibilità di oblazione prevista per altre contravvenzioni della stessa rilevanza, o addirittura più gravi⁴⁵ e dell'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale che la applica in tutte e due le forme anche con riferimento ai reati di competenza del giudice di pace. Tutto ciò conferma che, nelle intenzioni del legislatore, la vera sanzione del reato sia l'espulsione dello straniero, prevista come sanzione sostitutiva, *ex art.* 16, comma 1, TU, per un periodo non inferiore a 5 anni⁴⁶.

Emergono, a questo punto, due incongruenze. La prima è che la sanzione sostitutiva è più grave di quella sostituita; la seconda è che la misura si sovrappone perfettamente all'espulsione contemplata nel procedimento amministrativo, destinato comunque ad aprirsi in caso di soggiorno irregolare. Tutti i fatti puniti nell'art. 10 *bis* TU, restano infatti sanzionati in via amministrativa con l'espulsione amministrativa, *ex art.* 13, comma 2, TU⁴⁷ o col respingimento differito, *ex art.* 10, comma 2, TU⁴⁸. La violazione della disciplina di ingresso e soggiorno dello straniero nello Stato comporta, dunque, l'avvio di due procedimenti autonomi. Addirittura si registra una completa sovrapposibilità delle ipotesi penalmente rilevanti con i previgenti illeciti amministrativi, in quanto l'elemento oggettivo della contravvenzione è il presupposto per l'adozione dei suddetti provvedimenti. In sostanza, gli stessi soggetti, cui l'ordine di espulsione del giudice di pace si riferisce, avrebbero già potuto essere espulsi in via amministrativa da parte del prefetto, per cui non resta che constatare l'assenza di utilità del nuovo meccanismo espulsivo legato alla contravvenzione dell'art. 10 *bis* TU.

Europe (No. 61/October 2013), in *www.ceps.eu*. Sull'incompatibilità in ogni caso tra pena detentiva di un reato di clandestinità e norme del diritto europeo, v. *postea*, par. 6.

⁴⁴ L. MASERA, *Corte Costituzionale e immigrazione*, cit., p. 1373; ID., *Costituzionale il reato di clandestinità, incostituzionale l'aggravante: le ragioni della Corte Costituzionale*, in *Dir. imm. citt.*, 2010, n. 3, p. 30. Il problema è stato tuttavia superato dalla Corte Costituzionale con l'attribuzione alla misura di una natura amministrativa, sì da giustificare la mancanza delle garanzie tipiche della pena.

⁴⁵ A. DELLA BELLA, *L'ultimo atto del "pacchetto sicurezza": tutte le novità in materia penale*, in *Corr. mer.*, 2009, p. 710.

⁴⁶ La possibile oblazione della sanzione ne avrebbe, infatti, ridotto l'operatività. Ulteriore riprova della prevalente importanza della sanzione sostitutiva è il non pagamento dell'ammenda nel caso di espulsione o di respingimento dello straniero, a causa dell'improcedibilità sopravvenuta del reato, che il giudice deve dichiarare in sentenza a seguito delle rispettive esecuzioni. La scelta poi di avere attribuito il reato alla competenza del giudice di pace - trasformato in una sorta di giudice della "sicurezza urbana" - ha portato all'inapplicabilità degli istituti della sospensione condizionale della pena e del patteggiamento. Nella stessa direzione si pone l'esclusione dell'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie, in genere riconoscibile dal giudice di pace.

⁴⁷ L'art. 13, comma 2, prevede una espulsione per ordine del Prefetto nei confronti dello straniero che: a) è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera; b) si è trattenuto nel territorio dello Stato senza aver presentato la dichiarazione di presenza (prevista dalla l. 28 maggio 2007, n. 68) o senza avere richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto (otto giorni), ovvero quando il permesso di soggiorno è revocato o annullato, ovvero è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato chiesto il rinnovo; c) è indiziato di appartenere ad un'associazione di tipo mafioso o appartiene ad una delle categorie cui può essere applicata una misura di prevenzione *ex l.* 1423/1956.

⁴⁸ Il respingimento differito è impartito dal questore con ordine di lasciare il territorio entro 7 giorni o con l'accompagnamento alla frontiera nei soli casi urgenti.

L'opzione legislativa a favore di un reato con contenuto meramente sanzionatorio tradisce, di conseguenza, anche il canone di *extrema ratio* del diritto penale, rispetto al quale le ordinanze di rimessione non avevano forse dedicato il debito spazio, ma che costituisce un tassello chiave nel giudizio di ragionevolezza della norma incriminatrice, ed il cui mancato rispetto si rivela il profilo più problematico⁴⁹.

La duplicazione dei procedimenti, per di più, non è solo inutile, ma anche dannoso, avendo complicato la già difficile esecuzione delle espulsioni, di cui restano impregiudicati le modalità di esecuzione, i presupposti giustificativi e fattuali⁵⁰. Di certo gli allontanamenti non sono divenuti più semplici sol perché le espulsioni possono essere disposte, oltre che in via amministrativa, anche dal giudice di pace. Ciò ha significato, semmai, intensificare gli ostacoli riscontrati nella concreta effettuazione dell'espulsione amministrativa, già solo per l'aumento dei potenziali destinatari di tali misure, fattore che ha ingolfato ulteriormente il sistema.

L'irragionevolezza della soluzione prescelta emerge inoltre dalla valorizzazione dell'espulsione amministrativa operata dalla stessa legge n. 94/2009. Prova ne siano: il secondo comma dell'art. 10 *bis* TU, che esclude l'applicazione della pena per lo straniero destinatario del provvedimento di respingimento emesso ai sensi dell'art. 10, comma 1, TU; il quinto comma dell'art. 10 *bis* TU, che dispone la sentenza di non luogo a procedere nei confronti dello straniero, la cui espulsione o il cui respingimento *ex* art. 10, comma 2, TU, nelle more del giudizio penale, venga effettivamente eseguito; l'art. 16, comma 1, TU, che consente al giudice di applicare in luogo della pena pecuniaria la sanzione sostitutiva dell'espulsione, la quale, in ogni caso deve essere già disposta in sede amministrativa; il quarto comma dell'art. 10 *bis* TU, che esclude l'applicabilità della disciplina del nulla osta per l'esecuzione dell'espulsione dello straniero⁵¹. Tutto ciò, in definitiva, rende subalterna la risposta penale, esponendola al rischio di rivelarsi, per i motivi detti, del tutto superflua e inefficace⁵², ed è la stessa Corte Costituzionale ad aver qualificato «l'applicazione della sanzione penale come un esito “subordinato” rispetto alla materiale estromissione dal territorio nazionale dello straniero ivi presente»⁵³, precisando che «in un gran numero di casi non è possibile, per la pubblica amministrazione, dare corso all'esecuzione dei

⁴⁹ Lo riconosce pure G.L. GATTA, *Il “reato di clandestinità”*, cit., p. 1334, per il quale, mentre tutti gli altri aspetti critici della fattispecie incriminatrice sono superabili, il profilo in questione costituisce l'unico motivo per il quale la Corte Costituzionale avrebbe dovuto dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 10 *bis* T.U.

⁵⁰ Unanimità nel giudizio, T. PADOVANI, *L'ennesimo intervento*, cit., p. 14; A. CAPUTO, *Nuovi reati*, cit., p. 255; L. MASERA, *“Terra bruciata”*, cit., p. 62 s.; G.L. GATTA, *Il “reato di clandestinità”*, cit., p. 1334; C. RENOLDI, *I nuovi reati*, cit., p. 38 ss.

⁵¹ Sul punto D. MANZIONE, *Le novità di rilevanza penale dell'ennesima legge sulla sicurezza pubblica (legge n. 94/2009)*, in *Leg. pen.*, 2009, p. 397 ss.

⁵² Parla di sanzione penale “cedevole”, la Procura della Repubblica di Agrigento, che ha sollecitato l'ordinanza del giudice di pace di Agrigento del 15 dicembre 2009. Critici, tra gli altri, T. PADOVANI, *L'ennesimo*, cit., p. 14; G.L. GATTA, *Il “reato di clandestinità”*, p. 1330 s.; V. ONIDA, *“Pacchetto sicurezza” e immigrazione*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, 2009, n. 14, p. 1 s.; L. MASERA, *“Terra bruciata”*, cit., p. 48 s.; A. CAPUTO, *Nuovi reati*, cit., p. 254 ss.; ID., *La contravvenzione*, cit., p. 1202, il quale sottolinea che la sovrapposizione tra sanzioni penali e sanzioni amministrative sia una peculiarità dell'art. 10 *bis* non riscontrabile in altre discipline del diritto penale complementare, pur richiamate dalla Corte Costituzionale a sostegno delle sue conclusioni nel giudizio di costituzionalità del reato di clandestinità. Ma l'irragionevolezza della contravvenzione è stata evidenziata anche nell'appello dei giuristi diffuso il 24 giugno 2009, cit., in cui è bollata come “priva di fondamento giustificativo”. Dubbi in merito sono stati sollevati anche dall'allora Presidente della Repubblica nella missiva di accompagnamento alla promulgazione della legge, vedila in appendice in S. CORBETTA-A. DELLA BELLA-G.L. GATTA, *Sistema penale*, cit., p. 572 s.

⁵³ *Considerato in diritto* n. 10 della sentenza della Corte Cost. n. 250/2010.

provvedimenti espulsivi»⁵⁴. A rigor di logica, però, non si capisce quale *surplus* di efficacia avrebbe dovuto garantire, su questo piano, la nuova procedura.

È stata tra l'altro ancora la Consulta ad aggiungere che la sostituzione dell'ammenda con la misura dell'espulsione da parte del giudice è solo facoltativa e che, in ogni caso, l'espulsione da parte del giudice di pace è subordinata alla condizione che non ricorrano le situazioni, ai sensi dell'art. 14, comma 1, TU, ostative all'esecuzione dell'espulsione amministrativa (necessità di procedere al soccorso dello straniero, ad accertamenti sulla sua identità o nazionalità, all'acquisizione di documenti di viaggio o indisponibilità di mezzi di trasporto). Si tratta di precisazioni che delimitano fortemente la sfera di operatività della sanzione sostitutiva, in quanto, per un verso, risolvono i dubbi, avanzati inizialmente in dottrina, circa la possibile obbligatorietà della misura⁵⁵, e, per altro verso, ribadiscono che l'espulsione del giudice di pace è ammissibile nei soli casi limite in cui, paradossalmente, lo stesso risultato era già perfettamente raggiungibile per via amministrativa anche prima della riforma⁵⁶. Anzi, non si capisce per quale motivo, non sussistendo cause ostative all'allontanamento, l'amministrazione non dovrebbe aver proceduto.

Se allora le indicazioni normative richiamate riducono notevolmente la possibilità di ricorrere all'espulsione come sanzione sostitutiva, va da sé che anche la proclamata intenzione legislativa di fare dell'allontanamento la "vera" sanzione della contravvenzione finisce per essere smentita. Un simile proponimento, comprovato anche dalla predisposizione del rito speciale della presentazione immediata, resta pertanto inevitabilmente compromesso dall'assenza di "organicità e sistematicità" delle norme.

La Corte Costituzionale ha affermato l'autonomia del procedimento penale in nome di un obiettivo: allontanare i migranti irregolari dal territorio dello Stato, cogliendo la *ratio* della sanzione sostitutiva «nel diminuito interesse dello Stato alla punizione di soggetti ormai estromessi dal proprio territorio». Così facendo la specificità della risposta penale è stata, ancora una volta, basata sulla collocazione del reato di immigrazione clandestina nell'ambito della tutela penale delle funzioni; nello specifico delle funzioni amministrative preordinate all'espulsione⁵⁷. Le osservazioni fin qui espresse conducono però a ritenere che l'autonomia del meccanismo sanzionatorio sia solo di tipo meramente formale, in quanto la tutela apprestata dal legislatore risulta "fotocopia", se non più blanda, dell'espulsione amministrativa, e dunque di fatto fine a sé stessa.

L'impatto applicativo dell'impianto penale è quindi nel complesso privo di reale efficacia, come lasciano trasparire anche le ulteriori argomentazioni del Giudice delle leggi, allorché ha dovuto cedere al riconoscimento di una disfunzionalità della fattispecie dovuta ad «una sovrapposizione - tendenzialmente completa - della disciplina penale a quella amministrativa».

Una volta che sul piano concreto l'annunciata utilità della sanzione sostitutiva perde di consistenza, la specificità della risposta penale torna a ridursi alla sola applicazione

⁵⁴ Considerato in diritto n. 10 della sentenza della Corte Cost., n. 250/2010.

⁵⁵ I dubbi erano sorti sul punto, sul rilievo che l'art. 62 *bis* d. lgs. 274/2000 afferma che il "giudice di pace applica", a differenza dell'art. 16, comma 1, TU, per il quale "il giudice [...] può sostituire". Hanno ritenuto la sostituzione obbligatoria, tra gli altri, S. LUERTI, *Modifiche al rito davanti al giudice di pace*, in S. CORBETTA-A. DELLA BELLA-G.L. GATTA (a cura di), *Sistema penale*, cit., p. 426; G. VARRASO, *Il nuovo rito a "presentazione immediata" davanti al giudice di pace: verso un nuovo procedimento virtuale?*, in O. MAZZA-F. VIGANÒ (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza"*, cit., p. 120 s. Dubbioso sull'obbligatorietà, tra gli altri, T. PADOVANI, *L'ennesimo*, cit., p. 15. A favore della facoltatività, G.L. GATTA, *Il "reato di clandestinità"*, cit., p. 1329.

⁵⁶ Cfr. T. PADOVANI, *L'ennesimo*, cit., p. 14; G.L. GATTA, *Il "reato di clandestinità"*, cit., p. 1330.

⁵⁷ A. CAPUTO, *La contravvenzione*, cit., p. 1201.

dell'ammenda. Se poi, però, si considera la già denunciata scarsa possibilità che la pena pecuniaria venga effettivamente eseguita (circostanza, come detto, non taciuta dalla stessa Corte), va da sé che lo spazio di autonomia dell'intervento penale, già esiguo sulla carta, svanisce del tutto sul piano pratico.

Nella contravvenzione di clandestinità, in definitiva, i profili di ragionevolezza e sussidiarietà si intrecciano con quelli dell'offensività del diritto penale, amplificando le incongruenze della fattispecie incriminatrice. Il ricorso al meccanismo della tutela delle funzioni, ma soprattutto la scelta di incriminare la violazione di qualsiasi disposizione in tema di ingresso e soggiorno, hanno finito, in sostanza, per privare tutti i principi menzionati di effettivo valore selettivo.

Proporzionalità ed *extrema ratio* del diritto penale si piegano davanti ad una soluzione normativa dannosa anche sotto un altro profilo, in quanto si è reso assai più gravoso il compito degli uffici giudiziari, con uno spreco di risorse umane ed economiche (basti pensare a quelle necessarie per la difesa d'ufficio), al solo fine di garantire un "effetto annuncio" verso gli elettori⁵⁸.

La perfetta sovrapposibilità dell'irregolarità amministrativa alla illiceità penale e la costruzione della contravvenzione come norma parzialmente in bianco generano le maggiori difficoltà applicative. La normativa, inoltre, omologa le ipotesi in cui la violazione della disciplina amministrativa sulla regolarità del soggiorno è riconducibile direttamente allo straniero - nel qual caso le incongruenze fin qui segnalate sarebbero destinate a ridimensionarsi, poiché lo straniero pur potendo rispettare la disciplina sulla regolarità del soggiorno non lo ha fatto - con quelle più gravi in cui la regolarità è legata ad un provvedimento discrezionale della pubblica amministrazione. È in queste ultime, evidentemente, che si pone il rischio di prevedere norme penali portatrici di responsabilità oggettiva occulta. Contro una simile eventualità è obbligatorio pretendere per l'integrazione dell'illecito penale che l'atto giunga quantomeno a conoscenza dell'interessato, potendo configurarsi al momento della sua emanazione solo una situazione di irregolarità amministrativa. Si registra, così, l'unico scarto esistente tra le due forme di illiceità, ma è chiaro che la pretesa della conoscenza del provvedimento da parte dello straniero sia certamente poca cosa per sanare i limiti del reato, bastando unicamente a spostare in avanti l'integrazione dell'illecito penale, che resta, sotto ogni altro aspetto, strettamente legata alla disciplina amministrativa.

4. I margini di applicazione del diritto penale nella criminalizzazione dell'immigrazione clandestina

Nella valutazione dell'efficacia di una criminalizzazione dell'ingresso e del soggiorno illegale non può essere trascurata la determinazione dei reali spazi di autonomia lasciati al legislatore nazionale dall'Unione europea. Qualunque scelta degli Stati membri deve infatti porsi in linea con le indicazioni provenienti dal diritto europeo.

Tenuto conto della direttiva europea c.d. rimpatri (direttiva 2008/115/CE)⁵⁹, la Corte di Giustizia UE ha chiarito con tre pronunce, El Didri, Achoughbaban e Sagor, che se, per

⁵⁸ V. ONIDA, "Pacchetto sicurezza" e immigrazione, cit., p. 1.

⁵⁹ La direttiva mira a fornire indicazioni per una disciplina di principio uniforme fra gli Stati membri, con riferimento alle garanzie minime da rispettare per il trattenimento dei migranti. Fondamentale è anche la Direttiva c.d. "procedure", 2005/85/CE, sull'obbligo di informazione circa i diritti e i doveri dei richiedenti

un verso, «gli Stati membri restano liberi di adottare misure, anche penali, atte segnatamente a dissuadere tali cittadini dal soggiornare illegalmente nel territorio di detti Stati»⁶⁰, per altro verso, nondimeno, deve trattarsi di misure compatibili con il diritto dell'Unione⁶¹ e tali da non «compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e da privare così quest'ultima del suo effetto utile»⁶², individuato nell'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio degli irregolari, nonché nella tutela dei diritti fondamentali dello straniero. La Corte di Giustizia ha, al contempo, precisato che l'applicazione della pena detentiva «rischia di compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito da detta direttiva», in quanto se inflitta durante la procedura di rimpatrio non è funzionale alla produzione dell'effetto utile della Direttiva del 2008⁶³. Nello specifico, la sentenza El Didri, relativa alla formulazione della fattispecie italiana di cui all'art. 14, comma 5 *quinqüies* TU, ha ritenuto la pena prevista fino a 4 anni di reclusione non ammissibile in ragione delle sue condizioni e modalità di applicazione, poiché irrispettosa del principio di proporzionalità e contraria all'effetto utile della direttiva rimpatri. Evidentemente la previsione di una pena così elevata, ma anche il meccanismo dell'arresto obbligatorio e del giudizio direttissimo stabiliti dallo stesso articolo, oltre alla possibile reiterazione all'infinito della condotta, e soprattutto all'operatività della pena “durante” la procedura di allontanamento, sono stati ritenuti incompatibili col diritto europeo. Il monito della Corte è valso non solo per il delitto di cui all'art. 14, comma 5 *ter* TU, oggetto del giudizio, ma anche le fattispecie incriminatrici più repressive, come quella di cui all'art. 14 comma 5 *quater* TU.

I principi affermati dalla sentenza El Didri sono stati poi confermati e chiariti dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia con la sentenza Achughbabian⁶⁴. La Corte era stata in questo caso chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità del reato di clandestinità previsto dalla normativa francese, all'art. 621.1 del *Ceseda*, che puniva con le pene congiunte della reclusione di un anno e dell'ammenda di 3.750 euro lo straniero che sia entrato o abbia soggiornato in Francia in assenza dei documenti o dei visti richiesti, o che, se maggiorenne,

protezione internazionale. Sulla direttiva rimpatri cfr. F. VIGANÒ, *Direttiva rimpatri e delitti di inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore*, in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2010; ID., *Il dibattito continua: ancora in tema di direttiva rimpatri e inosservanza dell'ordine di allontanamento*, *ivi*, 18 gennaio 2011; A. DI MARTINO-R. RAFFAELLI, *La libertà di Bertoldo: “direttiva rimpatri” e diritto penale italiano*, *ivi*, 26 luglio 2011, sia consentito il rinvio anche a M.T. COLLICA, *Gli effetti della direttiva rimpatri sul diritto vigente. Dalla difficile compatibilità col d. lgs. n. 286/1998 al necessario intervento: un percorso davvero concluso?*, *ivi*, 24 giugno 2011.

⁶⁰ § n. 52 della sentenza 28.4.2011, El Didri, causa C-61/11 PPU, in *Dir. pen. cont.*, 29.4.2011, con nota di F. VIGANÒ, *Corte di Giustizia dell'Unione europea, sent. 28 aprile 2011, Hassen El Didri, causa C-61/11 PPU (Direttiva rimpatri e inosservanza dell'ordine di allontanamento dello straniero)*. Si aggiunge nel considerando n. 54 che «né l'art. 63, primo comma, punto 3, lett. b), CE – disposizione che è stata ripresa dall'art. 79, n. 2, lett. c), TFUE – né la direttiva 2008/115, adottata in particolare sul fondamento di detta disposizione del Trattato CE, escludono la competenza penale degli Stati membri in tema di immigrazione clandestina e di soggiorno irregolare».

⁶¹ A riguardo vengono richiamati, nel considerando n. 56 della sentenza El Didri, il secondo e il terzo comma dell'art. 4, n. 3, TUE, che impongono agli Stati membri di adottare «ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione» e l'astensione «da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione», compresi quelli perseguiti dalle direttive».

⁶² § n. 55 della sentenza El Didri, cit.

⁶³ Definisce questo aspetto come «un fondamentale punto fermo fissato dall'importante pronuncia, pesante come un macigno», G.L. GATTA, *Il “reato di clandestinità”*, cit., p. 2.

⁶⁴ Corte di Giustizia, Grande Sezione, sent. 6 dicembre 2011, Achughbabian, causa C-329/11, in *Dir. Pen. Cont.*, 6 dicembre 2011, con nota di L. MASERA, *La Corte di giustizia dichiara incompatibile con la direttiva rimpatri il reato di clandestinità previsto nell'ordinamento francese*. Cfr. R. RAFFAELLI, *Case note: the Achughbabian case. Impact of the return directive on national criminal legislation*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2012, n. 1, p. 176 ss.

vi si sia trattenuto per un periodo superiore a tre mesi senza munirsi del permesso di soggiorno⁶⁵.

Analogamente al nostro art. 10 *bis* TU, l'articolo del codice francese dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri e del diritto d'asilo, costituiva il presupposto della procedura di rimpatrio prevista dalla direttiva 115 del 2008. La Corte di Giustizia ha chiarito che l'art. 2, par. 2 lett. b) della direttiva, a norma del quale gli Stati membri possono non applicarla ai cittadini di Paesi terzi sottoposti a rimpatrio come sanzione penale, in conformità alla legislazione nazionale, «non può manifestamente essere interpretata, salvo privare la direttiva della sua ratio e del suo effetto vincolante, nel senso che gli Stati membri possono omettere di applicare le norme e le procedure previste dalla direttiva in parola ai cittadini di Paesi terzi che abbiano commesso solo l'infrazione del soggiorno irregolare». In definitiva, qualificare l'ingresso e il soggiorno irregolare come reato non consente in ogni caso di eludere la Direttiva rimpatri.

Circa il contrasto di un reato di clandestinità in sé rispetto alla Direttiva rimpatri, un utile riferimento è in realtà già contenuto nella sentenza *El Dridi*, laddove si specifica, come anticipato, che gli Stati membri *restano liberi di adottare misure, anche penali*, atte segnatamente a dissuadere i cittadini di Paesi terzi dal soggiornare illegalmente nel territorio di detti Stati⁶⁶. Ma in maniera più chiara nella sentenza *Achughbabian*, la Corte di Giustizia ha sostenuto che la Direttiva «non vieta che il diritto di uno Stato membro qualifichi il soggiorno irregolare alla stregua di reato e preveda sanzioni penali per scoraggiare e reprimere la commissione di siffatta infrazione delle norme nazionali in materia di soggiorno» (§28)⁶⁷.

Senonché quando si devono poi andare a verificare i margini di questa facoltà il campo di azione degli Stati membri è destinato a ridimensionarsi. Come osservato, in ogni caso deve trattarsi di misure che non contrastino con l'effetto utile della direttiva, individuato nell'«*instaurazione di una politica di allontanamento e di rimpatrio efficace e rispettosa dei diritti fondamentali della persona*» (*El Dridi* § 55; *Achughbabian* §39). La sentenza *Achughbabian* ha ritenuto che i suddetti parametri non fossero garantiti dal reato francese, potendo portare alla reclusione “nel corso” del procedimento comune di rimpatrio con un prolungamento dei relativi tempi. Ciò finiva per incidere negativamente sulla efficacia della Direttiva, al pari di quanto la *El Dridi* aveva ritenuto avvenisse con riferimento al nostro art. 14, co. 5 *ter* T.U, poi per questo riformato dal legislatore italiano con la previsione di una pena pecuniaria⁶⁸. Più drastica è invece stata la scelta del legislatore francese che nel 2012 ha abrogato l'incriminazione del soggiorno irregolare⁶⁹.

Per converso, il legislatore nazionale può ricorrere al diritto penale quando le misure coercitive previste dalla direttiva attraverso l'allontanamento coattivo sono state infruttuose e lo straniero continui a permanere illegalmente sul territorio dello Stato, senza che esista

⁶⁵ La questione è stata sollevata dalla Cour d'Appel de Paris, n. 11/02050, 9 maggio 2011. Sull'ordinanza, cfr. L. D'AMBROSIO, *Se una notte d'inverno un sans papiers: la Corte di Giustizia dichiara il reato di ingresso e soggiorno irregolare "conforme" e "non conforme" alla "direttiva rimpatri*, in *Dir. pen. cont.*, 26 gennaio 2012; M. LA ROSA, *Diritto penale e immigrazione clandestina in Francia: cui prodest?*, *ivi*, 1 febbraio 2012.

⁶⁶ § 52 della sentenza *El Dridi*, cit.

⁶⁷ La premessa con cui la Corte di Giustizia ha sorretto questa conclusione è stata che la direttiva rimpatri si occupa solo dell'armonizzazione della procedura di rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, ma non anche dell'armonizzazione delle disposizioni sul soggiorno e la risposta sanzionatoria eventualmente prevista dagli ordinamenti nazionali nel caso di una loro violazione.

⁶⁸ La sentenza *El Dridi* aveva comportato la disapplicazione da parte dei giudici italiani della fattispecie e perciò spinto il legislatore ad intervenire con la l. n. 129 del 2011, che ha sostituito la pena detentiva con la pena pecuniaria, e lo stesso è avvenuto per i reati di cui agli artt. 13, comma 5.2 e 14, comma 1 *bis* TU.

⁶⁹ L'abrogazione è stata prevista dall'art. 8 della l. 31 dicembre 2012, n. 1560. L'ingresso irregolare, a determinate condizioni, è invece ancora punito con la pena detentiva e pecuniaria.

un giustificato motivo che lo consenta. In questo caso, infatti, è ormai “esaurita” la procedura di rimpatrio. In secondo luogo è possibile ricorrere alle forme di detenzione “prima che inizi la procedura di rimpatrio”, che può contemplare l’arresto o il fermo dello straniero con l’obiettivo di identificarlo e di evitarne la fuga (§30). Nel caso francese, in particolare, ciò era attuato attraverso la misura precautelare della *garde à vue*, equiparabile al nostro fermo di polizia e applicata agli stranieri sospettati di soggiornare illegalmente sul territorio nazionale. Nonostante ciò, la Corte di Cassazione francese ha poi sancito la fine della misura, in quanto usata nella pratica come “anticamera” della procedura di espulsione e non per una reale funzione cautelare⁷⁰.

In seguito alle due pronunce della Corte di giustizia restava da capire come le suddette indicazioni avessero inciso sul nostro reato di clandestinità, posto che presenta alcune differenze non trascurabili sia rispetto al reato di cui all’art. 14, co. 5 *ter* T.U, oggetto della sentenza El Didri, sia dal reato francese di cui all’art. 621-1 Ceseda, giudicato dalla sentenza Achughbabian. L’art. 10 *bis*, infatti, come detto, commina solo una sanzione pecuniaria, che avrebbe potuto indurre a ritenere garantita la sopravvivenza del reato, essendo rispettato il principio di proporzionalità e non venendo pregiudicato l’effetto utile della direttiva, tuttavia non mancavano alcuni aspetti critici, in particolare, la possibile conversione della pena pecuniaria non eseguita per insolvibilità del condannato nell’obbligo di permanenza domiciliare, nonché la sostituibilità della stessa con la misura dell’espulsione.

Con la sentenza Sagor⁷¹, concernente proprio la contravvenzione di cui all’art. 10 *bis* TU, la Corte di Giustizia, ha escluso il contrasto della contravvenzione italiana con l’effetto utile della direttiva se non, tuttavia, proprio nel richiamato caso in cui consente la conversione della pena pecuniaria in permanenza domiciliare per insolvibilità del condannato. Tenuto conto dei limiti edittali della fattispecie e del tasso di conversione, stabilito dall’art. 55, co. 6, d.lgs. 274/2000 (un giorno per ogni 25 euro di pena pecuniaria), la permanenza sarebbe pari al massimo legale previsto dalla stessa norma, e cioè 45 giorni. Si tratta di un periodo ritenuto idoneo dalla Corte di giustizia ad ostacolare l’effetto utile della direttiva, in particolare qualora non si preveda comunque la cessazione della permanenza nel caso in cui diventi possibile l’allontanamento dello straniero (§45)⁷².

Quanto alla previsione della espulsione come pena sostitutiva, la sentenza Sagor ha invece salvato la fattispecie, ma subordinando la possibilità di sostituzione solo in presenza di due condizioni: che vi sia la possibilità di una esecuzione immediata dell’espulsione, non sussistendo le condizioni ostative di cui all’art. 14, comma 1, TU, e che vi sia un concreto rischio di fuga da parte dello straniero, da valutare caso per caso da parte del giudice. In mancanza di un simile rischio, lo straniero ha diritto alla concessione di un termine per la partenza volontaria, così come prevede la direttiva.

La Corte di giustizia, in definitiva, ha così ulteriormente limitato lo spazio di intervento punitivo degli Stati membri anche nei casi di reati puniti con pene pecuniarie, non consentendo neppure in seconda battuta una applicazione di pene detentive o comunque limitative della libertà personale, che compromettano o comunque ritardino la

⁷⁰ Sul punto L. D’AMBROSIO, *Niente più garde à vue per gli stranieri irregolari in Francia in seguito alle sentenze della Corte di giustizia UE sulla direttiva rimpatri*, in *Dir. pen. cont.*, 12.6.2012.

⁷¹ Corte di Giustizia, sent. 6 dicembre 2012, Sagor, causa C-430/11, in *Dir. pen. cont.*, 7.12.2012, con nota di F. VIGANÒ, *La Corte di giustizia UE su articolo 10 bis T.U. Immigrazione e direttiva rimpatri*. Cfr. L. MASERA, *Art. 10 bis e Direttiva rimpatri dopo la sentenza Sagor della Corte di giustizia*, *ivi*, 28.2.2013.

⁷² La Corte ha così attribuito al giudice del rinvio il compito di valutare se esistesse nella normativa nazionale una norma per far prevalere l’allontanamento sull’esecuzione dell’obbligo di permanenza domiciliare.

procedura di rimpatrio. Proprio per escludere quest'ultimo aspetto è intervenuta la l. n. 161/2014 che ha introdotto un nuovo comma 3 *septies* all'art. 13 TU, ai sensi del quale l'espulsione amministrativa si esegue in ogni caso anche nei confronti dello straniero insolubile, condannato alle pene della permanenza domiciliare e del lavoro di pubblica utilità, che si riconvertono nella corrispondente pena pecuniaria.

Vero ciò può concludersi che lo spazio lasciato alla penalizzazione del reato di ingresso e soggiorno irregolare dal diritto dell'Unione europea sia davvero modesto e relegato comunque all'applicazione di sanzioni pecuniarie. Ciò significa destinare questo tipo di reati all'ineffettività, trattandosi di misure che difficilmente possono essere eseguite, specie nel nostro Paese, dove alle difficoltà che su questo aspetto comporta la peculiarità di questo tipo di autore, si aggiunge, come osservato, un sistema di esecuzione delle pene pecuniarie in generale patologico, con percentuali bassissime di pene riscosse.

Ancora una volta pertanto si conferma la singolare inutilità del reato.

5. Il fallito tentativo di depenalizzazione del reato

Le osservazioni critiche fin qui emerse, ampiamente condivise in dottrina e stigmatizzate dalla magistratura in una serie di documenti⁷³, sono state ad un certo punto anche al centro del dibattito parlamentare. Tanto è vero che la l. n. 67 del 2014, sulla depenalizzazione, aveva menzionato espressamente il reato di immigrazione clandestina tra le fattispecie incriminatrici da trasformare in illecito amministrativo, conservando invece il rilievo penale delle condotte di violazione dei provvedimenti adottati in materia. La scelta di procedere alla depenalizzazione di diverse ipotesi criminose, tra cui quella dell'art. 10 *bis* TU, può dirsi coraggiosamente in controtendenza rispetto al *trend* di populismo giudiziario e carcerocentrico affermatosi nei provvedimenti legislativi degli ultimi anni, ma è stata presto soppiantata da un rinnovato clima panpenalistico.

È significativo che pure nell'ambito di un processo di depenalizzazione, portato a termine con il d. lgs. nn. 7 e 8 del 2016, il Governo abbia deciso di tradire le direttive della legge delega proprio in relazione al reato di clandestinità. Si è scelto, infatti, di mantenere in vita la fattispecie, in contrasto con il vincolo legislativo della delega, che avrebbe dovuto portare alla depenalizzazione come atto dovuto. E ancor più emblematico è che ciò sia avvenuto per una motivazione meramente simbolica. Il Governo ha infatti esplicitamente giustificato la decisione: per il "carattere particolarmente sensibile degli interessi coinvolti", sicché "lo strumento repressivo penale appare, invero, indispensabile ai fini della composizione del conflitto innescato dalla commissione dell'illecito", pur nella affermata consapevolezza della totale ineffettività della fattispecie⁷⁴. Si tratta, in definitiva, della consacrazione della natura esclusivamente simbolica del reato⁷⁵, utilizzato, ormai senza falsi

⁷³ In diverse prese di posizione dell'ANM si lamenta, in particolare, l'inutilità della contravvenzione ai fini di prevenzione generale, l'intasamento dei tribunali e le complicazioni che ne sono derivate sulle inchieste relative agli scafisti, in quanto non è stato più possibile contare sulla collaborazione degli stranieri, considerati imputati del reato di clandestinità. Valutazione conforme è stata evidenziata anche dalla Procura Nazionale antimafia.

⁷⁴ V. Relazione illustrativa del d.lgs. n. 8/2016.

⁷⁵ Distingue tra uso intrinsecamente simbolico del diritto penale, uso eminentemente simbolico ed uso esclusivamente simbolico, cui va ricondotto il reato di clandestinità, limitando l'aspetto assolutamente patologico all'ultimo dei tre, in cui la pena aggancia la sua legittimazione al solo simbolismo, in quanto priva

trincerismi, al solo fine di rassicurare paure, sia pure oggettivamente infondate, della collettività⁷⁶. La dichiarazione di resa da parte del Governo, di fronte al dilagare di una politica criminale di populismo giudiziario⁷⁷, non ha mancato di sollecitare dure prese di posizione⁷⁸, le quali non sembrano tuttavia aver sortito ripensamenti da parte del legislatore, che anzi ha consolidato l'atteggiamento securitario con nuovi provvedimenti.

Il mantenimento del reato continua pertanto a produrre conseguenze particolarmente negative, molte delle quali, come osservato, legate ai costi del suo accertamento. Il tutto per un processo, destinato, quando arriva alla fase di definizione, a irrogare una sanzione non eseguibile.

Ancora peggiori sono inoltre gli effetti che scaturiscono attorno al clandestino, per il quale è impossibile sanare la sua condizione. Di conseguenza l'immigrato è costretto a vivere in un sottobosco di illegalità, che fa comodo ad un certo tipo di economia e alla criminalità organizzata, pronta a sfruttare a proprio vantaggio la sua condizione di debolezza e vulnerabilità⁷⁹. In definitiva, il diritto penale securitario finisce per rivelarsi paradossalmente diritto penale criminogeno. Il re è nudo!

6. La conferma della tendenza securitaria negli ultimi decreti sicurezza

La logica del diritto penale simbolico e della tolleranza zero ha generato una legislazione sempre più repressiva, che trova espressione diretta nei decreti sicurezza degli ultimi Governi. I più recenti sono il d.l. Salvini, n. 113/2018 sulla sicurezza, convertito con modificazioni nella l. n. 132/2018 e il d.l. n. 53/2019, c.d. decreto sicurezza *bis*, in ideale continuità con il precedente, convertito con modificazioni nella l. n. 186/2019⁸⁰.

Un approccio repressivo era stato invero già adottato nei d.l. Minniti, n. 13/2017, convertito nella l. n. 46/2017, sul contrasto all'immigrazione illegale, e n. 14/2017, convertito con modificazioni nella l. n. 132/2017, sulla sicurezza urbana, entrambi emanati dal previo Governo. Con il primo, in particolare, si è provveduto, ad una riforma dei

di legittimazione sia sul piano legale sia su quello dell'effettività, C. SOTIS, *Intervento*, in AA.VV., *La società punitiva*, cit., p. 14 s.

⁷⁶ Cfr., sul punto, L. MASERA, *Terra bruciata*, cit., p. 48 ss.; A. SESSA, *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica delle "non scelte" alla prova della tenuta democratica del sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 522 ss.; C. SOTIS, *Punire per un fatto che la legge ha stabilito non essere più reato?*, in *Dir. pen. cont.*, 3 novembre 2015; G. LOSAPPIO, *Riflessioni critiche sul preteso effetto abrogativo della delega di depenalizzazione specifica*, *ivi*, 24 febbraio 2016.

⁷⁷ Precisa D. PULITANÒ, *Intervento*, in AA.VV. *La società punitiva*, cit., p. 3, che l'esplicita dichiarazione di resa più che al populismo giudiziario in questo caso è stata verso gli "umori della gente comune".

⁷⁸ Si veda l'intervento di critica da parte dell'Associazione italiana dei professori di Diritto Penale a seguito della mancata depenalizzazione del reato, raccolto in AA.VV. *La società punitiva*, cit.; C. RUGGIERO, *La depenalizzazione del reato di "immigrazione clandestina": un'occasione mancata per il sistema penale italiano*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2017, n. 2, p. 135 ss.

⁷⁹ A. SESSA, *Controllo dei flussi migratori*, cit., p. 525 s.; V. TEODONIO, *Sessantamila sfruttate in tre regioni*, in *www.repubblica.it*, 25.5.2016; E. LO MONTE, *Lo sfruttamento dell'immigrato clandestino: tra l'incudine (dello Stato) e il martello (del caporalato)*, in *Crit. dir.*, 2011, p. 46 ss. Sulla facilità con cui il clandestino può finire per diventare vittima dei reati connesso al c.d. *forced labour*, A. MANNA, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di ricorrenti tentazioni circa l'utilizzazione di un diritto penale simbolico*, in AA.VV. *La società punitiva*, cit., p. 9 s.

⁸⁰ Su entrambi i provvedimenti è stata posta la fiducia dal Governo, il che ha impedito che si potesse avviare un dibattito politico su questioni particolarmente incisive su diritti fondamentali. Sul punto, S. ZIRULIA, *Decreto sicurezza –bis: novità e profili critici*, in *Dir. pen. cont.*, 18 giugno 2019.

procedimenti in materia di protezione internazionale⁸¹, che ha sollevato commenti particolarmente negativi⁸². Il secondo decreto ha invece introdotto alcune novità in tema di sicurezza delle città, che viene ricondotto al bene giuridico “della vivibilità e del decoro delle città”⁸³, rappresentativo della poliformità della sicurezza.

Ma è con il decreto Salvini n. 113/2018 che si è intervenuti in chiave ancora più marcatamente repressiva⁸⁴. In nome della sicurezza, tra le altre cose, si è abolito il permesso di soggiorno per motivi umanitari, sostituito da una serie di misure non compensative. Di fatto, tuttavia, si è finito per provocare indirettamente un aumento del numero degli irregolari presenti sul nostro territorio destinati all’espulsione, con un aggravio della relativa procedura.

Tra le altre novità previste, particolarmente restrittive sono le modifiche in tema di detenzione amministrativa. Il legislatore italiano invero aveva in passato ridotto i limiti del trattenimento dello straniero nei CPR, dal massimo di 18 mesi, introdotto nel 2011, a 3 mesi, che scendevano addirittura a 30 giorni nel caso in cui lo straniero avesse già trascorso in carcere almeno 3 mesi⁸⁵. Il decreto Salvini ha invece raddoppiato da 90 a 180 giorni la durata massima della detenzione di chi è in attesa di espulsione⁸⁶ allo scopo di assicurare il sollecito rimpatrio dei soggetti che dimorino *sine titulo* nel nostro territorio. Finalità che però, per le ragioni già richiamate e sulle quali la riforma non può che incidere negativamente, restano solo sulla carta. È noto che il prolungamento dei tempi di detenzione non incide in alcun modo sull’obiettivo dichiarato. Le statistiche dimostrano che al di là dei rimpatri effettuati nei primi 60 giorni, è poi difficile che avvengano a causa di diversi ostacoli difficili da superare, tra i quali la mancata cooperazione al rimpatrio del

⁸¹ In relazione alle espulsioni disposte a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione, si è previsto il ripristino dello stato di detenzione “per il tempo strettamente necessario” all’esecuzione del provvedimento di espulsione. Modifiche, sia pure modeste, hanno riguardato la detenzione amministrativa dello straniero irregolare. riguardando essenzialmente il mutamento del nome dei centri di detenzione, da Centri di identificazione ed espulsione (CIE) a Centri di permanenza per il rimpatrio (CPR), il prolungamento di 15 giorni del termine massimo del trattenimento degli stranieri che siano stati trattenuti per almeno 90 giorni in una struttura carceraria nei casi di “particolare complessità delle procedure di identificazione e di organizzazione del rimpatrio”; una nuova ipotesi di trattenimento negli stessi centri (anche prima del provvedimento espulsivo del questore) per gli stranieri che rifiutino di sottoporsi alle operazioni di rilevamento foto dattiloscopico e segnaletico; la possibilità di prolungare il trattenimento anche per i richiedenti asilo, già detenuti nei suddetti centri in attesa di respingimento, quando vi sono fondati motivi per ritenere che la domanda è stata presentata al solo scopo di ritardare o impedire l’espulsione.

⁸² Critici, tra gli altri, il Primo Presidente della Corte di Cassazione Canzio e della sezione dell’ANM presso la Corte di Cassazione. A riguardo, A. COSENTINO, *L’ANM della Cassazione sul D.L. n. 13/2017 in materia di protezione internazionale e di contrasto dell’immigrazione illegale*, in *Quest. Giust.*, 8 marzo 2017.

⁸³ Per tutti C. RUGA RIVA, *Il d.l. in materia di sicurezza nelle città. Verso una repressione Urbi et orbi?*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2017, n. 3, p. 272; C. RUGA RIVA-B. BISCOTTI-P. RONDINI-R. CORNELLI-A. SQUAZZONI, *La sicurezza urbana e i suoi custodi (il sindaco, il questore e il prefetto). Un contributo interdisciplinare sul c.d. decreto Minniti*, *ivi*, 2017, n. 4, p. 224 ss.

⁸⁴ Sulle conseguenze penali del decreto sicurezza, L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza*, cit., p. 43 ss.; G. MENTASTI, *Decreto sicurezza: i profili penalistici*, in *Dir. pen. cont.*, 25 ottobre 2018; ID., *Il decreto sicurezza diventa legge. Le modifiche introdotte in sede di conversione*, *ivi.*, 21 dicembre 2018; M. DANIELE, *La detenzione come deterrente*, cit., p. 95 ss.

⁸⁵ Si tratta della legge europea 2013 bis (l. 20 ottobre 2014, n. 163). A riguardo, L. MASERA, *Ridotto da 18 a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE: la libertà dei migranti irregolari non è più una bagatella?*, in *Dir. pen. cont.*, 10 novembre 2014.

⁸⁶ Nel 2008 erano denominati Centri di Permanenza Temporanea (C.P.T.) e trasformati in Centri di identificazione ed espulsione.

Paese di origine dello straniero e gli alti costi delle espulsioni⁸⁷. L'intervento normativo serve pertanto più a far perdere la funzione cautelare della misura favore di una finalità sanzionatoria.

È vero che la detenzione amministrativa è stata salvata dalla giurisprudenza della Corte EDU⁸⁸, in quanto prevista dalla c.d. Direttiva rimpatri (2008/115/CE), che ne consente la protrazione fino a 18 mesi, ma lo è altrettanto che la Corte ha subordinato la misura al rispetto di precisi limiti, dovendo risultare strettamente necessaria e proporzionale allo scopo del rimpatrio e, al contempo, garantire appropriate condizioni⁸⁹. Al pari, anche la Corte Costituzionale ne ha salvato la legittimità costituzionale, in nome di esigenze di sicurezza nazionale e al fine di realizzare un'adeguata gestione dell'immigrazione clandestina, ma ha al contempo riconosciuto che si tratti di una soluzione impattante sulla libertà fisica e sull'integrità morale dello straniero, fino al punto da poterne minare la dignità personale⁹⁰. Non è un caso pertanto se la detenzione amministrativa già in passato sia stata definita "galera amministrativa"⁹¹ o sia sia parlato di "frode delle etichette"⁹². Anzi, l'istituto può rivelarsi ancora peggiore della pena, in quanto privo delle garanzie tipiche del diritto penale sostanziale e processuale ed è dunque ben lontano dai requisiti di necessità e proporzionalità rispetto allo scopo del rimpatrio, cui allude la Corte EDU.

Né le novità introdotte dal decreto Minniti in materia - non a caso definite da taluno⁹³ "sconfortanti" - sono state sufficienti a colmare le lacune della disciplina di CIE e

⁸⁷ Riferimenti in L. MASERA, *Ridotto da 18 a 3 mesi*, cit.

⁸⁸ Si tratta della sentenza della Corte EDU, 1° settembre 2015, causa Khlaifia e altri c. Italia, in www.echr.coe.int.

⁸⁹ Corte EDU, 29 gennaio 2008, causa Saadi c. Regno Unito, in www.echr.coe.int.

⁹⁰ Così già C. Cost., 10 aprile 2001, n. 105, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 1121. Sul punto A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti di incostituzionalità dei Cie*, in *Dir. imm. citt.*, 2014, p. 17 ss.; M. DANIELE, *La detenzione come deterrente*, cit., p. 95 ss.; ID., *Il volto sbiadito dell'habeas corpus nella privazione della libertà personale*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 422 ss. Sono solo apparentemente più rigorosi i presupposti per il trattenimento dei richiedenti asilo, essendo legato ad ipotesi specificamente elencate dall'art. 8 della direttiva 2013/33 e dell'art. 6 d. lgs. 18 agosto 2015, n. 142; tuttavia il richiamo ai motivi di "sicurezza nazionale" e di "ordine pubblico" consentono facili applicazioni, anche non strettamente funzionali all'effettivo rimpatrio o alla concessione della protezione internazionale.

⁹¹ Così il Senatore Carofiglio, durante la seduta dell'Assemblea del Senato n. 90 del 12 novembre 2008, nel dibattito parlamentare che ha preceduto l'introduzione del reato di immigrazione clandestina. L'espressione è ripresa da A. PUGIOTTO, *La "galera amministrativa" degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quest. giust.*, 2014, n. 3, p. 573 ss. Sulla natura sostanzialmente penale della sanzione, tra gli altri, L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, 4, p. 11. Fanno riferimento per questo ad una "bagatellizzazione" della libertà personale dei migranti, A. CAPUTO, *I reati collegati all'espulsione: profili generali e principali questioni applicative*, in *Dir. pen. proc. Gli speciali*, 2009, p. 10; M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine*, cit., 266 ss. Più in generale, E. VALENTINI, *La detenzione amministrativa dello straniero e diritti fondamentali*, Torino, 2018.

⁹² Di frode delle etichette parla G.L. GATTA, *La criminalizzazione della clandestinità fra scelte nazionali e contesto europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 190; ID., *La pena nell'era della "Crimmigration": tra Europa e Stati Uniti*, *ivi*, 2018, p. 675 ss. Sul punto, cfr. A. SPENA, *La crimmigration e l'espulsione dello straniero di massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, 2, p. 508; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza*, cit., p. 45 ss.

⁹³ L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconfortanti novità del decreto Minniti*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2017, 3, p. 278 ss. Cfr. G. MENTASTI, *La libertà personale dello straniero al vaglio della Corte Edw: illegittimità della proroga del trattenimento adottata de plano e diritto alla riparazione per ingiusta detenzione*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2018, n. 3, p. 295 ss., che parla di intervento normativo del tutto inadeguato rispetto agli obiettivi; A. GILIBERTO, *La violazione dei diritti umani degli stranieri trattenuti in un C.I.E. (oggi C.P.R.) danneggia l'immagine della comunità territoriale dove la violazione è avvenuta*, *ivi*, 2017, n.12, p. 153 ss.

*hotspot*⁹⁴, ad oggi prevalentemente affidata alla regolamentazione e alla prassi amministrativa, che si è in concreto aggiunta ad una legislazione lacunosa e complessa, e dunque in contrasto con i limiti sanciti a livello costituzionale, europeo e internazionale per ogni misura restrittiva della libertà personale: *in primis* la riserva di legge, *ex art.* 13 Cost. e la c.d. *quality*, cui fa riferimento l'art. 5 CEDU, che pretende una chiara definizione e la prevedibilità applicativa delle condizioni di detenzione⁹⁵.

Ancora meno rispettosamente delle indicazioni europee, l'attuale Governo, col citato decreto sicurezza, ha ulteriormente aggravato la misura, in quanto non solo, come detto, ha ampliato i termini di durata del trattenimento nei CPR, ma ha anche aggiunto una nuova ipotesi di trattenimento negli *hotspot* dei richiedenti protezione internazionale, "per il tempo strettamente necessario, e comunque non superiore a trenta giorni", finalizzata a verificarne l'identità o la cittadinanza, ma che può - quel che è peggio - proseguire presso i CPR e durare fino a 180 giorni. A differenza del passato quest'ultima possibilità non è legata ai soli casi di rifiuto reiterato dello straniero di sottoporsi ai rilievi, ma si applica anche «ove non sia stato possibile determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza», circostanza che può non dipendere dalla condotta dello straniero⁹⁶. Si è legittima così una carcerazione di fatto anticipata anche per i richiedenti asilo.

Alla luce delle segnalate carenze, cui si aggiungono i problemi di affollamento, cattiva organizzazione, alti costi di gestione, scarsità di igiene e sicurezza, ecc., la detenzione amministrativa si rivela in definitiva ancora più afflittiva delle già criticate sanzioni penali, con conseguenze ancora più lesive di diritti e libertà fondamentali, che dovrebbero invece essere garantiti ad ogni migrante, anche a prescindere dal diritto alla protezione internazionale⁹⁷. Perciò non può certo ritenersi rispettata la natura proporzionale e strettamente funzionale del trattenimento, così come invece voluto dalle norme europee e dagli obblighi internazionali⁹⁸.

Si è così attuata quella che è stata definita una "cimmigration", l'intreccio tra una logica criminalizzante ed efficientismo amministrativistico, che ha generato un insieme di norme di diversa natura, ma tutte espressione di un medesimo spirito repressivo e poliziesco. Il complesso delle norme penali e amministrative è orientato, almeno formalmente, all'espulsione indiscriminata dello straniero, ma produce di fatto una degenerazione del diritto dell'immigrazione in termini chiaramente illiberali.

In questo clima si è aggiunta l'aberrazione di una nuova strategia che per aggirare le difficoltà a valle di un'effettiva espulsione, è volta a realizzare operazione di "push back" già in alto mare⁹⁹ o di impedimento degli sbarchi¹⁰⁰. Tema complesso, che coinvolge, per un

⁹⁴ Si tratta dei c.d. "punti di crisi" in cui vengono trattenuti, anche per mesi, i migranti, sia economici sia in cerca di protezione internazionale, in attesa di procedere alla prima identificazione e registrazione. Sul punto, A. MANGIARACINA, *Hotspot e diritti: un binomio possibile?*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2016.

⁹⁵ Si veda la sentenza della Corte EDU, 1° settembre 2015, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit.

⁹⁶ L'assenza di documenti potrebbe tra l'altro essere frutto di atti di discriminazione che la persona ha subito nel proprio paese di origine. Sul punto, M. DANIELE, *La detenzione come deterrente*, cit., p. 102 s.

⁹⁷ Su questa tendenza, S. MIRATE, *Gestione dei flussi migratori e responsabilità statali: riflessioni problematiche tra normative interne, prassi amministrative e giurisprudenza CEDU*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, n. 2, p. 432 s.

⁹⁸ I rilievi critici sollevabili in merito ai CPR, peraltro, possono ripetersi spesso anche per gli altri sistemi di accoglienza di grandi dimensioni.

⁹⁹ Sui respingimenti collettivi di migranti, tra gli altri, S. MIRATE, *Gestione dei flussi migratori*, p. 433 ss.; C. MORSELLI, *Hic sunt leones: la Corte di Strasburgo traccia l'invalicabile linea di interdizione nella carta geografica dei respingimenti in alto mare*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 509 ss.;

¹⁰⁰ La Grande Camera ha già condannato l'Italia con la sent. sul caso *Hirsi Jamaa c. Italia*, del 23 febbraio 2012, in *Rivista aic.it*, con nota di S. ZIRULIA, *I respingimenti nel Mediterraneo tra il diritto del mare e diritti fondamentali*, per

verso, il conflitto tra norme nazionali ed obblighi sovranazionali¹⁰¹ e, per altro verso, quello tra fattispecie incriminatrici e doveri costituzionali inderogabili di solidarietà e operatività delle cause di giustificazione¹⁰².

Di riflesso l'ultimo decreto sicurezza n. 186/2019 c.d. *bis* ha, tra le altre cose, ampliato i poteri ministeriali in tema di divieto dell'ingresso delle navi nel mare territoriale per i motivi di ordine e sicurezza pubblica e comunque in caso di violazione della legge¹⁰³, oltre ad introdurre multe per il comandante, l'armatore e il proprietario della nave "in caso di violazione del divieto di ingresso, transito o sosta in acque territoriali italiane", che di fatto puniscono chi soccorre¹⁰⁴. Si è voluto dare così copertura normativa ad una politica di chiusura fino a quel momento attuata attraverso singole direttive ministeriali, che avevano riscontrato le critiche dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani¹⁰⁵, ma che, con tutta evidenza, non sarà sufficiente a superare le indicazioni provenienti dagli obblighi internazionali e dalla nostra Costituzione.

7. Quali rimedi per una corretta gestione "penale" dei flussi migratori?

Come osservato, gli interventi normativi che si sono susseguiti negli ultimi anni in materia di immigrazione illegale hanno finito per aumentare la platea degli irregolari, legati non solo ad una condizione di illegalità originaria (chi fa ingresso nel territorio nazionale

la violazione degli artt. 3 e 13 CEDU e dell'art. 4 del Protocollo n. 4 CEDU, a causa di un respingimento effettuato in acque internazionali da motovedette della Guardia di Finanza e della Guardia costiera italiana, verso la Libia di alcuni cittadini somali ed eritrei, avvenuto il 6.5.2009. In quell'occasione la Corte ha avuto modo di chiarire che è proibito eseguire estradizioni, espulsioni o altre misure di allontanamento quando vi sia il fondato motivo di ritenere che, giunti nel Paese di destinazione, lo straniero andrebbe incontro a rischio di torture o di trattamento inumano e degradante. Ma è illegale anche il rimpatrio nella terra di origine se anche lì vi sia il concreto rischio di essere sottoposto a tortura e maltrattamenti. Inoltre si è precisato che il divieto di espulsioni collettive è applicabile anche per gli allontanamenti in alto mare. Da allora, tuttavia, l'attività di respingimento in mare è aumentata. Sono note le condanne, tra le altre, nuovamente dell'Italia, ma insieme alla Grecia, nel caso *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, del 21 ottobre 2014, in www.echr.coe.int.

¹⁰¹ Cfr. la sentenza della Corte EDU sul caso *Hirsi Lamaa c. Italia*, cit.

¹⁰² S. ZIRULIA, *Caso Diciotti: il tribunale dei ministri qualifica le condotte del ministro Salvini come sequestro di persona aggravato e trasmette al senato la domanda di autorizzazione a procedere*, in *Dir. pen. cont.*, 28 gennaio 2019; F. CANCELLARO, *L'Italia è sotto osservazione dell'ONU con riferimento alla criminalizzazione del soccorso in mare, alla politica dei porti chiusi ed al decreto immigrazione e sicurezza*, *ivi*, 12 marzo 2019; F. PALAZZO, *Scriminanti ed immigrazione clandestina (a proposito del c.d. "respingimenti in alto mare")*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 458 ss.; F. DE VITTOR, *Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: il caso della nave Open Arms*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, n. 2, p. 443 ss.; L. MASERA, *L'incriminazione di soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disumano?*, in *Quest. Giust.*, 2018, p. 225 ss.; E. LA ROSA, *Soccorso in mare e criminalizzazione "diretta" e "indiretta" delle ONG*, in questa *Rivista*, *Gli speciali. Control and Management of migration flows in southern Europe - Comparative study of Spanish and Italian experience*, Supplemento al n. 4/2019.

¹⁰³ Il decreto conferisce al Ministro dell'interno, di concerto con i Ministri della difesa e dei trasporti e informato il Presidente del Consiglio il potere di emanare provvedimenti volti a vietare o limitare l'ingresso, il transito o la permanenza nelle acque territoriali di navi, ad eccezione di quelle militari o in servizio governativo non commerciale, in presenza alternativamente di motivi di ordine e sicurezza pubblica, o concretizzazione delle condizioni di cui all'art. 19, comma 2, lett. g) della Convenzione di Montego Bay.

¹⁰⁴ S. ZIRULIA, *Decreto sicurezza -bis*, cit.

¹⁰⁵ Si veda la lettera dell'Alto Commissario delle Nazioni unite del 15 maggio 2019, che ne ha sottolineato l'incompatibilità con gli obblighi derivanti dalle Convenzioni Unclos, Solas e Sar sul diritto internazionale del mare, oltre che col principio del *non-refoulement*.

senza documenti o con documenti falsi), ma comprendente anche i c.d. *overstayers*, coloro che entrano regolarmente e che, per motivi non sempre dipendenti dalla loro volontà, si vengono a trovare successivamente senza documenti, e per questo in una situazione di incertezza dalla quale è sempre più difficile uscire. L'aumento del numero degli irregolari è diventato paradossalmente uno dei fattori che complica l'esecuzione effettiva alle espulsioni, tanto se all'esito della procedura amministrativa, quanto se come sanzione sostitutiva nel processo penale, e ciò pure davanti ai casi di manifestata pericolosità del soggetto interessato.

Tra le misure da intraprendere, al fine di arginare simili problematiche, si dovrebbe pertanto avviare un processo di regolarizzazione, si da arginare, anziché ampliare, il numero degli "irregolari". Occorre per questo uniformare i presupposti per il soggiorno irregolare, eliminare i cavilli burocratici per il rinnovo dei titoli abilitativi, e attuare strumenti di regolarizzazione con procedimenti individuali e permanenti. Diventa poi improcrastinabile l'attuazione dello *ius soli* per la concessione della cittadinanza a chi nasca e cresca in Italia da genitori stranieri, che porrebbe fine ad una legislazione tra le più arretrate d'Europa, alla base della quale non può neppure richiamarsi il "totem sicurezza"¹⁰⁶.

Quanto all'aspetto più strettamente penalistico, per tutti i rilievi fin qui emersi è davvero inopportuno mantenere la repressione penale del reato di immigrazione clandestina. È vero che la previsione del reato di clandestinità è presente anche in altri ordinamenti¹⁰⁷, senonché ad aggravare la situazione italiana vale l'obbligatorietà dell'azione penale, che costringe i nostri giudici, a differenza di quelli di altri Paesi, ad interessarsi di tutte le denunce di reato di cui all'art. 10 *bis* TU. In secondo luogo nella legislazione italiana, per i motivi già esposti, la categoria degli irregolari è estremamente ampia. Il reato è quasi automatico e destinato a coinvolgere una platea troppo ampia ed eterogenea di soggetti, il che costituisce in sé la principale causa del mancato funzionamento del sistema.

Si è convinti per questo che sia necessario restituire alla sanzione penale i caratteri propri di residualità e di proporzionalità per garantire il primato della politica criminale sul diritto penale¹⁰⁸. Piuttosto che intervenire con la pena per tutti gli immigrati irregolari, le sanzioni penali andrebbero limitate alle condotte di sfruttamento della condizione di irregolarità degli stranieri, nonché alle situazioni in cui la mancata regolamentazione è attribuibile direttamente al migrante¹⁰⁹. Di riflesso dovrebbe porsi fine a quel processo di "amministrativizzazione" del diritto penale¹¹⁰ che impone la sanzione penale anche in relazione a fenomeni di dimensioni strutturali e globali, in cui l'apporto del singolo è destinato a sfumare. La possibilità di sanzionare "danni cumulativi", che esimono di valutare il fatto specifico, la lesività della singola condotta, in nome della incidenza globale di un

¹⁰⁶ Così L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza*, cit., p. 79. La proposta di riforma della legge sulla cittadinanza (d.d.l. S 2092), che prevedeva uno *ius soli* moderato, era stata approvata alla Camera il 13 ottobre 2015, ma si è arenata al Senato dove è venuto a mancare il numero legale a pochi giorni dallo scioglimento delle Camere. Sulla cittadinanza in un'ottica internazionalistica, per tutti, C. PANELLA, *La cittadinanza e le cittadinanze del diritto internazionale*, Torino, 2010.

¹⁰⁷ È così in 28 Stati dell'Unione europea. Sul punto, da ultimo, G.L. GATTA, *La criminalizzazione della "clandestinità"*, cit., p. 188 ss.

¹⁰⁸ Sull'esigenza del primato della politica criminale sul diritto penale, M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., p. 75 ss.

¹⁰⁹ Si pensi, ad esempio, ai casi in cui la mancata identificazione è dovuta alla soppressione o alla distruzione dei documenti da parte dello stesso immigrato.

¹¹⁰ Per una valutazione critica del fenomeno J.M. SILVA SÁNCHEZ, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Milano, 2004, p. 83 ss., che auspica l'introduzione di qualche forma di differenziazione qualitativa tra diritto penale e diritto amministrativo sanzionatorio.

certo tipo di comportamenti¹¹¹, dovrebbe, in definitiva, restare pertinenza dell'illecito amministrativo.

In quest'ottica è logico che la norma penale sull'ingresso e il soggiorno illegale andrebbe coraggiosamente superata, prendendo atto, una volta per tutte, della totale inefficacia del reato.

Il percorso fin qui tracciato non ha certo la pretesa di sciogliere tutti i nodi che la complessità delle politiche di immigrazione presenta. Per giunta i risultati degli interventi fin qui prospettati sono destinati ad essere visibili soltanto nel lungo periodo, ma in un approccio concreto al fenomeno non possono continuare ad essere trascurati. Peccato che il momento che stiamo vivendo renda la prospettiva indicata del tutto improbabile.

ABSTRACT: *The Crime of Illegal Immigration between (in)effectiveness and symbolism*

The crime of illegal immigration represents the most emblematic figure of an exclusively symbolic use of criminal law. With regard to the phenomenon of migration, the criminal law is in fact lacking in efficacy under both the repression and the general prevention profile. The possible application of the expulsion of the irregular foreigner in substitution of the monetary penalty, is also a photocopy measure of the expulsion already foreseen for the administrative offense, with a violation also of the principle of subsidiarity of the criminal law. The analysis aims to highlight the inconsistencies of discipline, wanted for obvious reasons of social reassurance and electoral support policies. The innovations introduced by the most recent legislative measures, concerning administrative detention, to be allocated to subjects awaiting expulsion, and the suppression of rescue at sea, also confirm a security logic, which, however, is destined, in the long run, to reveal itself completely inadequate to the expectations of the legislator, if not even criminogenic.

¹¹¹ Sul punto L. KHULEN, *Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dgmatik*, in *ZStW*, 1993, p. 697 ss.

ESTUDIO DEL DESARROLLO E IMPLEMENTACIÓN DE LAS DENOMINADAS “FRONTERAS INTELIGENTES” EN LA UNIÓN EUROPEA

JONATÁN CRUZ ÁNGELES*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Los principales sistemas de información para la gestión de fronteras en la Unión Europea. – 3. Análisis del paquete *Smart Borders* (2013 – 2016). – 4. La interoperabilidad entre las fronteras de la Unión Europea y los sistemas de gestión de la información (2016 – 2019). – 5. El uso y experimentación de tecnologías biométricas en las fronteras de la Unión Europea. – 6. Conclusiones.

1. *Introducción*

En los últimos cinco años, la seguridad en las fronteras de la Unión Europea ha sido una prioridad política para el mandato del Presidente Juncker¹. En este ámbito, la Comisión se ha guiado por la Agenda Europea de Seguridad², en la que se exponen las principales medidas orientadas a garantizar una respuesta eficaz al terrorismo y a las amenazas a la seguridad, tales como: la lucha contra la radicalización, el refuerzo de la ciberseguridad, la eliminación de las fuentes de financiación del terrorismo y la mejora del intercambio de información. Desde la adopción de la Agenda se han realizado importantes avances en su aplicación, allanando así el camino hacia una Unión de la Seguridad genuina y efectiva.

En esta línea de trabajo, el presidente del Parlamento Europeo, el Presidente en ejercicio del Consejo y el Presidente de la Comisión Europea firmaron, el pasado 14 de diciembre de 2017, la Declaración conjunta sobre prioridades legislativas de la Unión Europea³. En dicha declaración, se destaca la crucial importancia que reviste una mejor protección de la seguridad de los ciudadanos, dando prioridad a las iniciativas destinadas a garantizar que las autoridades de los Estados miembros sepan quién cruza la frontera exterior común de la UE, proponiendo el establecimiento de sistemas de información interoperables para la seguridad, la gestión de las fronteras y la migración, y reforzar los instrumentos de lucha contra el terrorismo y el blanqueo de capitales.

El propio Presidente Juncker, en su último discurso sobre el estado de la Unión Europea, ha presentado un proyecto para reforzar la guardia fronteriza en el espacio Schengen, con el fin de agilizar la deportación de inmigrantes ilegales. Sin embargo, dicha propuesta no ha sido bien acogida por todos los Estados miembros, que manifiestan tener otras prioridades en relación con la asignación presupuestaria para el periodo 2021-2027,

* Profesor contratado doctor (acreditado) de Derecho Internacional Público en la Universidad Loyola Andalucía. Correo electrónico profesional: jcruz@uloyola.es.

¹ Orientaciones políticas del presidente, de julio de 2014. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/juncker-political-guidelines-speech_en_0.pdf.

² Agenda Europea de Seguridad. Disponible en: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/basic-documents/docs/eu_agenda_on_security_en.pdf.

³ Declaración conjunta del presidente del Parlamento Europeo, el presidente en ejercicio del Consejo y el presidente de la Comisión Europea. Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5266_en.htm

así como se muestran cada vez más reticentes a ceder competencias a un cuerpo de vigilancia europeo o a compartir información en relación con el control y vigilancia de sus propias fronteras. Además, se presenta la cuestión de la divergencia de opiniones en relación con las políticas migratorias europeas. Desde la sociedad civil, cada vez son más las voces que exigen a la Comisión Europea que desarrolle iniciativas políticas que garanticen no sólo la seguridad de los ciudadanos europeos, sino que garanticen también los derechos humanos de la población migrante. En este contexto tan controvertido, vamos a analizar en qué consisten las denominadas fronteras inteligentes, qué garantías ofrecen para la seguridad de los ciudadanos europeos y cómo afecta su implementación a los derechos de las personas que pretenden cruzarlas.

2. *Los principales sistemas de información para la gestión de fronteras en la Unión Europea*

Los tres principales sistemas de información centralizados desarrollados por la Unión Europea en relación con las fronteras son el Sistema de Información Schengen (SIS)⁴; Eurodac⁵ y el Sistema de Información de Visados (VIS)⁶. Estos tres sistemas son complementarios y, con la excepción del SIS, se dirigen principalmente a nacionales de terceros países (*vid.* ANEXO I). Asimismo, estos sistemas también apoyan a las autoridades nacionales en la lucha contra el crimen y el terrorismo. Esto se aplica en particular al SIS como el instrumento de intercambio de información más utilizado en la actualidad. El intercambio de información para estos sistemas se realiza a través de una infraestructura de comunicación llamada sTESTA. Además de estos tres sistemas, se adoptó, en noviembre de 2017, un cuarto sistema centralizado de gestión de fronteras, el denominado Sistema de Entrada-Salida (ESS)⁷, que se espera que se implemente para 2020, dirigido a los nacionales de terceros países.

⁴ El SIS es un sistema de intercambio de información (base de datos) que ayuda a mantener la seguridad internacional en el espacio Schengen en el que no existen controles en las fronteras interiores. Es el sistema informático más utilizado y eficiente de que dispone la Unión Europea en su espacio de libertad, seguridad y justicia (ELSJ). Las autoridades de toda la UE utilizan el SIS para introducir o consultar descripciones de personas y objetos buscados y desaparecidos. Contiene más de 80 millones de descripciones y fue consultado más de 5.000 millones de veces por las autoridades en 2017, lo que provocó más de 240.000 respuestas positivas sobre descripciones extranjeras (descripciones emitidas por otro país). El SIS fue recientemente reforzado mediante normas actualizadas que subsanarán posibles lagunas del sistema y aportarán varios cambios esenciales a los tipos de descripción introducidos.

⁵ Eurodac, que significa Dactiloscopia Europea, es la base de datos europea de huellas dactilares para identificar a los solicitantes de asilo y a los irregulares que cruzan la frontera. A los solicitantes de asilo e irregulares que cruzan la frontera de más de catorce años, se les toman sus huellas digitales siguiendo el Derecho comunitario europeo. Las huellas son enviadas en forma digital a una unidad central de la Comisión Europea y automáticamente se comprueba con otras impresiones sobre la base de datos. Esto permite a las autoridades determinar si los solicitantes de asilo ya han solicitado asilo en otro Estado miembro de la UE o han transitado ilegalmente por otro Estado miembro de la UE («principio de primera toma de contacto»). El sistema automatizado de identificación de huellas digitales es el primero de su tipo en el ámbito de la Unión Europea y está operativo desde el 15 de enero de 2003. Todos los Estados miembros de la UE participan actualmente en el programa, además de otros tres países europeos: Noruega, Islandia y Suiza.

⁶ El VIS es una base central de datos para intercambio de información de visados de corta duración (hasta 90 días en un plazo de 180 días) entre los Estados Schengen.

⁷ El Sistema de Entradas y Salidas (SES) es un sistema de información que acelera y refuerza los controles fronterizos nacionales de terceros países que viajan a la UE. El SES sustituye al sellado manual de los

Los instrumentos adicionales existentes para la gestión de fronteras son la base de datos de la Interpol – Documentos de viaje robados y perdidos (SLTD)⁸ y la Información avanzada para pasajeros (API)⁹ que recopila información sobre los pasajeros antes de los vuelos de entrada a la Unión Europea. Estos instrumentos son relevantes tanto para los ciudadanos de la Unión Europea como para los nacionales de terceros países.

Específicamente para propósitos de investigación criminal y cooperación judicial, la Unión Europea ha desarrollado herramientas descentralizadas para el intercambio de información: el marco de Prüm para intercambiar datos de ADN, huellas dactilares y registro de vehículos¹⁰ (1) y el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales – ECRIS¹¹ (2). El ECRIS permite el intercambio de información, a través de una red segura, sobre condenas anteriores dictadas contra una persona específica por tribunales penales de la Unión Europea.

Europol apoya el intercambio de información entre las autoridades policiales nacionales como centro de información criminal de la Unión Europea. El Sistema de Información de Europol (EIS)¹² proporciona una base de datos de información criminal

pasaportes en la frontera por el registro electrónico en la base de datos. Adoptada en noviembre de 2017, los principales objetivos del SES son: reducir los retrasos en los controles fronterizos y mejorar la calidad de dichos controles gracias al cálculo automático de la estancia autorizada de cada viajero (1); asegurar la identificación sistemática y fiable de las personas que rebasan la duración de estancia autorizada (2) y reforzar la seguridad interior y la lucha contra el terrorismo permitiendo el acceso de las autoridades policiales a los registros de historiales de viaje (3).

⁸ La base de datos de la Interpol de documentos robados y perdidos (SLTD) contiene 84 millones de registros. Puede tratarse de documentos de viaje perdidos, robados o anulados – como pasaportes, documentos de identidad, visados y salvoconductos de las Naciones Unidas, así como documentos de viaje en blanco robados. En 2018, funcionarios de todo el mundo realizaron casi 3000 millones de consultas en la base de datos, obteniendo más de 289.000 coincidencias o resultados positivos.

⁹ Actualmente, las autoridades de inmigración de los siguientes países requieren que todas las compañías aéreas proporcionen información sobre los pasaportes de los pasajeros antes de la salida de cualquier vuelo de ida o de vuelta por cuestiones de seguridad: Australia, Austria, Bahrein, Bangladesh, Brasil, Canadá, China, Chipre, República Checa, Alemania, India, Indonesia, Irlanda, Italia, Japón, Corea, Malta, Países Bajos, Nueva Zelanda, Catar, Sudáfrica, España, Sri Lanka, Suiza, Reino Unido y Estados Unidos.

¹⁰ El Tratado de Prüm se concluyó el 27 de mayo de 2005 en Prüm (Alemania); lo firmaron siete Estados miembros (Bélgica, Alemania, España, Francia, Luxemburgo, Países Bajos y Austria) y entró en vigor en Austria y España el 1 de noviembre de 2006 y en Alemania el 23 de noviembre de 2006. Otros ocho Estados miembros (Bulgaria, Grecia, Italia, Portugal, Rumanía, Eslovenia, Finlandia y Suecia) han declarado oficialmente su intención de adherirse al mismo. El Tratado establece un marco legal para profundizar la cooperación entre los Estados miembros en la lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la inmigración ilegal. Más concretamente, prevé el intercambio entre las Partes contratantes de perfiles de ADN, datos dactiloscópicos, registros de matriculación de vehículos y datos personales y no personales relacionados con la cooperación policial transfronteriza.

¹¹ El ECRIS se creó como respuesta a la evidente necesidad de mejorar y facilitar el intercambio de información sobre antecedentes penales a escala europea. La información contenida en los registros nacionales de antecedentes penales se puede intercambiar en formato electrónico, a través de una infraestructura segura de información, de forma rápida, uniforme y sencilla. Este sistema permite a jueces, magistrados, fiscales y autoridades administrativas pertinentes acceder de manera sencilla a una información completa sobre el historial delictivo de cualquier ciudadano de la UE, con independencia de en qué Estado miembro dicha persona haya sido condenada en el pasado.

¹² El Sistema de Información de Europol (EIS) es la base de datos central de información penal e inteligencia de la Europol. Abarca información de todas las áreas de delincuencia establecidas por Europol, incluido el terrorismo. Lanzada en 2005 y disponible en 22 idiomas, EIS contiene información sobre delitos internacionales graves, presuntos y condenados, y los medios utilizados para cometerlos. Es un sistema de referencia que puede utilizarse para comprobar si la información sobre una determinada persona o un objeto

centralizada para que los Estados miembros almacenen y consulten datos sobre delitos graves y de terrorismo. Este sistema proporciona archivos de trabajo de análisis con información sobre las operaciones en curso en los Estados miembros. La aplicación de la red segura de intercambio de información de Europol (SIENA)¹³ permite a los Estados miembros intercambiar información de forma rápida, segura y fácil de usar entre ellos, con Europol o con terceros que tengan un acuerdo de cooperación con Europol.

En los próximos años, se desarrollarán en todos los Estados miembros un conjunto adicional de sistemas de procesamiento de datos personales, entre los que se encuentra, por ejemplo, el Registro de Nombres de los Pasajeros (PNR)¹⁴. Los datos PNR consisten en información proporcionada por los propios usuarios de líneas aéreas, en el momento de realizar su reserva y/o en el momento de registro/embarque. Gracias al desarrollo de estos nuevos sistemas de información para la gestión de fronteras, las autoridades estatales de cada uno de los Estados miembros podrán compartir la información contenida en sus sistemas, relativa a movimientos de mercancías, identificación de operadores económicos e información relacionada con las distintas estrategias destinadas a reforzar la seguridad interna.

3. *Análisis del paquete Smart Borders (2013 - 2016)*

Según las declaraciones de la Comisaria de Asuntos de Interior de la Unión Europea, Cecilia Malmström: «la utilización de las nuevas tecnologías permitirá facilitar y acelerar el cruce de fronteras a los ciudadanos de terceros países que deseen viajar a la Unión Europea. Nuestro objetivo es facilitar el acceso a los viajeros extranjeros de la Unión Europea. Esto no sólo interesa a los viajeros, sino también a la economía europea. Se ha calculado que, sólo en 2011, los viajeros extranjeros contribuyeron con 271.000 millones de euros a nuestra economía. La modernización de nuestros sistemas también redundará en un mayor nivel de seguridad mediante la prevención del cruce ilegal de fronteras y la detección de quienes superen el plazo de estancia autorizado».

En este contexto, la Comisión propuso, el 28 de marzo de 2013, un paquete de fronteras inteligentes (o *Smart Borders*)¹⁵ para acelerar, facilitar y reforzar los procedimientos de inspección fronteriza de los extranjeros que viajan a la Unión Europea. Dicho paquete consta de tres medidas principales: 1) Un Programa de Registro de Viajeros (RTP); 2) Un

de interés (como un coche, teléfono o cuenta de correo electrónico) está disponible más allá de las jurisdiccionales nacionales. Las identificaciones positivas en el sistema han dado lugar a acciones conjuntas antiterroristas que involucran a varios países.

¹³ SIENA es una plataforma que permite el intercambio de información operativa y estratégica relacionada con la delincuencia entre oficiales de enlace, analistas, expertos de Europol, Estados miembro y terceros con los que Europol tiene acuerdos de cooperación.

¹⁴ El Consejo de Justicia y Asuntos de interior de la UE aprobó el pasado 21 de abril, la Directiva mediante la cual se regula la transmisión de datos por parte de las compañías aéreas a los Estados de la UE. En virtud de la nueva Directiva, las compañías aéreas están obligadas a proporcionar a las autoridades de los Estados miembros los datos sobre vuelos que entran o salen de la UE. Así como permite, aunque no obliga, a los Estados miembro a disponer de información sobre vuelos dentro de la UE.

¹⁵ La propuesta se basa en una Comunicación de 2011, en la que se inició un debate entre las autoridades y las instituciones de la Unión Europea sobre la aplicación de nuevos sistemas, a la luz de su valor añadido, sus implicaciones tecnológicas y para la protección de datos y sus costes. Dicha Comunicación se encuentra disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1234_en.htm#footnote-2.

Reglamento para el establecimiento de un Sistema de Entradas/Salidas (EES); y 3) Una propuesta de enmienda al Código de Fronteras Schengen para integrar los cambios técnicos necesarios para implementar dicho Sistema de Entrada y Salida, con la finalidad de simplificar el movimiento de viajeros frecuentes de terceros países en las fronteras exteriores del espacio Schengen y mejorar la seguridad en las fronteras exteriores de la Unión Europea.

La primera de estas medidas, el Reglamento relativo al Programa de Viajeros (RTP) de la Unión Europea, permite a los viajeros frecuentes de terceros países entrar en la Unión Europea utilizando controles fronterizos simplificados, tras un registro y selección previos. Se calcula que, al año, 5 millones de viajeros hacen uso de este programa. El RTP emplea sistemas automatizados de control fronterizo (por ejemplo, barreras automáticas) en los principales pasos fronterizos, como los aeropuertos, que hacen uso de esta tecnología. Como consecuencia de ello, se pretende que los controles fronterizos de los viajeros registrados sean mucho más rápidos. Los viajeros de negocios, los trabajadores con contratos de corta duración, los investigadores y estudiantes, así como los nacionales de terceros países con estrechos vínculos familiares con ciudadanos de la Unión Europea o que viven en regiones fronterizas de la Unión Europea, cruzan las fronteras de una forma mucho más ágil, garantizando que Europa siga siendo un destino atractivo, tratando de impulsar la actividad económica y la creación de empleo.

En cuanto al Reglamento sobre el Sistema de Entradas y Salidas (EES) de la Unión Europea, propone un sistema que registre el momento y lugar de entrada y salida de los nacionales de terceros países que viajen a la Unión Europea. El sistema calcula la extensión de la estancia de corta duración autorizada de manera electrónica, sustituyendo al sistema manual¹⁶, emitiendo una alerta a las autoridades nacionales cuando no exista una anotación de salida en el momento de expiración. De esta forma, el sistema también sirve para abordar el problema de las personas que superan la duración autorizada de sus visados de corta duración.

Este Sistema de Entradas y Salidas (EES) se aplica a los nacionales de terceros países, tanto a los viajeros con visado como a aquellos que estén exentos de este requisito, admitidos para una estancia corta (máximo 90 días en cualquier periodo de 180 días) en el espacio Schengen. El EES recopila datos (documentos de identidad y de viaje) y registra las entradas y salidas (fecha y lugar de entrada y salida) para facilitar el cruce de fronteras de los denominados viajeros de buena fe e identificar a los que se quedan en exceso en el territorio de los Estados miembros. Asimismo, este sistema también registra y almacena las denegaciones de entrada.

La Comisión propone el establecimiento del Sistema de Entradas y Salidas para modernizar la gestión de las fronteras externas mediante la mejora de la calidad y la eficiencia de los controles de las fronteras externas del espacio Schengen (1); ayudar a los Estados miembros que enfrentan flujos de viajeros cada vez mayores sin tener que aumentar el número de guardias de fronteras (2); identificar sistemáticamente a los

¹⁶ La práctica de los sellos estampados en el documento de viaje es laboriosa, no proporciona datos fiables sobre los pasos fronterizos, no permite detectar el rebasamiento de la estancia autorizada de una forma fiable y no puede hacer frente de manera eficaz a los casos de extravío o destrucción de los documentos de viaje. Además, dichos sistemas no permiten a los Estados miembros de la Unión Europea hacer frente a la creciente presión de los viajeros que entran y salen de la Unión Europea, cuyo número, sólo en las fronteras aéreas, se espera que aumente un 80% de 400 millones en 2009 a 720 millones en 2030.

individuos que permanecen en el espacio Schengen tras finalizar su estancia autorizada (3) y reforzar la seguridad interna y la lucha contra el terrorismo y los delitos graves (4).

Para reducir el tiempo de cruce de la frontera para los nacionales de terceros países y la carga de trabajo para los guardas fronterizos, la propuesta del Sistema de Entradas y Salidas ofrece a los Estados miembros la posibilidad de automatizar la mayoría de los pasos de captura de datos e información, así como las verificaciones de datos. Al utilizar los denominados “quioscos de autoservicio”, los viajeros pueden verificar si sus datos aún están registrados en el Sistema, tomarse una foto (o, alternativamente, revisar su huella digital) y responder a una serie de preguntas. Una vez que el documento de viaje se escanea en los quioscos de autoservicio, se activan todas las verificaciones obligatorias frente a las bases de datos de seguridad. A continuación, el viajero es guiado a un carril de control fronterizo donde, mientras tanto, el guardia de fronteras recibe las respuestas de las bases de datos de seguridad, la confirmación de la identidad del viajero, la duración restante de la estancia y el guardia de fronteras puede hacer más preguntas antes de decidir autorizar (o rechazar) el acceso al espacio Schengen. Además, los Estados miembros pueden crear programas nacionales de viajeros registrados de forma voluntaria. La propuesta describe las condiciones que deben cumplir estos programas. Básicamente, consisten en evaluar previamente a los viajeros frecuentes a un país específico (o aeropuerto) en el espacio Schengen. Su control fronterizo se limita a verificar su identidad y nacionalidad, así como la validez y autenticidad de los documentos de viaje cuando corresponda y la verificación de que puedan suponer un riesgo para el orden público, consultando las alertas del Sistema de Información de Schengen (SIS).

Este Sistema de Entradas y Salidas está planteado para ser utilizado por las mismas autoridades que utilizan VIS (oficinas consulares y guardia de fronteras). El Reglamento de Entradas y Salidas ofrece la posibilidad de que dichas autoridades accedan a VIS (y viceversa), reduciendo posibles duplicidades en el procesamiento de datos personales. En cuanto a los datos registrados, en principio, el EES sólo almacena la imagen facial de los titulares de los visados (ya que las huellas digitales ya están registradas en VIS). Para los viajeros que carecen de visado, el sistema utiliza una combinación de cuatro huellas dactilares y la imagen facial como identificadores biométricos. Esta elección de identificadores biométricos permite una identificación precisa de los viajeros y reduce los datos registrados en el sistema, al mismo tiempo que asegura una mayor agilidad en los controles fronterizos.

Los datos almacenados en EES están protegidos contra posibles de riesgos de abuso, ya que el acceso al Sistema de Entrada/Salida está restringido a autoridades competentes designadas. La transferencia de datos a terceros, ya sean entidades privadas o públicas, está prohibida y todo el procesamiento de datos lo realiza la Agencia de la Unión Europea para la Gestión Operación de Sistemas (EU-LISA)¹⁷ o los propios Estados miembros. Además, existen garantías y mecanismos diseñados para garantizar la protección efectiva de los derechos de los datos personales de los viajeros. Los viajeros tendrán derecho de acceso,

¹⁷ EU-LISA comenzó sus actividades en diciembre de 2012. La agencia tiene a su cargo los tres principales sistemas informáticos que se ocupan de visados, peticiones de asilo e intercambio de información: Eurodac (*European Asylum Dactyloscopy Database*), *Schengen Information System* (SIS II) y *Visa Information System* (VIS). Actualmente, está desarrollando el llamado sistema de entradas y salidas (parte del paquete de fronteras inteligentes), un nuevo sistema de registro y acopio de información a gran escala, actualmente en evaluación por el Consejo de Europa y que comenzaría a operar en 2020. Para más información, puede consultar su página web oficial: https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/eu-lisa_es.

rectificación y eliminación de sus datos personales y la protección de la información contenida en el Sistema de Entrada/Salida estará garantizada tanto por el supervisor europeo de protección de datos, como por las autoridades nacionales de supervisión.

La identificación se presenta como un elemento esencial para las autoridades policiales en su misión de prevenir y combatir el terrorismo y/o otros delitos graves. Si bien los datos sobre los ciudadanos europeos existen en diferentes bases de datos en los Estados miembros, en general, son accesibles por las autoridades policiales, existe una brecha de información y verificación en relación con los nacionales de terceros países que no están cubiertos por el Sistema de Información de Visas (VIS). De modo que, el uso del Sistema de Entrada/Salida para la verificación de identidad reducirá dicha falta de información respecto a nacionales de terceros países que no están registrados en VIS. Además, responderá a la necesidad de las autoridades policiales de los Estados miembros y de Europol de complementar sus bases de datos con las fechas y lugares de entrada y salida del área Schengen en casos debidamente justificados.

Durante el primer examen del Paquete de Fronteras Inteligentes, que se completó en febrero de 2014, el Consejo y el Parlamento Europeo expresaron su preocupación, principalmente relacionada con la factibilidad general de los nuevos sistemas propuestos. De modo que, con el fin de evaluar su viabilidad (impactos técnicos, organizativos y financieros) la Comisión inició posteriormente, con el apoyo de los Estados miembros y del Parlamento Europeo, un ejercicio de prueba de las fronteras inteligentes, en dos etapas: 1) Un estudio técnico dirigido por la comisión que tuvo como objetivo evaluar las opciones y soluciones más adecuadas y prometedoras; y 2) Una fase de prueba confiada por la Comisión a la Agencia para la gestión operativa de sistemas informáticos a gran escala en el área de libertad, seguridad y justicia (eu-LISA), con el objetivo de verificar la viabilidad de las opciones identificadas en el estudio técnico y validarlas.

En octubre de 2014 se completó la primera etapa con la entrega del estudio técnico¹⁸ y la segunda fase se llevó a cabo en 12 países, en 18 puntos de paso fronterizos por aire, mar y tierra, e involucró a cerca de 58.000 viajeros nacionales de terceros países y alrededor de 350 guardias de frontera. En noviembre de 2015, la fase de prueba realizada por eu-LISA se completó con la entrega del informe piloto sobre fronteras inteligentes¹⁹. En el contexto de la preparación de una propuesta revisada, la Comisión lanzó una consulta pública sobre el Paquete de Fronteras Inteligentes desde el 29 de julio de 2015 hasta el 29 de octubre de 2015, invitando a todos los ciudadanos (nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de terceros países) y a organizaciones a contribuir. En diciembre de 2015, la Comisión publicó los resultados de dicha consulta pública²⁰. La Comisión también preparó una Evaluación del impacto²¹ y finalmente, el 6 de abril de 2016, la Comisión adoptó la propuesta legislativa revisada sobre fronteras inteligentes.

¹⁸ Comisión Europea. Estudio técnico sobre las fronteras inteligentes. Disponible en: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/smart-borders/docs/smart_borders_technical_study_en.pdf.

¹⁹ Proyecto piloto: fronteras inteligentes. Informe sobre las conclusiones técnicas. Disponible en: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/smart-borders/docs/smart_borders_pilot_-_report_on_the_technical_conclusions_en.pdf.

²⁰ Resultados de la consulta pública sobre el paquete de fronteras inteligentes. Disponible en: https://ec.europa.eu/home-affairs/what-is-new/public-consultation/2015/consulting_0030.

²¹ Evaluación del impacto del paquete de fronteras inteligentes. Disponible en: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/securing-eu-borders/legal-documents/docs/20160406/smart_borders_package_-_20160406_-_impact_assessment_-_summary_en.pdf.

Si leemos con atención dicha propuesta revisada, podemos encontrar una serie de diferencias significativas respecto a la propuesta inicial de 2013: la arquitectura del sistema (finalmente sólo se propone un sistema, el Sistema de Entrada/Salida); la interoperabilidad entre el Sistema de Entradas y Salidas y VIS (Sistema de Visados) para lograr controles de frontera más eficientes y rápidos para propósitos específicos; el uso de identificadores biométricos (mientras que la propuesta del Sistema de Entradas y Salidas de 2013 se basó en diez huellas digitales, la propuesta revisada utiliza una combinación de cuatro huellas digitales y la imagen facial como identificadores biométricos) permitiendo verificaciones e identificaciones lo suficientemente precisas; la facilitación de cruces fronterizos opcional para los Estados miembros, abierto a la mayoría de los viajeros y que no requiere del desarrollo de ningún sistema nuevo (el enfoque para la facilitación se basa en la implementación de sistemas de autoservicio y puertas electrónicas, que permite a los nacionales de terceros países iniciar el procedimiento de despacho de fronteras, que se completa proporcionando información adicional a la guardia de fronteras); la protección de datos personales (hay una significativa reducción del volumen de datos personales registrados en EES: 26 elementos se registran, en lugar de los 36 contemplados en la propuesta de 2013); el periodo de retención de datos (el periodo propuesto es de cinco años, reduciendo la frecuencia de reinscripción, con la finalidad de permitir a la guardia de fronteras realizar un análisis de riesgos previo a la entrada en el espacio Schengen); el acceso a posibles antecedentes penales y/o delitos previos (desde el inicio de las operaciones, las autoridades policiales de los Estados miembros y Europol tendrán acceso al EEE); el coste presupuestado (en la propuesta de 2013 se reservaron 1,1 mil millones de euros como cantidad indicativa para el desarrollo de un Sistema de Entrada/Salida y un Programa de Viajero Registrado, mientras que la cantidad final estimada es de 480 millones de euros).

4. *La interoperabilidad entre las fronteras de la Unión Europea y los sistemas de gestión de la información (2016 – 2019)*

En su comunicación sobre sistemas de información más fuertes e inteligentes para las fronteras y la seguridad, de 6 de abril de 2016²², la Comisión identificó dos deficiencias clave en los sistemas de información existentes en el ámbito de las fronteras y la seguridad: el tipo y calidad de la información proporcionada por los sistemas de la información de la Unión europea, que no siempre es completa, precisa y fiable y, por tanto, hace difícil detectar múltiples identidades y combatir el fraude de identidad (1); y los obstáculos jurídicos y técnicos para que los usuarios finales accedan a los sistemas, lo que significa que algunas autoridades no tienen un acceso rápido y sistemático a toda la información que necesitan para desempeñar sus tareas (2).

Asimismo, el estudio identificó cuatro posibles causas de estos problemas: una organización inadecuada del acceso a los sistemas de información (1); un desequilibrio entre las salvaguardias de acceso y las necesidades operativas (2); una interpretación restrictiva de la finalidad de los sistemas de información (3) y una repetición y separación

²² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre sistemas de información más sólidos e inteligentes para la gestión de las fronteras y la seguridad, de 6 de abril de 2016. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0205&from=EN>.

del almacenamiento de los datos personales en diferentes sistemas (4). Por estos motivos, la Comisión anunció que comenzaría a trabajar, junto con EU-LISA, para establecer una interfaz de búsqueda única que permitiese realizar búsquedas simultáneas en todos los sistemas pertinentes sin cambiar los derechos de acceso. En este contexto, la Comisión ha presentado una serie de propuestas legislativas con respecto a:

- La ampliación del sistema europeo de información de antecedentes penales (ECRIS) para incluir a los nacionales de terceros países y crear una base de datos centralizada ECRIS-TCN (acuerdo entre el Parlamento y el Consejo confirmado por la votación de 12 de marzo de 2019)²³;
- El establecimiento en el sistema de entrada y salida (SES), implantado por el Reglamento que entró en vigor en diciembre de 2017, de una interconexión entre el SES y el sistema de información de visados (VIS) (primera lectura del Parlamento Europeo en sesión plenaria el 13 de marzo de 2019)²⁴;
- La revisión del Reglamento Eurodac relativo al registro de huellas dactilares de los migrantes. La nueva propuesta permite a los Estados miembros establecer sanciones, de conformidad con sus ordenamientos jurídicos internos, a aquellas personas que se nieguen a cumplir con el procedimiento de registro de huellas dactilares (acuerdo provisional entre el Parlamento y el Consejo alcanzado el 19 de junio de 2018)²⁵;
- El desarrollo del sistema europeo de información y autorización de viajes (SEIAV) (entró en vigor en octubre de 2018)²⁶;
- La ampliación del uso del sistema de información de Schengen (SIS II) (entró en vigor en diciembre de 2018)²⁷;
- La ampliación del mandato de la Agencia Europea para la gestión operativa de los sistemas de gestión de la información en el espacio de libertad, seguridad y justicia (EU-LISA)²⁸ (reglamento adoptado el 14 de noviembre de 2018)²⁹.

²³ Los debates acerca de ECRIS-TCN, de la sesión del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2019 se encuentran disponibles en: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CRE-8-2019-03-12-ITM-009-15_EN.html?redirect.

²⁴ La resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2019, puede consultarse en: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0174_EN.html?redirect.

²⁵ Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo sobre el establecimiento de “Eurodac” para la comparación de huellas dactilares para la aplicación efectiva del [Reglamento (UE) n° 604/2013 que establece los criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable de examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida], para identificar a un nacional de un tercer país o apátrida que se encuentre ilegalmente y a las solicitudes de comparación con datos de Eurodac por parte de los Estados miembros Las autoridades policiales y Europol para fines policiales (versión refundida). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=COM%3A2016%3A272%3AFIN>.

²⁶ Reglamento (UE) 2018/1240 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de septiembre de 2018, por el que se establece un Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes (SEIAV) y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n. 1077/2011, (UE) n. 515/2014, (UE) 2016/399, (UE) 2016/1624 y (UE) 2017/2226. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2018:236:FULL&from=ES>.

²⁷ Reglamento (UE) 2018/1862 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de noviembre de 2018, sobre el establecimiento, funcionamiento y uso del Sistema de Información de Schengen (SIS) en el ámbito de la cooperación policial y la cooperación judicial en materia penal, que modifica y deroga Decisión 2007/533 / JAI del Consejo y por la que se deroga el Reglamento (CE) n ° 1986/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Decisión 2010/261 / UE de la Comisión. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32018R1862>.

En diciembre de 2017, la Comisión anunció un nuevo paquete de iniciativas, que incluye una propuesta relativa a la creación de un marco de interoperabilidad entre los sistemas de la información de la UE sobre fronteras y visados y una segunda propuesta sobre interoperabilidad en el ámbito de la policía y cooperación judicial, asilo y migración³⁰. Estas propuestas introducen nuevos elementos para hacer un uso más eficaz y selectivo de la información disponible en los sistemas existentes y futuros, lo que permitirá a las autoridades pertinentes llevar a cabo comprobaciones efectivas, detectar múltiples identidades y combatir posibles fraudes de identidad. La Comisión ha propuesto cuatro componentes técnicos para lograr la interoperabilidad: 1. - Un portal europeo de búsqueda (ESP) que permitiría realizar búsquedas simultáneas de todos los sistemas de información pertinentes para obtener los resultados de todos los controles en una pantalla de un solo ordenador, el portal no almacenaría ni procesaría ningún dato nuevo y no cambiaría los derechos de acceso de los usuarios; 2. - Un servicio de correspondencia biométrica compartido (BMS) que permitiría la consulta y comparación de datos biométricos (huellas dactilares e imágenes faciales) de varios sistemas centrales (SIS, Eurodac, VIS, EES y el futuro ECRIS-TCN); 3. - Un repositorio común de identidades (CIR) que almacenaría datos biográficos básicos (como nombres y fechas de nacimiento) e información biométrica sobre los nacionales de terceros países registrados en Eurodac, VIS, SES, SEIAV y el futuro ECRIS-TCN, para permitir comprobaciones efectivas de identidad de estas personas en el territorio de un Estado miembro; y 4. - Un detector de identidades múltiples (MID) que permitiría la correcta identificación de las personas y el descubrimiento de fraudes de identidad e identidades múltiples, que cubriría los sistemas que almacenan datos en el repositorio común de identidades, así como SIS.

²⁸ V.L. GUTIERREZ CASTILLO, M. LOPEZ JARA, *El desarrollo y consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) en la Unión Europea (UE). La implementación del Programa de Estocolmo*, Editorial Tecnos, Madrid, 2016.

²⁹ Reglamento (UE) 2018/1726 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre la Agencia de la Unión Europea para la gestión operativa de sistemas informáticos a gran escala en el espacio de libertad, seguridad y justicia (EU-LISA), y que modifica el Reglamento (CE) n° 1987/2006 y la Decisión 2007/533 / JAI del Consejo y su derogación Reglamento (UE) no 1077/2011. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32018R1726>.

³⁰ (COM (2017) 793 y COM (2017) 794). Las dos propuestas tienen muchas disposiciones en común, pero deben mantenerse separadas, debido a las diferentes bases jurídicas para la cooperación en cada campo. Como se indica en las propuestas, la Comisión pretende lograr la interoperabilidad a finales de 2023. Con el fin de armonizar la regulación futura con los instrumentos jurídicos adoptados recientemente (SEIAS, SIS II, EU-LISA y ECRIS-TCN), la Comisión publicó dos propuestas modificativas en junio de 2018. Las nuevas propuestas no incluyen enmiendas relativas a Eurodac, ya que su arquitectura actual no es adecuada para la interoperabilidad. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al establecimiento de un marco para la interoperabilidad de los sistemas de información de la UE (fronteras y visados) y por el que se modifican la Decisión 2004/512/CE del Consejo, el Reglamento (CE) n° 767/2008, la Decisión 2008/633/JAI del Consejo, el Reglamento (UE) 2016/399 y el Reglamento (UE) 2017/2226, disponible en:

<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/?fuseaction=list&n=10&adv=0&coteId=1&year=2017&number=793&version=F&dateFrom=&dateTo=&serviceId=&documentType=&title=&titleLanguage=&titleSearch=EXACT&sortBy=NUMBER&sortOrder=DESC2017> y Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al establecimiento de un marco para interoperabilidad de los sistemas de información de la Unión Europea (cooperación policial y judicial, asilo y migración) disponible en:

<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/?fuseaction=list&n=10&adv=0&coteId=1&year=2017&number=794&version=F&dateFrom=&dateTo=&serviceId=&documentType=&title=&titleLanguage=&titleSearch=EXACT&sortBy=NUMBER&sortOrder=DESC2017>.

Las propuestas definen un “enfoque de dos pasos” para permitir el acceso de las autoridades a los sistemas de información que sólo tienen un objetivo secundario de aplicación de la ley (SES; VIS; SEIAV y Eurodac), vinculados a búsquedas relacionadas con la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de delitos graves o terrorismo. Inicialmente, las búsquedas se llevarían a cabo siguiendo un sistema *hit/no-hit* (resultado/sin resultado), en el que las autoridades podrían solicitar acceso a la información necesaria si fuera necesario.

Las propuestas también disponen la creación de un repositorio central de información y estadística (CRRS), que permitiría la creación y el intercambio de informes con datos estadísticos anónimos. Además, las propuestas incluyen disposiciones para el desarrollo de un formato de mensaje universal (UMF) para el intercambio estructurado de información transfronteriza entre sistemas de información, autoridades y/u organizaciones en el ámbito de la justicia en asuntos internos. Este mecanismo garantizaría una integración e interoperabilidad para los Estados miembros que necesiten crear interfaces para comunicarse con estos nuevos sistemas.

En cuanto a la protección de los derechos fundamentales de los usuarios, las propuestas afirman que las soluciones de interoperabilidad propuestas son componentes complementarios de los sistemas existentes y como tales, no alteran el equilibrio ya garantizado por cada uno de los sistemas centrales existentes en lo que respecta a su impacto positivo en los derechos fundamentales. En este contexto, la Comisión reconoce que la interoperabilidad tiene el potencial de tener un impacto indirecto en una serie de derechos fundamentales, como el derecho al respeto de la vida privada, el derecho a la dignidad y el derecho a la protección de los datos personales. Así como, también destaca varios impactos positivos sobre los derechos fundamentales, como la prevención de la confusión de identidad, la detección de niños desaparecidos y el apoyo a la gestión de solicitudes de asilo.

5. El uso y experimentación de tecnologías biométricas en las fronteras de la Unión Europea

Las tecnologías en uso o experimentación en la Unión Europea incluyen reconocimiento facial, de iris, de la estructura venosa de la palma de la mano, de patrones conductuales (como el modo de caminar), de voz o, incluso, de las más arcaicas huellas dactilares; modos todos de adherir una identificación fija e inmutable a cuerpos en permanente cambio y movimiento. El objetivo es registrar a los individuos de forma veloz e infalsificable de cara al doble imperativo de proveer seguridad y rapidez en los controles. Cada vez más, se recurre a la biometría multi-modal o multi-biométrica, es decir, la combinación de varios registros biométricos para identificación y autenticación. Con la aplicación de estas tecnologías se espera, por un lado, que los cruces de frontera sean más seguros en término de control de quién entra y sale del territorio, y por otro, adaptar los controles migratorios al aumento de la movilidad global, garantizando un tránsito fluido a los viajeros autorizados.

En términos generales, los principales objetivos de la aplicación de los controles biométricos en las fronteras de la Unión Europea son: 1. - Obtener una combinación óptima de “seguridad” y velocidad en los controles. Aquí, empresas y autoridades insisten en la necesidad de diferenciar entre “viajeros frecuentes, “de buena fe” o “*bona fide*” y el

resto. Para ellos, sobre todo, es que se conciben los sistemas automatizados de control en aeropuertos que llevan nombres como *happy flow*; 2. - Ampliar y optimizar la interoperabilidad de los sistemas. Se trata básicamente de que los distintos bancos de información sean mutuamente legibles, centralizando la información. Es una función sumamente discutida por los riesgos de lo que se llama *function creep* o *mission creep* y designa la violación de integridad contextual, es decir, el uso de la información disponible para usos diferentes a los propósitos con los que fue recolectada; y 3. - Operar a distancia y en contextos adversos, como por ejemplo, con escáneres u otros dispositivos de registro livianos y móviles.

En cuanto a los principales obstáculos, dificultades o desafíos, tal y como los perciben los actores involucrados en el desarrollo y aplicación de los controles biométricos, estos consisten mayormente en: 1 - Las limitaciones impuestas por la sociedad civil a través de organismos de control en términos, por ejemplo, del derecho a la privacidad; 2. - El imperativo de obtener una óptima relación entre seguridad y costos; 3. - Las cuestiones corporativas o gremiales vinculadas a la prescindencia o no de controles humanos, es decir, el rol actual y futuro del guarda fronterizo, y 4. - La prevención y defensa de los intentos de burlar o engañar al sistema de control biométrico, conocidos en la jerga del rubro como *spoofing* o *presentation attack*.

Como ya hemos visto en apartados anteriores, la Agencia europea EU-LISA ya ha realizado una primera evaluación de su etapa piloto, en la que empleó un control multimodal basado en reconocimiento facial, de las huellas dactilares de ocho dedos y de iris y aspira a implementar un gran proyecto de control de fronteras en 2020. Durante dicha etapa piloto, el reconocimiento de iris resultó ser el parámetro más vulnerable frente a posibles ataques o *spoofing*. Como resultado, los informes preliminares recomiendan el despliegue simultáneo de distintas biometrías (o biometría multimodal) argumentando que es más difícil engañar a dos o más sistemas biométricos a la vez que a un sistema aislado. Los modos de *spoofing* del iris incluyen, por ejemplo, el uso de un ojo artificial, la presentación de la imagen impresa en alta calidad de un iris, el uso de la imagen de un iris como máscara sobre un ojo real, el uso de lentes de contacto, o la presentación de la imagen de un iris en una pantalla de teléfono o *tablet*.

Por su parte, la Agencia de los derechos fundamentales de la Unión Europea (FRA), en su declaración anexa al informe final del grupo de expertos de alto nivel, afirma que «la interoperabilidad no debe llevar al procesamiento de datos más-biométricos o alfanuméricos que los necesarios para los fines existentes en el instrumento jurídico»³¹. Si bien la interoperabilidad mejorada puede ayudar a identificar a los niños desaparecidos, detectar el fraude de identidad, al mismo tiempo que reduce el riesgo de reclusión, detención o devolución de personas que necesitan protección internacional, la interoperabilidad puede tener un impacto desproporcionado en ciertas personas, como los migrantes irregulares, y aumenta el riesgo de generar perfiles discriminatorios.

El FRA cuestiona el punto de partida de las propuestas, es decir, que la interoperabilidad no afecte a los derechos de acceso a los datos almacenados en los sistemas subyacentes y pide un análisis cuidadoso para evaluar si puede justificarse (o no) que estos datos adicionales sean visibles para las autoridades (que de otro modo no tendrían acceso a los mismos) a la luz del principio de limitación de objetivos consagrado en el artículo 8 de

³¹ FRA. Derechos fundamentales y la interoperabilidad de los sistemas de información de la UE: fronteras y seguridad. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2017-interoperability-eu-information-systems_en-1.pdf.

la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Asimismo, la Agencia también pone de relieve varios derechos fundamentales establecidos en la Carta que se verían afectados o a los que se les ha dado “poca visibilidad” en las propuestas, como serían: el derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 7), a la protección de los datos personales (artículo 8), al asilo (artículo 18), así como a la protección en caso de expulsión, expulsiones o extradición (artículo 19) y los derechos del niño (artículo 24). Además, el FRA señala que la información servirá para desarrollar futuros sistemas -que aún no conocemos- y, por este motivo, pide que la información biométrica se utilice única y exclusivamente cuando sea necesario y de forma proporcionada, en relación con los objetivos perseguidos. Así como, debido a que los sistemas de gestión de la información en frontera se encuentran todavía en fase de preparación o revisión, la Agencia pide evaluaciones *ex post* sólidas.

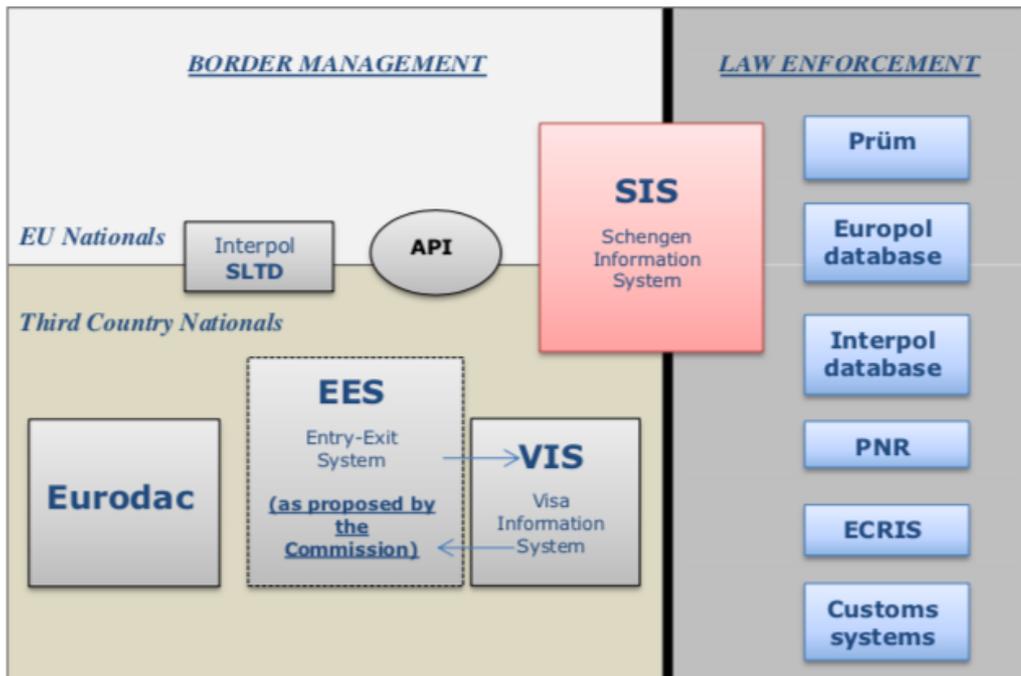
6. Conclusiones

En los últimos años, la crisis migratoria y los atentados terroristas cometidos en varios Estados miembros han puesto de manifiesto la necesidad de reforzar las fronteras exteriores de la Unión Europea. En este contexto, la UE ha propuesto una serie de medidas concretas para salvaguardar la seguridad de Europa: la nueva Agencia de la Guardia de Fronteras y Costas (1); un sistema de información de Schengen mejorado (2); comprobaciones sistemáticas en las bases de datos pertinentes de todas las personas que crucen las fronteras exteriores (3); un nuevo Sistema de Entradas y Salidas para los nacionales de terceros países (4); el Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes (5) y nuevas iniciativas destinadas a que las bases de datos de la Unión Europea sean interoperables (6). Estas medidas han sido acogidas con cierto recelo por parte de determinados Estados miembros, que detectan otras prioridades en la asignación de fondos en el presupuesto para el periodo 2021-2017. Así como, por parte de un gran sector de la sociedad civil que se plantea si se van a garantizar (o no) los derechos humanos de las personas migrantes.

Como hemos podido comprobar, las autoridades de la Unión Europea utilizan varias bases de datos en su lucha contra la delincuencia, el control de fronteras y la gestión de los flujos migratorios. No obstante, estos sistemas informáticos están fragmentados y no están interconectados, por lo que se corre el riesgo de que la información no esté a disposición de las autoridades competentes del control de fronteras. En este contexto, las últimas iniciativas sobre interoperabilidad pretenden: mejorar la detección de las amenazas para la seguridad (1); luchar contra la usurpación de identidad (2); reforzar los controles en las fronteras exteriores (3) y prevenir y combatir la migración ilegal (4). No obstante, como bien indican los Informes de la Agencia de los derechos fundamentales de la Unión Europea (FRA), debemos plantearnos que la interoperabilidad de los sistemas de gestión de la información en las fronteras no puede derivar en un *software* de procesamiento de datos biométricos o alfanuméricos, que recoja, de forma sistemática, información de las personas que cruzan las fronteras exteriores de la Unión Europea. De modo que, debe reservarse su almacenamiento, gestión y uso única y exclusivamente para casos estrictamente necesarios. Asimismo, debemos tener en cuenta que todas las iniciativas legislativas destinadas a regular el control de fronteras en el espacio Schengen deben respetar los preceptos

contenidos tanto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, como en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Entre éstos, podemos destacar: el derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 7 CDDFF), la protección de los datos personales (artículo 8 CDDFF), el asilo (artículo 18 CDDFF), así como la protección en caso de expulsión, expulsiones o extradición (artículo 19 CDDFF) y/o los derechos del niño (artículo 24 CDDFF). Y es que, en pleno Siglo XXI, la cuestión de la implementación de las denominadas fronteras inteligentes afecta tanto a la Unión Europea, como al resto de Grandes Potencias (Estados Unidos, China, etc.) y su utilidad para tratar de salvaguardar la seguridad en nuestras fronteras parece innegable. No obstante, es en esta fase de experimentación, en la que la UE debe plantearse cómo podemos servirnos de estas nuevas tecnologías, garantizando los derechos humanos de todas las personas que traten de cruzar nuestras fronteras.

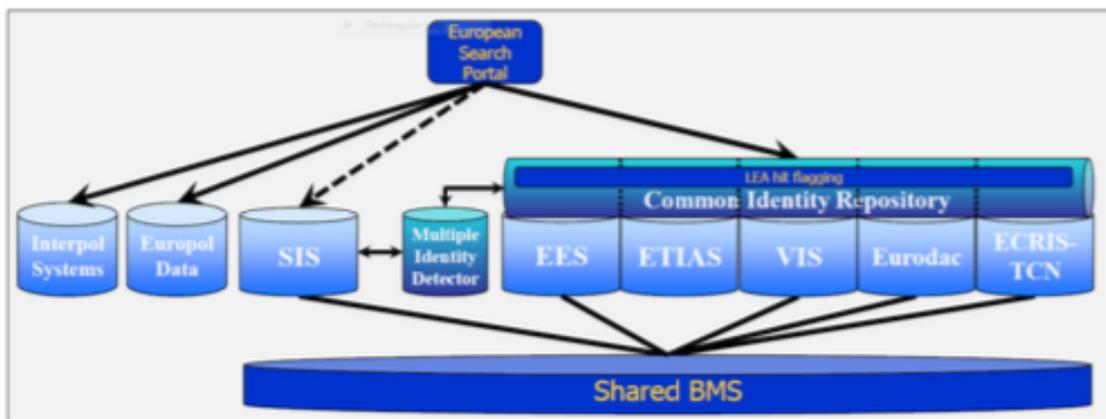
ANEXO I. SISTEMAS DE INFORMACIÓN PARA LA GESTIÓN DE FRONTERAS EN EL ESPACIO SCHENGEN



SLTD: Stolen and Lost Travel Documents (Interpol database)
API: Advance Passenger Information (Air/sea travel information system)
PNR: Passenger Name Records (Air travel information system)
iARMS: (Interpol database on firearms)

Fuente: COM (2016) 205

ANEXO II. PROPUESTAS DE LA COMISIÓN PARA UNA MEJOR INTEROPERABILIDAD



Fuente: COM (2017) 793 & COM (2017) 794

ABSTRACT: *Study on the development and implementation of the so called “smart borders” in the European Union*

In recent years, the European Commission has made several proposals to enhance EU external border management and internal security. On 6 April 2016, the Commission adopted a revised legislative proposal for Smart borders. This revised legislative proposal includes: A Regulation for the establishment of an Entry/Exit System and a proposed amendment to the Schengen Borders Code to integrate the technical changes needed for the Entry/Exit System. Likewise, as a part of this process to enhance EU external borders, the Commission presented legislative proposals for two regulations in December 2017 (amended in June 2018), establishing an interoperability framework between EU information systems on borders and visas, and on police and judicial cooperation, asylum and migration (that came into force on 11 June 2019). In this context, we have analyzed the so-called Smart Borders and how their implementation could affect the rights of those persons who try to cross them.

ESIGENZE DI SOLIDARIETÀ E SICUREZZA NELLA TUTELA CIVILE DEL MINORE STRANIERO NON ACCOMPAGNATO

ANTONINA ASTONE*

SOMMARIO: 1. Minori stranieri e dignità. – 2. Definizione della nozione di minore straniero non accompagnato: aspetti problematici. – 3. I diritti riconosciuti ai minori stranieri non accompagnati. – 4. Osservazioni conclusive.

1. Minori stranieri e dignità

L'esigenza di garantire il superiore interesse del minore, che permane di sé la legislazione in materia di rapporti di tipo familiare, si è estesa anche ai minori stranieri non accompagnati, con la l.47/2017¹. Già dall'*incipit* del testo normativo emerge il tentativo di superare le diversità di trattamento cui, in passato, erano soggetti rispetto ai minori italiani, attraverso la proclamazione nell'art. 1, c. 1, della titolarità di diritti, «in condizioni di parità con i minori di cittadinanza italiana o dell'Unione europea»².

Sulla base del principio di eguaglianza e del divieto di discriminazione, che connotano il sistema giuridico³, l'attribuzione formale di diritti ai minori persegue il fine evidente di

* Ricercatrice di Diritto privato, Università di Messina.

¹ Sulla l. 7 aprile 2017, n. 47 recante *Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, in dottrina F. DI LELLA, *Minori stranieri non accompagnati: strumenti privatistici per la tutela delle identità culturali*, in *Dir. e relig.*, 2, 2018, p. 209 ss.; A. THIENE, *Minori stranieri non accompagnati. Compiti e responsabilità del tutore volontario entro e oltre la scuola*, in *www.annali online della didattica e formazione del docente unife.it*, 10, 2018, p. 111 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Tutela del minore migrante ed ermeneutica del controllo*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 223; C. I. MARTINI, *La protezione del minore straniero non accompagnato tra accoglienza e misure di integrazione*, in *Nuove leggi civ. com.*, 2018, p. 385 ss.; A. ANNONI (a cura di), *La protezione dei minori non accompagnati al centro del dibattito europeo e italiano*, Napoli, 2018; in generale A. CORDIANO, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1299 ss.; R. SENIGAGLIA, *Considerazioni critico-ricostruttive Su alcune applicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati*, in *www.Juscivile.it*, 2017, p. 710 ss.; M. CONSITO, *I procedimenti amministrativi sul riconoscimento allo straniero degli status di protezione internazionale*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 393 ss. Per il sistema previgente R. CARDIN, L. MANCA, V. R. PELLEGRINI (a cura di), *I minori stranieri in Italia*, Roma, 2014; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I minori non accompagnati*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. ZATTI, VI, in L. LENTINI (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, Milano, II, 2002, p. 1301 ss..

² Sull'immigrazione, in generale, cfr. C. FAVILLI, voce *Immigrazione* (Diritto dell'Unione Europea) in *Enc. dir.*, 2012; A. M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI, *Immigrazione, Diritto e diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, 2012; L. MANCA, *L'immigrazione nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2003; G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione Europea*, Torino, 2006. In materia di minori stranieri non accompagnati, principalmente, si rinvia agli artt. 32 e 33 del Testo unico in materia di immigrazione (D.Lgs. n. 286/1998); sull'accoglienza dei minori non accompagnati al D.Lgs. n. 142/2015 (c.d. decreto accoglienza), che ha recepito la direttiva 2013/33/UE, relativa all'accoglienza dei richiedenti asilo. Con riferimento particolare ai minori non accompagnati "richiedenti protezione internazionale", agli artt. 19, 6, co. 2 e 3, 26, co. 5 e 6, D.Lgs. 25/2008 e art. 28 D.Lgs. 251/2007.

³ In dottrina sul tema, in generale, S. BESSON, *The principle of non discrimination in the convention on the rights of the*

realizzare un'integrazione effettiva degli stessi, attraverso un rafforzamento delle tutele, già esistenti, e la garanzia di un'applicazione uniforme delle norme per l'accoglienza su tutto il territorio nazionale. L'adesione ad organismi e convenzioni sovranazionali, ancora una volta⁴, ha guidato il cammino in questa direzione. A tal proposito, le direttrici erano state tracciate dalla Convenzione ONU: in particolare, dopo avere affermato nell'art. 3, par. 1, sostanzialmente riprodotto dall'art 24 della Carta di Nizza, che in tutte le decisioni, poste in essere da istituzioni pubbliche e private, l'interesse del minore deve essere considerato preminente, all'art 10, par. 1, sancisce che ogni domanda, presentata da un fanciullo o dai suoi genitori, in vista di entrare in uno Stato Parte o di lasciarlo ai fini di un ricongiungimento familiare, dovrà essere considerata «con uno spirito positivo, con umanità e diligenza», specificando, al par. 2, il diritto di lasciare il proprio Paese e di farvi ritorno, impegnando, gli Stati aderenti, ai sensi dell'art. 11, ad adottare i provvedimenti per impedire gli spostamenti illeciti⁵.

L'attuazione di tali principi, con la l. 47/2017, ha consentito, così, alla Commissione europea di affermare che «l'Italia garantisce ai minori stranieri non accompagnati una tutela legale adeguata sia sul piano organizzativo-amministrativo, sia sul piano legislativo», ed archiviare una procedura di infrazione contro l'Italia, avviata nel 2013⁶.

Il riconoscimento giuridico riservato ai minori, in quanto tali e non a tutti i migranti, generalmente considerati, si fonda, evidentemente, sulla condizione della loro maggiore vulnerabilità. Se si potesse ipotizzare di effettuare una graduazione della condizione di vulnerabilità, in cui si trovano intrinsecamente i migranti c.d. irregolari, al primo posto, dovrebbero collocarsi i minori. Ai rischi per l'incolumità fisico-psichica, cui sono esposti in occasione dell'iter travagliato, che li conduce nei paesi di prima accoglienza, si sommano le ferite, che sono indelebili per chi, in tenera età, è costretto ad abbandonare la propria terra di origine, il proprio ambiente, lacerazioni che producono effetti negativi sullo sviluppo psicofisico⁷.

Tra i valori della persona a venire in gioco vi è quello che è stato definito il «punto archimedeo del sistema costituzionale dei diritti e doveri»: il valore della dignità⁸, valore

child, in *The international journal of children's right*, 2005, p. 433 ss.

⁴ Come è accaduto per esempio, con la legge sulle unioni civili: sottolinea, proprio, come il legislatore italiano sia stato di fatto «costretto» al riconoscimento giuridico delle coppie *same sex*, dall'applicazione delle norme sovranazionali G. ALPA, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2016, p. 1722 ss. La legge n.76/2016 è intervenuta, infatti, solo dopo la sentenza, con la quale la Corte europea dei diritti umani ha condannato l'Italia, proprio per l'assenza di una disciplina che riconoscesse i diritti delle coppie omosessuali: v. Corte EDU, sez. IV, 21 luglio 2015, *Oliari e altri c. Italia*, ric. n. 18766/11 e n. 36030/11, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, con nota di L. LENTI, p. 918 ss.

⁵ Oltre alla Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, sottoscritta a New York nel 1989, a livello internazionale sui diritti del minore cfr. la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, la Dichiarazione Onu dei diritti del fanciullo del 1959, la Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale del 1993; in dottrina, sul tema, in generale A. C. MORO, *Il bambino è un cittadino. Conquista di libertà e itinerari formativi. La Convenzione dell'ONU e la sua attuazione*, Milano, 1991; A. DELL'ANTONIO, *La Convenzione sui diritti del fanciullo: la stato di attuazione in Italia*, in *Dir. fam. e pers.*, 1997, p. 246; M. DOGLIOTTI, *I diritti del minore e la Convenzione dell'ONU*, ivi, 1992, p. 301; F. UCCELLA, *Il progetto di convenzione sui diritti del bambino*, in *Giur. it.*, IV, 1990, c. 212.

⁶ Ric. n. 2014/2171, ex art. 258 TFUE, in merito alla situazione dei minori non accompagnati richiedenti asilo, ed una presunta violazione delle direttive 2003/9/CE e 2005/85/CE; S. DALL'OGGIO, *La revisione periodica universale II ciclo dell'Italia. Per un commento alle raccomandazioni in materia di promozione e protezione dei diritti umani dei migranti*, in questa *Rivista*, 2015, p. 165 ss.

⁷ L'art. 21 della Direttiva sulle condizioni di accoglienza (2013/33UE) e l'art. 3, par. 9, della c.d. Direttiva rimpatri (2008/115/CE) collocano proprio i minori tra le persone vulnerabili.

⁸ Così G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *www.rivistaaic.it*, 2014 p. 1 ss; A. RUGGERI,

che deve essere massimamente tutelato con riferimento a soggetti, così deboli, come sono i minori.

2. Definizione della nozione di minore straniero non accompagnato: aspetti problematici

Diverse le questioni che il legislatore e gli interpreti sono chiamati ad affrontare in presenza di minori: una prima, in ordine al *discrimen* tra minori c.d. accompagnati e quelli non accompagnati; una seconda, relativa all'accertamento dell'età e, conseguentemente, ai rimedi più efficaci ad assicurare il migliore interesse del minore.

Il primo dei problemi evidenziati si lega alla locuzione “minore non accompagnato”: ai sensi dell'art. 2, d.lgs. n. 142/2015, c.d. decreto accoglienza e dell'art. 2, l. 47/2017, si tratta dello straniero, ossia il cittadino di Stati non appartenenti all'Unione europea o apolide, di età inferiore ai diciotto, che si trova, per qualsiasi causa, nel territorio nazionale, privo di assistenza e rappresentanza legale. Sia in dottrina che in giurisprudenza si è posto l'interrogativo dell'individuazione della corretta delimitazione della nozione di minore straniero non accompagnato. È stato, opportunamente, sottolineato che il significato di minore straniero non accompagnato può legarsi, in genere, ad una situazione di abbandono contingente⁹, connessa alla necessità di sfuggire a condizioni di pericolo e disagio nei paesi d'origine, suscettibile di possibile evoluzione verso il ricongiungimento familiare o la dichiarazione dello stato di adottabilità. È, dunque, evidente la non perfetta coincidenza con lo stato di abbandono che apre le porte alla procedura di adozione, che presuppone la mancanza di genitori o parenti in grado di prendersi cura del minore o il grave inadempimento degli diritti e doveri di cui all'art. 315 *bis* e ss. c.c., conseguente, decadenza dalla responsabilità. Alla definizione della nozione ha concorso la Suprema Corte¹⁰, che ha sancito come, in base all'art. 2 della l. n. 47/2017, il minore straniero non accompagnato deve essere privo di assistenza e di rappresentanza, da parte dei genitori e di altri adulti legalmente responsabili, in conformità alle leggi dell'ordinamento italiano. L'uso della congiunzione

La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi), in *www.consultaonline.it*, 2018; ID, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *www.federalism.it*, 2013, p. 10; G. ALPA, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, in *Nuova giur. civ. com.*, 1997, p. 415 ss.; F. PATERNITI, *I figli dell'immigrazione nel percorso di transizione da “secondo generazione” dell'immigrazione a “nuove generazioni” della cittadinanza*, in *www.rivistaic.it*, 2019; V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, p. 10; B. R. BARBER, *Consumati. Da cittadini a clienti*, trad. it., di D. Cavallini, E. B. Matera, Torino, 2010; S. RODOTÀ, *La rivoluzione della dignità, la scuola di Pitagora*, Napoli, 2013, p. 10 ss.; L. MENGONI, *Diritto e valori*, II, Bologna, 1985, p. 134; con riferimento specifico a situazioni di vulnerabilità D. POLETTI, voce *Soggetti deboli*, in *Enc.dir.*, Annali, 2014, p. 963 ss.

⁹ In tal senso R. SENIGAGLIA, *Considerazioni critico-ricostruttive Su alcune applicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati*, cit., p. 713 sottolinea che lo stato di minore non accompagnato non sempre coincide con lo stato di abbandono, ex art. 8, l.184/1983. In giurisprudenza cfr. Cass. civ., sez. VI, 12 gennaio 2017, n. 685, secondo cui «Il minore straniero non accompagnato che sbarca illegalmente in Italia riceve le misure di prima accoglienza, secondo quanto stabilito dal d.lg. n. 142/ 2015, e per esercitare i suoi diritti nel nostro paese ha bisogno nel più breve tempo possibile di una rappresentanza legale da realizzarsi mediante l'apertura della tutela e la nomina di un tutore da parte del giudice tutelare del luogo ove si colloca la struttura di accoglienza, a ciò istituzionalmente demandato in presenza di minori che si trovino nella medesima o in un'analoga condizione, del tutto diversa da quella di “abbandono” ex artt. 9 e 10 della legge n. 184/ 1983. La verifica delle condizioni per procedere all'adozione dei minori stranieri non accompagnati può essere svolta in una fase successiva, ove ne ricorrano le condizioni di legge».v.par.3 sub n.20.

¹⁰ Cass. civ., sez. VI, 5 marzo 2019, n. 9199.

“e” – osserva la Corte – «indica la necessaria concorrenza di entrambe le condizioni: la prima, relativa al profilo dell’assistenza materiale, intesa come assenza di soggetti che abbiano la cura, la custodia e assicurino il benessere del minore; la seconda, relativa al profilo della rappresentanza legale, intesa come assenza di soggetti che rappresentino il minore e per questo siano formalmente responsabili. Tali condizioni si ricavano anche dalla direttiva 2013/33 e dalla 2011/95 che, proprio per garantire l’interesse superiore del minore, considerano centrale l’assistenza e la rappresentanza legale sul territorio. Di conseguenza, considerando che la rappresentanza legale è quella prevista secondo l’ordinamento italiano¹¹ ed è attribuita ai soli genitori che non possono delegarla in forma privatistica ad altri soggetti, non è possibile negare la qualifica di minore straniero non accompagnato a colui che, ad esempio, è assistito da un fratello con dimora in Italia».

La seconda questione segnalata è connessa all’identificazione del minore: l’art. 5 della l. 47/2017, ha introdotto una procedura omogenea nel territorio nazionale, idonea a superare le divergenze di prassi territoriali, prima esistenti. Questo rappresenta un passaggio fondamentale, in quanto dall’accertamento della minore età, a sua volta, dipende la possibilità di applicare le misure di protezione¹². L’accertamento si rende necessario ove non sia possibile identificare i genitori, anche attraverso la documentazione esistente nel paese d’origine o in presenza di un comportamento reticente¹³ da parte di adulti legati, a vario titolo, con il minore. Non può non evidenziarsi, infatti, che proprio in quanto una serie di diritti e tutele¹⁴, previsti dalla legge 47/2017, non sono riservati ai maggiori d’età, si registra una tendenza a dichiarare un’età inferiore a quella di diciotto anni, da parte di molti giovani stranieri e, questo, accentua ancora di più le difficoltà di accertamento. Si tratta di un dato che svela un limite della normativa esistente, in quanto restano esclusi dall’applicazione molti giovani che, pur avendo superato la maggiore età si trovano, comunque, per la loro condizione, in una situazione di disagio.

L’aspetto dell’accertamento dell’effettiva età del migrante è dirimente, in ordine al terzo profilo evidenziato, relativo alle forme di protezione. In presenza di un minore bisogna valutare quale soluzione sia più rispondente al suo interesse: ex art 403 c.c., infatti, è obbligatorio un intervento della pubblica autorità, diretto a collocarlo in “un luogo sicuro”. Significative le norme, introdotte sotto il profilo procedurale, che mirano a dare attuazione al regolamento di Dublino: ai sensi dell’art.11, presso ogni Tribunale per i minorenni, è prevista l’istituzione da parte dei garanti regionali per l’infanzia e l’adolescenza di un elenco di tutori volontari, che siano disposti ad assumere la tutela di un minore straniero non accompagnato¹⁵. Si tratta di un’importantissima figura di sostegno nel procedimento di accoglienza

¹¹ L. LENTI, *Diritto di famiglia e servizi sociali*, Torino, 2016, p. 350.

¹² Nel caso in cui permangano dubbi, la minore età è presunta, ex art.5 , p.8, l.47/2017. Esaurita la prima accoglienza, dovrà essere valutata la possibilità di rimpatrio volontario assistito, per il tramite del Tribunale per i Minorenni solo se, in seguito a indagini familiari, si ritiene che tale opzione rappresenti la soluzione migliore.

¹³ R. SENIGAGLIA, *Considerazioni critico-ricostruttive su alcune applicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati*, cit., p.731 evidenzia come il riferimento alla responsabile genitoriale sia ampio, ai sensi dell’art. 2 n.7 del Regolamento CE 2201/2003.

¹⁴ Esiste un divieto di respingimento alla frontiera, che non può essere disposto in alcun caso: deroghe sono ammissibili esclusivamente per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato e purché il provvedimento di espulsione non comporti “un rischio di danni gravi per il minore” (v. art. 3 l.47/2017 ; artt. 13 comma 1 e 19, comma 1-bis, D.Lgs. 286/1998, c.d. TU immigrazione).

¹⁵ La Corte costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 11 e 21 n. 47/2017, nella parte in cui non prevedono alcun onere a carico dello Stato, per la tutela dei minori stranieri non accompagnati, limitando le risorse pubbliche al solo gratuito patrocinio a spese dello Stato, quando i

e progressiva integrazione del minore, in quanto gli è assegnato, a seconda dei casi, il compito di assistere o sostituirsi al minore in tutte quelle attività dirette a rendere effettivo il pieno esercizio dei diritti. L'interlocuzione tra minore e istituzioni, posta in essere dal tutore, consente, ad esempio, di favorire l'attivazione delle indagini familiari, fermo restando il riconoscimento del diritto alla nomina eventuale di un legale di fiducia, avvalendosi del gratuito patrocinio a spese dello Stato, in ogni stato e grado del procedimento, ex art. 16 l.47/2017.

3. I diritti riconosciuti ai minori stranieri non accompagnati

Il legislatore ha dettato una disciplina che, progressivamente, è stata indirizzata a valorizzare e ad assegnare centralità a quello che, con una formula riassuntiva, viene definito *best interest of the child*, che gli interpreti non hanno esitato a definire “stella polare del sistema”¹⁶. Il percorso legislativo, partendo dalla disciplina iniziale di forme di accoglienza, si è diretto verso politiche di integrazione che si estrinsecano, oltre che nell'attribuzione delle garanzie processuali soprarichiamate, nel riconoscimento di una serie di diritti al minore.

Significativo, in particolare, è il conferimento del diritto all'assistenza sanitaria, realizzato attraverso l'estensione dell'iscrizione al Servizio sanitario nazionale, che la normativa previgente considerava obbligatoria solo per i minori in possesso di un permesso di soggiorno, anche nelle more del rilascio del permesso di soggiorno¹⁷.

Snodo successivo, imprescindibile per un'effettiva integrazione è, inoltre, il diritto all'istruzione, incentivato attraverso l'adozione di specifiche misure da parte delle istituzioni scolastiche e delle istituzioni formative, idonee a favorire l'assolvimento dell'obbligo scolastico da parte dei minori¹⁸. Il diritto all'ascolto, nei procedimenti amministrativi e giudiziari

minori stranieri necessitano di assistenza legale, così escludendo, di fatto, che, per i tutori, possa trovare applicazione l'art. 379, comma 2, c.c.. Il Giudice tutelare del Tribunale di Benevento aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale, con tre ordinanze del 19 ottobre 2017. I Giudici della Consulta sottolineano come nell'ordinamento italiano l'ufficio tutelare « è sempre gratuito, a prescindere dalla nazionalità del soggetto a favore del quale viene prestato. L'equa indennità è assegnata dal giudice tutelare solo nei casi in cui vi sono oneri derivanti dall'amministrazione di un patrimonio, in considerazione delle relative difficoltà e non ha natura retributiva, mentre non spetta per le cure dedicate alla persona dell'incapace. All'ufficio del tutore, infatti, non corrisponde un impiego o una prestazione professionale, integrando il suo adempimento « un dovere sociale di alto valore morale ». L'obbligo di cura della persona non comporta oneri e spese quantificabili, sia pure forfettariamente, in denaro, e d'altra parte « il contenuto di tale obbligo non implica la prestazione personale di servizi propri di un lavoratore domestico o di un infermiere, ben potendo il tutore, se il patrimonio lo consente, farsi autorizzare dal giudice ad assumere una o più persone di servizio oppure a collocare l'incapace in un istituto idoneo ad assisterlo, o altrimenti a chiedere il soccorso delle istituzioni pubbliche di assistenza ». Corte cost., 29 novembre 2018, n. 218.

¹⁶ v. App. Napoli, 5 luglio, 2018. Sull'interesse del minore la letteratura è molto ampia, cfr., tra i contributi più recenti, V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 405 ss.; F. D. BUSNELLI, *Il diritto di famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, ibidem, 2016, p. 1463 ss.

¹⁷ Il diritto alla salute e il diritto all'istruzione sono riconosciuti dall'art.14, l.47/2017.

¹⁸La Corte di Strasburgo ha sottolineato che «L'integrazione sociale degli alunni, intesa anche come adeguamento agli usi ed ai costumi locali, indipendentemente dalle loro origini, cultura e religione, perseguibile col rispetto del dovere di scolarizzazione, è un diritto fondamentale ed un interesse pubblico prevalente sulle opposte convinzioni religiose e filosofiche dei loro genitori.», Corte EDU, sez. III, *Osmanoglu et Kocabas c. Suisse*, 10 gennaio 2017, in *www.personaedanno.it* 2017, di V. CIANCIOLO.

che li riguardano, anche in assenza del tutore, completa il quadro. In concreto, tuttavia, non sempre tale diritto è pienamente realizzato, pur assolvendo ad una basilare funzione per la comprensione dell'effettive esigenze del minore ed attivazione delle conseguenti tutele. In proposito, non si può non sottolineare come, per il compiuto esercizio, sia centrale il ruolo del tutore o del responsabile del centro di accoglienza, che devono avere la sensibilità di capire proprio tramite l'ascolto, se il minore necessita di un'eventuale assistenza affettiva e psicologica cui ha, anche diritto, ai sensi dell'art. 15, l. 47/2017.

Ma tra i diritti garantiti anche al minore straniero, in condizioni di parità con il minore italiano, è da annoverare, soprattutto, quello di crescere ed essere educato nell'ambito di una famiglia e, possibilmente, la propria¹⁹. Pur sussistendo, come in precedenza sottolineato, una oggettiva divergenza tra la nozione di "stato di abbandono"²⁰ e la situazione di minore straniero "non accompagnato", anche in questo caso il legislatore manifesta una preferenza, rispetto al collocamento in comunità di accoglienza (art. 6), verso l'affidamento all'interno di una famiglia o in una comunità di tipo familiare. Sulla base della dato oggettivo, secondo cui l'ambiente familiare costituisce sede privilegiata per un equilibrato ed armonioso sviluppo psicofisico del minore, l'art. 7, modificando l'art. 2 della l. 4 maggio 1983, n. 184, che dispone l'affidamento familiare per il minore temporaneamente privo di un affidamento familiare autonomo, prevede che, senza ulteriori oneri per la finanza pubblica, gli enti locali possano «promuovere la sensibilizzazione e la formazione di affidatari per favorire l'affidamento familiare dei minori stranieri non accompagnati, in via prioritaria rispetto al ricovero in una struttura di accoglienza». In questo senso, in attuazione della direttiva sulle condizioni di accoglienza, per quanto è possibile, si tende a far rimanere insieme i fratelli, limitando all'indispensabile i cambi di residenza. Queste disposizioni si innestano nel solco della l. 19 ottobre 2015, n. 173 che, modificando la l. 4 maggio 1983, n. 184, all'art. 44 lett. a, l. 184/83, prevede il possibile passaggio all'adozione, in presenza di minore orfano dei genitori da parte di persone a lui unite da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo anche maturato nell'ambito di procedure di affidamento. D'altra parte, proprio la successiva l. d) della stessa norma è stata interpretata, in chiave così tanto estensiva da introdurre quella che i tecnici chiamano "adozione mite"²¹,

¹⁹ Cfr. Direttiva 2003/86/CE sul diritto al ricongiungimento familiare su cui, in particolare, G. CARAPEZZA FIGLIA, *Tutela del minore migrante ed ermeneutica del controllo*, cit., p. 229. Trib. Roma, sez. diritti della pers. e im., 21 febbraio 2019, ha statuito che «Al minore privo di documenti che si trova in Libia ma identificato dall'OIM, in considerazione della natura dei diritti fondamentali posti a fondamento della domanda di ricongiungimento formulata dalla madre regolarmente soggiornante in Italia con permesso di soggiorno per motivi umanitari, può essere rilasciato un visto d'ingresso in Italia per urgenti motivi umanitari ai sensi dell'art. 25 Regolamento CE 810/09 (Codice dei visti). Le condizioni di salute del minore e il perdurare della lontananza dalla madre possono certamente tradursi in un pregiudizio irreparabile per il minore».

²⁰ Da ultimo Cass. civ., sez. I, 18 ottobre 2018, n. 26293 secondo cui «ai fini dell'accertamento dello stato di abbandono quale presupposto della dichiarazione di adottabilità, non basta che risultino insufficienze o malattie mentali, anche permanenti, o comportamenti patologici dei genitori, essendo necessario accertare la capacità genitoriale in concreto di ciascuno di loro... Accertamento che dovrà essere necessariamente espletato effettuando un riscontro attuale e concreto della situazione presente e non passata dei genitori e parenti del minore, tenendo fortemente in considerazione anche la volontà di questi ultimi di recuperare il rapporto genitoriale». Cfr. par. prec., sub n.9.

²¹ La c.d. adozione mite richiede il "semiabbandono", ossia una situazione in cui la famiglia del minore è non del tutto sufficiente rispetto ai suoi bisogni ma ha un ruolo attivo e positivo che non è opportuno venga cancellato totalmente. Nello stesso tempo, non vi è alcuna ragionevole possibilità di prevedere un miglioramento delle capacità della famiglia, tale da renderla idonea a svolgere il suo compito educativo in modo sufficiente, magari con un aiuto esterno, curato dai servizi sociali. «In tutti questi casi, non potendo essere pronunciata, in

legata ad un contesto di “semi-abbandono morale e materiale” del minore. Il presupposto è che deve essere valutato, in concreto, “ciò che può comportare maggiore utilità per il minore, utilità intesa come preminente somma di vantaggi, di ogni genere e specie, e minor numero di inconvenienti, nella prospettiva del pieno sviluppo della personalità del bambino stesso e della realizzazione di validi rapporti interpersonali ed affettivi, tenuto conto delle particolari situazioni esistenziali, che caratterizzano le persone coinvolte”. E’ evidente che le disposizioni richiamate, così come interpretate, appaiono adattabili in alcuni casi a minori stranieri non accompagnati. Il riferimento non è tanto ai c.d. gradi minori, vicini la maggiore età che tendano ad acquisire una loro autonomia ed a spostarsi in cerca di lavoro, quanto ai più piccoli. Infatti, analogamente al minore italiano posto in una situazione di affidamento, la soluzione ottimale potrebbe essere quella di conseguire lo *status* di figlio dei genitori affidatari, qualora le esigenze che hanno determinato la separazione dalla famiglia biologica, anche se in maniera non del tutto radicale, successivamente cessino di essere temporanee o, comunque, si accerti che un’eventuale cessazione del rapporto educativo ed affettivo con gli affidatari non sia rispondente all’effettivo interesse del minore.

4. Osservazioni conclusive

Se sotto il profilo del mercato e, pertanto in funzione della realizzazione di interessi sostanzialmente economici, l’Unione è riuscita a dotarsi di una legislazione omogenea, che garantisce, da un lato, la libera circolazione delle merci, dei servizi, dei capitali e delle persone, dall’altro, la tutela dei contraenti deboli come i consumatori, risparmiatori, quando a venire in gioco sono interessi, che attengono ad una sfera squisitamente non patrimoniale, come emerge per il fenomeno dei migranti, invece, esiste una oggettiva difficoltà di rinvenire un quadro d’insieme, che consenta di effettuare politiche efficaci.

La consapevolezza che il fenomeno migratorio deve essere affrontato attraverso un indirizzo politico che, prescindendo dalle specificità dei singoli Paesi europei, si traduca in una legislazione organica è, certamente, presente: nella risoluzione del 12 aprile 2016, sulla situazione nel Mediterraneo, emerge la necessità di un approccio globale dell’UE alle migrazioni²². Ma, come dimostra, “il groviglio” di norme multilivello si tratta solo di tentativi,

difetto di una situazione di abbandono morale e materiale del minore, la dichiarazione di adottabilità, si potrà far luogo all’adozione mite, ai sensi dell’art. 44, comma 1, lett. d) l. 4 maggio 1983, n. 184”, così Trib. min. Bari, 7 maggio 2008, in *Fam. e dir.*, 4, 2009, con nota di S. CAFFARENA, p. 393 ss.. Cfr., altresì, Corte EDU 21 gennaio 2014, ric. n. 33773, *Zhou c. Italia*, in questa *Rivista*, 2016, p. 419 ss.: i Giudici di Strasburgo hanno affermato che «La Corte è ben consapevole del fatto che il rifiuto da parte dei tribunali di pronunciare un’adozione semplice mite con osservazione dei servizi sociali, risulta dall’assenza nella legislazione italiana di disposizioni che permettano di procedere a questo tipo di adozione ma, osserva anche che alcuni Tribunali italiani, avevano pronunciato, per mezzo di una interpretazione estensiva dell’art. 44 lett. d), l’adozione semplice in alcuni casi in cui non vi era abbandono». Alla luce di queste considerazioni e nonostante lo Stato convenuto goda di un margine di apprezzamento in materia, la Corte conclude che le autorità italiane sono venute meno ai loro obblighi, prima di prevedere la soluzione di una rottura del legame familiare e non si sono adoperate in maniera adeguata e sufficiente, per fare rispettare il diritto della ricorrente di vivere con il figlio, violando in tal modo il suo diritto al rispetto della vita familiare, sancito dall’art. 8.

²² L’Unione Europea si è impegnata nella c.d. *Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile*, programma diretto a fornire supporto ai paesi di origine e di transito dei migranti, per rafforzare la cooperazione regionale in materia di tutela dei minori, con attività di sostegno della Rete dell’Africa Occidentale, per la protezione dei minori. Sono stati erogati una serie di finanziamenti destinati all’educazione dei minori rifugiati, con la creazione di

da parte dell'Unione Europea, di definire una politica estera unitaria e rafforzare la cooperazione, in quanto, allo stato, il percorso di accoglienza e successiva integrazione sconta la diversità di orientamenti politici degli Stati membri.

Sebbene, nell'art. 67, par. 2, TFUE si faccia riferimento ad una politica fondata sulla solidarietà ed equa nei confronti dei cittadini di Paesi terzi e, nonostante, il riferimento al principio di solidarietà ed equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, contenuto anche nell'art. 80 TFUE, si riscontra una incapacità di concretizzarne il contenuto. Gli oneri di gestione dei migranti gravano, essenzialmente, sugli Stati di frontiera meridionale e il passaggio all'età adulta determina anche un trattamento giuridico, variabile a seconda degli Stati: se in Italia la condizione di vulnerabilità del minore viene rispettata e tutelata, sin dalle primissime fasi, in Paesi come Francia, Austria, Belgio, Grecia, solo per citarne alcuni, l'ingresso e la permanenza di tutti coloro che, a prescindere dall'età, non rispettano i criteri previsti per l'entrata e la permanenza legale sul territorio, sono ostacolati. In molti casi, la condizione di immigrato c.d. irregolare ha portato gli Stati, a loro volta, a violare, le norme della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, tra cui gli artt. 3, 5 ed 8, cui fa da sfondo il principio di dignità, come risulta da alcune recenti pronunzie nei confronti di Francia e Grecia²³.

La legge italiana, 47/2017, invece, ha avuto il merito di introdurre misure di integrazione, in un'ottica di lungo periodo per il neo maggiorenne, al fine di garantirgli un supporto in vista del raggiungimento di un'autonomia²⁴. I benefici, che derivano dalle disposizioni

appositi Fondi per i rifugiati in Turchia, o del "Fondo Fiduciario dell'Unione Europea in risposta alla crisi siriana". Cfr. altresì, *Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento* del 12 aprile 2017 "Protezione dei minori migranti" e le raccomandazioni fornite dall'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali ed, in particolare, il *Guardianship systems for children deprived of parental care in the European union*, www.ec.europa.eu/com-2017-211-fl.it, www.europarl.europa.eu.it.

²³ La struttura di accoglienza deve soddisfare *standards* minimi di servizi e di assistenza, funzionali alle esigenze del minore ed essere autorizzate o accreditate, ai sensi della normativa nazionale e regionale: in materia, v. Corte di giustizia UE, Gran. Sez., 8 maggio 2018, C 82/16, in www.curia.europa.eu; Corte EDU, sez. V, 29 maggio 2019, *Khan c. Francia*, c. 12267/16; Corte EDU, sez. I, 13 giugno 2019, *Sh.d. e altri c. Grecia, Austria, Croazia, Ungheria, Macedonia, Serbia e Slovenia*, c. 14165/16, in relazione al caso di cittadini afgani, entrati in Grecia nel 2016, come minori migranti non accompagnati. I Giudici di Strasburgo hanno dichiarato la violazione, da parte della Grecia, dell'art. 3 CEDU (divieto di trattamenti inumani o degradanti) per le condizioni di detenzione in varie stazioni di polizia, nonché in relazione alla permanenza in un campo assolutamente inadatto, privo di servizi igienico-sanitari. La Corte ha ritenuto che non si fosse fatto tutto ciò che ci si poteva ragionevolmente aspettare per adempiere all'obbligo di protezione dei minori. Obbligo di protezione incombeva sullo Stato, soprattutto, in relazione a persone particolarmente vulnerabili per la giovane età come i ricorrenti. La Corte EDU ha, altresì, riconosciuto l'avvenuta violazione dell'art.5, che tutela il diritto alla libertà e sicurezza, ai danni degli allora minori migranti, in quanto il loro collocamento presso stazioni di polizia configurava un' illegittima privazione di libertà.

²⁴ L'art. 32 del Testo unico sull'immigrazione, consente la conversione del permesso di soggiorno per minore età in permesso per motivi di studio, di accesso al lavoro subordinato o autonomo, «previo parere positivo del Comitato per i minori stranieri». L'art 13, della l n. 47/2017, dispone che il mancato rilascio del parere positivo, da parte della Direzione Generale dell'Immigrazione e delle Politiche di integrazione del Ministero del Lavoro, per la conversione del permesso di soggiorno dei minori stranieri al compimento del diciottesimo anno di età, non può legittimare il rifiuto del rinnovo del permesso. Tale parere, v. Cons. Stato, sez. III, 2 aprile 2019, n. 2184, «ha natura non vincolante in quanto il potere decisorio sulla conversione del titolo di soggiorno spetta all'Amministrazione dell'interno. La Questura può decidere discrezionalmente di svolgere ulteriori approfondimenti e successive valutazioni, oppure di recepire, condividendolo, il parere dell'organo consultivo». Da ultimo, v. TAR Bologna 7 febbraio 2019, n. 136 che ha sottolineato come il parere del Comitato per i minori stranieri, « un atto endoprocedimentale, che deve essere acquisito direttamente dall'Amministrazione. Con l'ovvia conseguenza che, tale parere non è un requisito posto a carico dell'istante

in essa contenute, allo stato, non sembrano rischiare di subire un'inversione di tendenza, nonostante si sia aggiunto un contesto di riforma più ampio, diretto a impedire o limitare l'accoglienza dei migranti.

Il c.d. decreto immigrazione e sicurezza, D.L. 113/2018, così come convertito in legge, ha cancellato la protezione per motivi umanitari, di cui negli ultimi anni è stato fatto un grande uso, ma ha mantenuto le tutele riservate ai minori in considerazione della loro vulnerabilità²⁵. Sulla base di queste ultime disposizioni, così come interpretate da una circolare ministeriale²⁶, i minori restano, comunque, in accoglienza fino alla definizione della domanda di protezione internazionale.

Tuttavia nella c.d. "protezione speciale", che sostituisce la protezione umanitaria, oltre ai minori, non è così scontato che vi rientrino i neomaggiorenni e i nuclei familiari con vulnerabilità, ad esempio perché vittime di traumi e violenze e bisognosi di un sostegno. Sembrerebbe opportuno cogliere, pertanto, i rilievi formulati dal Garante per l'infanzia e

». Quanto alla formazione del silenzio assenso, prevista dall'art. 20 L. n. 241/1990, i giudici amministrativi hanno precisato come il suddetto articolo non si applica a varie materie, tra le quali quella dell'immigrazione. Infatti, questa norma stabilisce al comma 1 che « nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'interessato ... il provvedimento di diniego ... nei termini e secondo le modalità previste dalla legge. Tali termini decorrono dalla data di ricevimento della domanda del privato»; al comma 4 prevede che tali disposizioni «non si applicano agli atti e procedimenti riguardanti ... l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza».

²⁵ Il D.L. 4 ottobre 2018 n. 113, convertito, con modificazioni, con la l. 1 dicembre 2018 n. 132, ha introdotto una forma di protezione, limitata "a casi speciali", della durata di un anno, non convertibile in permesso di soggiorno, in mancanza di una sistemazione stabile. Sono state apportate ulteriori limitazioni al diritto d'asilo e ristrette le maglie dello SPRAR, il Sistema per l'accoglienza dei richiedenti asilo e dei rifugiati, ridenominato SIPROIMI. L'accesso, prima consentito ai richiedenti asilo e a coloro a cui era stata riconosciuta la domanda di protezione internazionale, lo *status* di rifugiato o la protezione sussidiaria, ora riguarderà i titolari di protezione internazionale o di permessi di soggiorno "speciali" e i minori stranieri non accompagnati. Tra i "casi speciali": cure mediche, violenza di tipo domestico o lavorativo, purchè il lavoratore abbia fatto denuncia, situazioni di "contingente ed eccezionale calamità", che non consentono alla persona il rientro e la permanenza nel paese di provenienza in condizioni di sicurezza, atti di "particolare valore civile", casi in cui non è possibile l'espulsione o il respingimento verso uno Stato, in cui il richiedente possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali o dove possa essere sottoposto a tortura. E' stato previsto un raddoppio del periodo di trattenimento nei centri di detenzione, incrementati i fondi per i rimpatri, la possibilità di prevedere la detenzione alla frontiera o, comunque, l'estensione dei reati che precludono la possibilità di ottenere asilo in Italia.

²⁶ Il Ministero dell'Interno- Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione, con circolare n. 22146 del 27 dicembre 2018, avente ad oggetto "Profili applicativi", del c.d. decreto sicurezza, ha fornito indicazioni riguardo all'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati e dei neomaggiorenni, all'interno del SIPROIMI. Nella circolare si legge che vi potranno accedere «i minori stranieri non accompagnati, anche non richiedenti asilo e particolare attenzione è dedicata ai minori vittime di tratta. I minori richiedenti asilo, al compimento della maggiore età rimangono nel Sistema fino alla definizione della domanda di protezione internazionale (art. 12, comma 5 *bis*, D. L. n. 113/2018) e, nel caso di concessione della protezione internazionale, per il tempo riservato alla permanenza dei beneficiari. Il SIPROIMI, inoltre, si potrà sviluppare ulteriormente come sistema di accoglienza ed inclusione dei minori stranieri non accompagnati. I neomaggiorenni, affidati ai servizi sociali dal Tribunale per i minorenni, ai sensi dell'art. 13, comma 2, l. 47/17 potranno continuare ad avvalersi del c.d. "proseguo amministrativo", fino ai 21 anni di età, qualora ci sia bisogno di un percorso più lungo di integrazione in Italia.... È, inoltre, possibile per le associazioni di ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per annullare atti della pubblica amministrazione che si ritengano lesivi dei diritti dei minori non accompagnati e di intervenire nei giudizi che li riguardano». Nella circolare si precisa la progressiva chiusura dei c.d. "centri FAMI" e dei Centri di Accoglienza Straordinaria (CAS) per minori, assicurando il trasferimento nel SIPROIMI di tutti i MSNA ospiti di tali strutture.

l'adolescenza italiano²⁷ che ha sottolineato la necessità di garantire l'accesso all'accoglienza gestita dai Comuni nell'ambito del sistema *ex-SPRAR* non soltanto, come già previsto, ai minori non accompagnati, ma anche alle famiglie di richiedenti asilo con minori. Si consentirebbe un trattamento uniforme, per i minori in generale, che dovrebbe prescindere dall'esistenza o meno di genitori che, peraltro, a loro volta, si trovano in una posizione di intrinseca debolezza, tale da non potere oggettivamente assolvere ai compiti sottesi alla responsabilità genitoriale.

Ma segnali preoccupanti derivano dalla mancata adesione al *Global Compact for Migration*, convenzione negoziata a livello intergovernativo promossa dall'ONU²⁸, espressione di un'inversione di indirizzo politico, finalizzato formalmente a garantire esigenze di sicurezza ma che, in concreto, appare contrario a quei principi di solidarietà e rispetto del valore della dignità umana, che sono alla base del nostro sistema giuridico.

ABSTRACT: *Solidarity and security in the civil protection of the unaccompanied minors*

The paper analyzes the protections that the Italian legislator has reserved for unaccompanied foreign minors, with the law 47/2017. The objective was to recognize the same rights as Italian or European Union children: the right to listening, to health, to education, and in particular, the right to grow and be educated within a family, possibly his own. The legal recognition reserved for minors, and not all migrants, generally considered, is evidently based on the condition of their greater vulnerability. The law 1132/2018 which, due to security needs, has introduced regulations aimed at restricting the reception and subsequent integration measures, in force on immigration issues, left the provisions on minors unchanged. The risk is, however, that those minors who come to Italy with their families, in an objectively vulnerable condition, remain inadequately protected, in contrast with the international and European regulations that guarantee the best interest of the child.

²⁷ Cfr. *I movimenti dei minori stranieri non accompagnati alle frontiere settentrionali*, volume a cura dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, marzo, 2019 in *open access* sul sito www.garanteinfanzia.org.

²⁸ Alla stesura del documento, adottato dall'Assemblea Generale dell'ONU, a seguito del *summit*, che si è tenuto il 10 e l'11 dicembre 2018, in Marocco, hanno partecipato i rappresentanti di centosessantaquattro Paesi, tra i quali mancava proprio l'Italia.

SOCCORSO IN MARE E CRIMINALIZZAZIONE “DIRETTA” E “INDIRETTA” DELLE ONG

EMANUELE LA ROSA *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’evoluzione della giurisprudenza italiana in tema di rilevanza penale delle attività di ricerca e soccorso in mare. – 3. Verso la repressione del soccorso: il c.d. “Decreto Salvini *bis*”. – 4. La criminalizzazione del soccorso in mare entro il paradigma del *Feindstrafrecht*.

1. Premessa

In una comunicazione inviata al Governo italiano il 21 novembre 2018 dai dieci *Special Rapporteurs* delle Nazioni Unite sono state espresse, tra le altre, serie preoccupazioni in merito alla tendenza in atto nell’ordinamento italiano verso una criminalizzazione delle attività di ricerca e soccorso in mare di migranti realizzate dalle ONG nel Mediterraneo¹.

Si tratta di preoccupazioni tutt’altro che prive di fondamento.

Non c’è dubbio, infatti, che nel corso degli ultimi anni (e soprattutto degli ultimi mesi) la “narrazione” intorno alle operazioni di soccorso in mare sia progressivamente mutata.

In una prima fase, il soccorso in mare sembrava rappresentare l’unico aspetto del fenomeno migratorio a essere guardato – in controtendenza rispetto a tutti gli altri (la gestione dell’accoglienza, l’asilo politico), associati alla paura, all’intolleranza e allo scontro politico – con un certo favore da parte dell’opinione pubblica: è come se i volti e le storie delle persone approdate sulle coste italiane si incorniciassero nel quadro della solidarietà e dell’accoglienza, attribuendo al racconto del soccorso in mare «la potenza espressiva per umanizzare il fenomeno delle migrazioni»².

Successivamente, a partire dalla fine del 2016, il clima nei confronti dei soccorritori muta rapidamente e, sempre più spesso, i soggetti impegnati nel salvataggio sono accusati di complicità con i trafficanti di migranti³.

Una spregiudicata campagna politico-mediatica ha diffuso nell’opinione pubblica il “sospetto” che dietro le attività di ricerca e soccorso in mare si celino non già scopi di natura umanitaria, ma (indicibili) interessi economici e criminali; sospetto che avvince in modo particolare le ONG, il cui ruolo è progressivamente cresciuto a seguito della interruzione, a fine 2014, dell’operazione *Mare nostrum*, che – come noto – prevedeva l’impiego di navi della Marina militare italiana per portare soccorso ai natanti in difficoltà anche

* Ricercatore di Diritto penale, Università “Mediterranea” di Reggio Calabria.

¹ Per una analitica descrizione del rapporto, v. F. CANCELLARO, *L’Italia è sotto osservazione dell’ONU con riferimento alla criminalizzazione del soccorso in mare, alla politica dei porti chiusi ed al decreto immigrazione e sicurezza*, in *Dir. pen. cont.* (www.penalecontemporaneo.it), 12 marzo 2019.

² P. BARRETTA, *Da eroi a trafficanti: le accuse ai protagonisti delle operazioni di ricerca e soccorso in mare*, in *Questione giustizia on line*, 4 aprile 2017 (http://questionegiustizia.it/articolo/da-eroi-a-trafficanti_le-accuse-ai-protagonisti-delle-operazioni-di-ricerca-e-soccorso-in-mare_04-07-2017.php).

³ Per una ricostruzione di questo mutamento negli umori dell’opinione pubblica, L. MASERA, *L’incriminazione dei soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disumano?*, in *Quest. giust.*, 2018, p. 225 ss.

in prossimità delle acque territoriali libiche. Da una parte, i media italiani hanno cominciato a pubblicare articoli che accusavano tali ONG di collusione con gli *smugglers* e di coinvolgimento nel c.d. “*business* del traffico di esseri umani”; dall’altro, anche alcuni esponenti politici hanno accusato le ONG di avere incoraggiato la partenza dei migranti dalla Libia, attraverso le loro attività di salvataggio. In questo senso, particolarmente significative – se non altro perché hanno dato la stura ad una legittimazione pubblica della violenza verbale nei confronti dei “soccorritori” – appaiono le dichiarazioni – riportate anche nel summenzionato Rapporto ONU⁴ – dell’allora vicepresidente della Camera dei Deputati (nonché, successivamente, Ministro del lavoro e delle politiche sociali), che ha etichettato le ONG “taxi del mare”, e quella, del futuro Ministro dell’Interno, che ha definito le ONG che aiutano i migranti come “vice-trafficienti”.

Ad alimentare il clima di crescente criminalizzazione dei difensori dei diritti umani ha, inoltre, contribuito l’avvio di procedimenti penali nei confronti delle ONG e dei loro equipaggi, indagati per il delitto di Favoreggiamento dell’immigrazione irregolare, di cui all’art. 12 T.U. Immigrazione; fattispecie che, come noto, punisce con pene severe chiunque promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato, ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l’ingresso nel territorio⁵.

Ed è proprio su possibilità e limiti dell’applicazione alle ONG dell’art. 12 T.U. Immigrazione che è opportuno spendere qualche considerazione.

Ora, *nulla questio* sulla necessità di un intervento penale in caso di prova delle summenzionate collusioni. Nel caso di complicità effettiva (ed accertata) l’applicazione del reato di *Favoreggiamento dell’immigrazione clandestina* è del tutto corretta. A condizione – ovviamente – che si tratti d’ipotesi corroborate da precise risultanze probatorie, e non basate solo su sospetti o presunzioni.

Non ci si può, però, spingere oltre.

Si può condividere (senza, però, enfatizzarla) l’affermazione secondo cui l’implementazione delle attività SAR possa paradossalmente favorire la strategia delle organizzazioni criminali impegnate nel traffico di migranti, le quali abbandonano i soggetti trasportati su imbarcazioni fatiscenti, confidando sull’intervento di salvataggio⁶. Questo, però, non giustifica automatismi punitivi, attesa la mancanza di anti-giuridicità o di colpevolezza del soccorritore rispetto al reato di *Favoreggiamento dell’ingresso irregolare*.

Né su tali valutazioni può incidere la violazione del Codice di Condotta la cui sottoscrizione è stata imposta alle ONG da parte dell’Italia.

2. L’evoluzione della giurisprudenza italiana in tema di rilevanza penale delle attività di ricerca e soccorso in mare

Il tenore letterale dell’art. 12, co. I e III, T.U. Immigrazione non consente di escludere la tipicità di condotte che agevolino, in qualsiasi modo, l’arrivo in Italia di

⁴ V. *supra*, nota 1.

⁵ Vengono menzionate le indagini riguardanti l’equipaggio della nave *Iuventa*, della ONG tedesca *Jugend Rettet*, e l’equipaggio della nave *Open Arms*, della ONG spagnola *Proactiva Open Arms*, nonché l’indagine relativa all’attività della tedesca *Sea Watch*.

⁶ Di «fattore di oggettiva facilitazione del traffico o, più genericamente, di attrazione verso l’Italia di un numero assai cospicuo di migranti (*pull factor*), cui si deve indirettamente l’alto numero di vittime», parla S. MANACORDA, *Il contrasto penalistico alla tratta e al traffico di migranti nella stagione della chiusura delle frontiere*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 1393.

stranieri privi di titolo per l'ingresso, anche se commesse con finalità solidaristiche. Se, infatti, per il reato di *Favoreggiamento della permanenza* dello straniero irregolarmente presente nel territorio italiano è punibile, ai sensi dell'art. 12, co. 5 e 5 bis, T.U. Immigrazione, solo se commesso con la finalità «di trarre un ingiusto profitto», per il *Favoreggiamento dell'ingresso* la tipicità non è circoscritta da un analogo dolo specifico⁷.

Questo non si traduce, però, nell'automatica rilevanza penale di ogni ipotesi di soccorso. Al contrario, le finalità solidaristiche – se attuate entro i confini di una precisa cornice giuridica – portano a escluderla nella stragrande maggioranza dei casi. La questione è, semmai, l'individuazione dello strumento giuridico per far valere la non punibilità del soccorritore⁸.

La giurisprudenza in materia è oscillante. In caso d'immediato pericolo di naufragio (o comunque per la vita e l'incolumità dei naufraghi), si è ritenuta applicabile la scriminante dell'art. 51 c.p., attesa la doverosità del soccorso sulla base della normativa interna e internazionale⁹. Soluzione, questa, che trova il sostegno della prevalente dottrina penalistica. In altre ipotesi, certamente più numerose, il fatto è stato ricondotto all'ambito di applicazione dell'art. 54 c.p. In particolare, anche allo scopo di estendere la giurisdizione italiana a fatti commessi in acque internazionali, si è configurata una sorta di reità mediata, attraverso l'applicazione del terzo comma dell'ultima disposizione citata: i soccorritori non sono punibili, avendo agito sotto la “minaccia” (*sic!*) dei trafficanti, che hanno creato la situazione di pericolo per i migranti e pertanto meritano di essere puniti¹⁰.

Oltre alle perplessità che questa soluzione solleva dal punto di vista dei principi e delle categorie della dottrina penalistica, bisogna evidenziarne gli effetti indiretti: l'immagine del soccorritore appartenente a un'ONG quale strumento di scafisti e trafficanti contribuisce svalutarne il ruolo agli occhi dell'opinione pubblica. Ciò produce, nell'immaginario collettivo, la trasfigurazione del soccorritore in “nemico”; l'idea solidaristica – della *fraternité*, per usare il linguaggio di una recente decisione del Consiglio Costituzionale francese¹¹ – cede il passo a politiche di “criminalizzazione” delle ONG (con il beneplacito di un'opinione pubblica “anestetizzata”). In questo modo si rafforza la tendenza ad attrarre anche quanti prestino soccorso o aiuto a migranti e/o rifugiati nella logica del diritto penale del nemico; logica che permea la legislazione italiana (e non solo) in materia di immigrazione, ma che, in tempi più recenti, sta contagiando anche le politiche attuate nei confronti di rifugiati e richiedenti protezione internazionale¹².

⁷ In argomento, L. MASERA, *L'incriminazione*, cit., p. 231 ss.

⁸ In argomento, tra gli altri, L. MASERA, *L'incriminazione*, cit., p. 225 ss.; S. BERNARDI, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2018, p. 134 ss.; M. FAZIO, *Giurisdizione e soccorsi in acque internazionali: una resistibile reminiscenza dell'autore mediato*, in www.legislazionepenale.eu, 25 giugno 2018.

⁹ Trib. Agrigento, Uff. GIP, ord. 2 luglio 2019, in *Dir. pen. cont.* (www.penalecontemporaneo.it), 3 luglio 2019 e in www.ilPenalista.it, 19 luglio 2019, con nota di G. SAVIO, *Sea Watch 3 e il difficile bilanciamento tra obblighi internazionali e istanze di sicurezza pubblica nelle operazioni di soccorso dei migranti in mare*.

¹⁰ Per tutte, Cass. pen., 28 febbraio 2014, n. 14510, in *Dir. pen. cont.*, www.penalecontemporaneo.it, 4 giugno 2014, con nota di A. GILIBERTO, *Sussiste la giurisdizione italiana per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare quando gli stranieri sono stati soccorsi in acque internazionali*.

¹¹ Conseil Constitutionnel, décision n. 2018-717/718 QPC, in *Dir. pen. cont.*, www.penalecontemporaneo.it, 31 gennaio 2019, con nota di U. ZINGALES, *Il Conseil Constitutionnel “dà vita” al principio di fraternité*. In argomento, A. GATTI, *La fraternité da valore a principio. Considerazioni sulla sentenza del Conseil constitutionnel francese del 6 luglio 2018*, in federalismi.it, 29 ottobre 2018; M. DAICAMPI, *Emergenza di un principio costituzionale: il Conseil Constitutionnel su fraternité e azioni umanitarie a favore dei migranti*, in *Casi e Questioni – DPCE on line*, 2018/3.

¹² V. *infra*, par. 4.

Una corretta applicazione delle norme interne e sovranazionali non dovrebbe cedere il passo ad alcun apriorismo punitivo.

Sole ove non ricorrano i presupposti per l'applicazione dell'art. 51 c.p., il comportamento dei soccorritori andrebbe valutato attraverso la lente dell'esimente dello "stato di necessità": applicando non già l'art. 54, co. 3, c.p., bensì il primo comma della medesima disposizione, ricomprendendo, per esempio, nella nozione di "*pericolo attuale di danno grave alla persona*" la situazione derivante dal mancato approdo in un porto sicuro (POS)¹³.

Discorso in parte diverso va fatto con riferimento alla legittima difesa. La scriminante è stata riconosciuta in capo ad alcuni migranti che si erano ribellati alla decisione del comandante della nave soccorritrice, assunta su indicazione del centro di coordinamento marittimo italiano, di ricondurli in Libia (con conseguente esposizione al pericolo attuale di offese ingiuste per la vita e l'integrità fisica)¹⁴. Più difficile (se non impossibile) appare ipotizzare un'applicazione dell'art. 52 c.p. a favore del comandante e dell'equipaggio della nave soccorritrice (se non, eventualmente, nelle forme del "soccorso difensivo").

È evidente come, alla luce di tali premesse, gli spazi per una criminalizzazione effettiva dell'attività delle ONG risultino estremamente limitati.

Non è un caso che, a oggi, in un solo caso l'ipotesi di complicità tra ONG e organizzazioni criminali abbia retto al vaglio della magistratura requirente, sia pure in fase cautelare¹⁵.

Il riferimento è a una vicenda che ha coinvolto la nave *Inventa*, in gestione della ONG *Jugend Rettet*. Secondo la ricostruzione accusatoria, l'equipaggio di tale mezzo non avrebbe soccorso imbarcazioni alla deriva, ma avrebbe preso accordi con le organizzazioni criminali che gestiscono le partenze dal nord Africa, in modo da raccogliere da queste i migranti in fuga dalla Libia (restituendo in più occasioni ai trafficanti i natanti utilizzati per il trasferimento).

In effetti, laddove una simile ricostruzione dei fatti dovesse trovare conferma nel giudizio di merito – al momento in corso – parrebbe difficile escludere il concorso nel reato di cui all'art. 12, co. 3 e 3 *bis*, T.U. Immigrazione; *a fortiori* se si tiene conto della tendenza giurisprudenziale a dilatare i già ampi confini della tipicità del delitto¹⁶.

3. Verso la repressione del soccorso: il c.d. "Decreto Salvini bis"

Le dinamiche di criminalizzazione indiretta (simbolico-mediatica), cui si è fatto cenno, sembrano trovare una puntuale conferma in una vicenda legislativa che ha occupato l'attività della "maggioranza" governativa italiana nel maggio scorso, alla vigilia delle elezioni per il rinnovo del Parlamento europeo; una vicenda che è andata assumendo i tratti di una vera e propria "soap opera", con improvvisati salti in avanti e altrettanto repentini

¹³ L. MASERA, *L'incriminazione*, cit., p. 234 ss.

¹⁴ G.i.p. Trapani, sent. 23 maggio 2019, in *Dir. pen. cont.*, www.penalecontemporaneo.it, 24 giugno 2019, con nota di L. MASERA, *La legittima difesa del migrante e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos-Thalassa)*.

¹⁵ Il riferimento è al provvedimento del G.i.p. presso il Tribunale di Trapani, del 2 agosto 2017 – poi confermato in Cassazione – col quale è stato disposto il sequestro preventivo dell'imbarcazione. Sul punto, R. BARBERINI, *Il sequestro della Inventa: ong e soccorso in mare*, in *Quest. giust. on line*, 18 settembre 2017.

¹⁶ L. MASERA, *L'incriminazione*, cit., p. 228.

(almeno in apparenza) passi in dietro, non senza discutibili forzature della “grammatica costituzionale”¹⁷. Mi riferisco al discusso c.d. “Decreto Salvini *bis*” e, in particolare, al proposito di arricchire l’arsenale repressivo in materia di contrasto all’immigrazione (ma sarebbe forse più corretto parlare di “ingresso”) via mare. Si noti bene: l’omissione dell’aggettivo “illegale” (o “clandestino”), con riferimento all’ingresso, non è frutto di una svista o di una dimenticanza; ma risponde alla precisa volontà politica di “chiudere le porte” (*rectius*, i “porti”), a chiunque tenti di entrare nel territorio italiano, a prescindere dalla sua condizione giuridica (migrante economico, richiedente asilo, bisognoso di protezione umanitaria, minore non accompagnato, ecc..).

Il nuovo intervento legislativo, in particolare, prevede di implementare nel corpo dell’art. 12 d.lgs. 286/98 un nuovo comma – il 6 *bis* – avente ad oggetto la previsione di sanzioni amministrative pecuniarie (più, eventualmente, la confisca del natante), i cui destinatari sono proprio quanti svolgano attività di ricerca o, comunque, di soccorso in mare.

Non è facile esaminare analiticamente – nel poco spazio a disposizione – i dettagli di una disposizione, della quale, peraltro, nel volgere di pochi giorni, si sono succedute almeno tre versioni; l’ultima delle quali è confluita nel d.l. 14 giugno 2019, n. 53¹⁸, poi convertito – con ulteriori e significative modifiche¹⁹ – con la l. 8 agosto 2019, n. 77.

In ogni caso, interessa poco, in questa sede, esaminare le soluzioni di dettaglio (per quanto, in molti casi, decisamente significative), essendo preminente, piuttosto, l’interesse a cogliere le tendenze politico-criminali che stanno dietro queste soluzioni.

Una considerazione preliminare: non deve essere sopravvalutata la constatazione che il modello sanzionatorio prescelto sia l’illecito amministrativo piuttosto che quello penale. Dietro una scelta siffatta s’intravede non tanto la volontà di adeguarsi al principio di *extrema ratio*, quanto quella di sottrarre la competenza al giudice penale (ritenuto, forse, troppo “resistente” all’attuale indirizzo politico-criminale), per trasferirla ad una autorità posta sotto il diretto controllo governativo: la *Capitaneria di porto* nella prima bozza del decreto, il *Prefetto territorialmente competente* nella versione definitiva. Non è certo un caso che uno dei punti cardine dell’iniziativa legislativa sia un potenziamento delle prerogative del Ministro dell’Interno, a scapito di quelle del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti. Ad ogni modo, l’evidente matrice “punitiva” dell’illecito ne determina l’attrazione entro il

¹⁷ Il riferimento è alle dichiarazioni del Presidente del Consiglio Giuseppe Conte secondo cui la scelta di rinviare l’approvazione del Decreto legge sarebbe stata da imputare alla contrarietà del Presidente della Repubblica (e non alle divergenze interne alla maggioranza governativa).

In una prospettiva più generale, anche la scelta dello strumento del decreto legge presenta diversi profili di criticità. In primo luogo la scelta – peraltro tutt’altro che inedita (basti pensare al precedente d.l. n. 113/18) – di accostare nel medesimo testo norme tra loro eterogenee non sembra soddisfare i requisiti di specificità e omogeneità richiesti dalla giurisprudenza costituzionale (Corte Cost., n. 22/2012); né è sufficiente a surrogarne la mancanza il generico riferimento all’ordine pubblico e alla sicurezza pubblica.

A difettare, però, sono soprattutto i presupposti della necessità e urgenza: lo testimoniano non solo i dati del Ministero dell’Interno, che evidenziano una diminuzione del numero di sbarchi di stranieri irregolari, ma anche la lunga e travagliata gestazione del testo normativo e la scelta – tutta politica – di rinviarne l’esame ad un momento successivo alle elezioni europee del 26 maggio 2019.

¹⁸ Per un primo commento, S. ZIRULIA, *Decreto Sicurezza bis: novità e profili critici*, in *Dir. pen. cont.* (www.penalecontemporaneo.it), 18 giugno 2019.

¹⁹ S. RIZZUTI, *Decreto Sicurezza Bis: il Governo pone la fiducia sul provvedimento voluto da Salvini*, in *www.fanpage.it*, 23 luglio 2019.

perimetro della c.d. “materia penale”²⁰, con conseguente sottoposizione al sistema di principi propri del diritto penale.

E, allora, si prenda in considerazione – come esempio paradigmatico del segnalato approccio “punitivo” alle attività SAR – la prima versione proposta del comma 6 *bis* dell’art. 12 T.U. Immigrazione, contenuta nella bozza circolata il 10 maggio 2019²¹.

Due punti, in particolare, meritano attenzione.

Il primo attiene alla determinazione della sanzione: «*pagamento di una somma da euro 3.500 a euro 5.500 euro per ogni straniero trasportato*». Sanzione alla quale, «*nei casi più gravi e reiterati*» si aggiungeva la sospensione o la revoca della licenza, autorizzazione o concessione rilasciata dall’autorità amministrativa italiana inerente all’attività svolta e al mezzo di trasporto utilizzato.

Dietro una sanzione costruita secondo un meccanismo rigidamente proporzionale, si nasconde, da un lato, una palese (per quanto paradossale) violazione del principio di proporzione delle pene, e, dall’altro, un sovvertimento del principio di umanità: il primo risulta violato nella misura in cui in presenza di un elevato numero di stranieri soccorsi e trasportati si determina un effetto moltiplicatore della sanzione che potrebbe raggiungere livelli abnormi rispetto al disvalore del fatto; il secondo appare completamente svilito nel momento in cui si attribuisce un “prezzo” alla vita di ogni singolo uomo, valore che – alla luce del quadro di valori costituzionali – risulta non negoziabile, né bilanciabile con altre esigenze, men che meno quelle della sicurezza o dell’ordine pubblico.

Il secondo profilo sul quale è utile soffermarsi attiene alla struttura dell’illecito. Nella versione originariamente proposta, il citato comma 6 *bis* avrebbe dovuto sanzionare le navi ovvero le unità da diporto o da pesca che effettuino, in acque internazionali, azioni di soccorso, di recupero di migranti²² o di traino di mezzi, in violazione degli obblighi richiamati dalla medesima disposizione.

Ora delle due l’una:

a) la condotta sanzionata si pone in contrasto con l’ordinamento interno o con le norme sovranazionali; e allora si tratterebbe di un fatto già potenzialmente riconducibile a norme incriminatrici già presenti nel codice penale, in quello della navigazione e nella legislazione complementare; la qual cosa rende ogni ulteriore intervento repressivo alquanto pleonastico (salve le considerazioni che si avrà modo di formulare più avanti)

b) oppure si pretende di sanzionare una condotta conforme alle indicazioni desumibili dalle fonti sovranazionali o dal diritto interno; e allora la norma risulterebbe palesemente incostituzionale.

²⁰ L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.

²¹ «*Salvo che il fatto costituisca reato, le navi ovvero le unità da diporto o da pesca, che nel corso della navigazione procedono in acque internazionali, ad azioni di soccorso di mezzi adibiti alla navigazione ed utilizzati per il trasporto irregolare di migranti anche mediante il recupero delle persone ovvero il traino del mezzo, sono tenuti ad attenersi a quanto stabilito dalle convenzioni internazionali vigenti in materia ed alle istruzioni operative emanate dalle autorità responsabili dell’area in cui ha luogo l’operazione di soccorso ovvero dalle rispettive autorità dello Stato di bandiera. In caso di inosservanza anche di uno solo degli obblighi di cui al presente comma, si applica la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 3.500 a euro 5.500 per ciascuno degli stranieri trasportati. All’accertamento della violazione ed all’irrogazione della conseguente sanzione amministrativa provvede il competente comando del Corpo delle capitanerie di porto. Nei casi più gravi o reiterati è disposta la sospensione da uno a dodici mesi ovvero la revoca della licenza, autorizzazione o concessione rilasciata all’autorità amministrativa italiana inerente all’attività svolta o al mezzo di trasporto utilizzato. Si osservano le disposizioni di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689*».

²² Si trattava di espressione “atecnica” e generica, che non trova riscontro nel linguaggio legislativo di tale materia, ma presentava una forte valenza evocativa per l’opinione pubblica.

Il testo provvisorio diffuso il 10 maggio scorso sembrava indirizzarsi verso questa seconda direzione. L'applicazione della sanzione, infatti, scattava in presenza della violazione di anche uno solo dei seguenti obblighi:

- a) quelli stabiliti dalle convenzioni internazionali vigenti in materia;
- b) le istruzioni operative impartite dalle autorità responsabili dell'area in cui ha luogo l'operazione di soccorso.

Due cose balzano agli occhi. Innanzi tutto, l'indebita equiparazione tra norme di rango sostanzialmente costituzionale e fonti di livello sub legislativo; quasi che – per assurdo – le direttive di un ministro possano derogare o limitare gli obblighi sanciti dalle prime.

In secondo luogo, colpisce peraltro il mancato riferimento espresso alle norme interne di rango legislativo, ivi comprese quelle in tema di cause di giustificazione.

Ma poco importa: ove ne ricorrano i presupposti queste norme continuano ad essere (*rectius*, a dover essere) applicabili.

Non dimentichiamo che l'art. 4 l. 689/81 stabilisce – per gli illeciti amministrativi – che «non risponde delle violazioni amministrative chi ha commesso il fatto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o di legittima difesa».

La prassi giurisprudenziale formatasi intorno all'applicazione dell'art. 12 T.U. Immigrazione dimostra - come si è visto²³ - quanto, alla luce del quadro normativo nazionale e sovranazionale, sia possibile, nella gran parte dei casi, scriminare la condotta dei soccorritori.

Questo gli autori della proposta legislativa non potevano (e non possono) certo ignorarlo.

Se è possibile azzardare un retro-pensiero, non può escludersi che l'obiettivo sia – come detto - quello di affidare l'accertamento dei presupposti (invero non del tutto nitidi) dello stato di necessità, come pure delle altre scriminanti, a un'autorità più direttamente soggetta a un controllo politico.

O forse non sono neppure queste le intenzioni del legislatore, e comunque non è questo l'effetto prodotto dalla norma. Nel momento in cui l'autorità giudiziaria dovesse ritenere la condotta del soccorritore scriminata per effetto dell'applicazione dell'art. 51 o dell'art. 54 c.p. il fatto diventerebbe lecito per l'intero ordinamento giuridico, con conseguente impossibilità di applicare l'illecito amministrativo qui in discussione. In altri termini, il controllo giurisdizionale non verrebbe eliminato, ma solo postergato.

Sul piano pratico e su quello strettamente tecnico-giuridico, quindi, la norma sembrerebbe destinata a non sortire effetti.

Ma ci sono altri profili che meritano considerazione.

Innanzi tutto, sotto il profilo temporale, considerando i tempi della giustizia penale, è ben possibile che la sanzione amministrativa venga irrogata prima che si accerti la liceità della condotta dei soccorritori. Una tale situazione esporrebbe, comunque, questi ultimi ad pregiudizio i cui effetti (in termini di immagine e non solo) non potrebbero essere interamente rimossi.

In secondo luogo, resta in ogni caso l'impatto mediatico: l'opinione pubblica sarebbe informata tempestivamente del fatto che una ONG è stata coinvolta in un procedimento e sanzionata per aver (presuntivamente) violato le norme sull'ingresso di migranti (termine peraltro atecnico e generico, fonte di perplessità sul terreno del rispetto del principio di

²³ V., *supra*, par. 2.

legalità). Gli eventuali successivi sviluppi difficilmente riuscirebbero a rimuovere dalla percezione collettiva l'immagine scolpita di una ONG complice di trafficanti e criminali e (quindi) "criminale" anch'essa.

Da quanto brevemente illustrato emerge un campionario di vere e proprie "abnormità", che hanno indotto ad una progressiva limatura del testo.

Il risultato finale – almeno all'atto dell'entrata in vigore del Decreto legge – è una fattispecie alquanto diversa da quella originariamente ipotizzata.

Innanzitutto, dal punto di vista del trattamento sanzionatorio, sparisce il riferimento al numero di "migranti" soccorsi in mare come criterio di determinazione della sanzione; sostituito da una più generica cornice editale della «*sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 10.000 a euro 50.000*», cui si aggiunge «*in caso di reiterazione commessa con l'uso della medesima nave*» la sanzione accessoria obbligatoria della «*confisca della nave*». Quest'ultima, peraltro, dovrà essere preceduta dal preventivo sequestro cautelare della medesima; sequestro che, stante le lungaggini della giustizia italiana rischia di rappresentare la reale sanzione applicata. Un trattamento sanzionatorio, peraltro, destinato ad essere inasprito per effetto delle modifiche approvate in sede di conversione del decreto: la sanzione amministrativa pecuniaria diventa «*da euro 150.000 a euro 1.000.000*», mentre l'obbligo di confisca del natante scatta fin dalla prima violazione²⁴.

Novità ancora maggiori hanno investito la struttura del fatto sanzionato. Nella versione contenuta nel d.l. n. 53 del 2019, il comma 6 *bis* dell'art. 12 T.U. immigrazione diventa norma meramente sanzionatoria della inosservanza del provvedimento adottato ai sensi del comma 1 *ter* dell'art. 11 del medesimo T.U.

Tale ultima disposizione – introdotta anch'essa dal d.l. n. 53 del 2019 – si muove sulla falsa riga dell'art. 83 cod. nav., che attribuisce al Ministro delle infrastrutture e trasporti il potere di «*limitare o vietare il transito e la sosta di navi mercantili nel mare territoriale, per motivi di ordine pubblico, di sicurezza della navigazione e, di concerto con il Ministro dell'ambiente, per motivi di protezione dell'ambiente marino, determinando le zone alle quali il divieto si estende*»; potere presidiato a livello penale dalla previsione dell'art. 1102 cod. nav.

Rispetto alla vigente disciplina del codice della navigazione, il nuovo art. 11, co. 1 *ter*, T.U. Immigrazione presenta due significative differenze:

a) il potere di limitare o vietare il transito viene attribuito al Ministro degli Interni e non a quello delle Infrastrutture e dei trasporti;

b) tra i presupposti di esercizio del potere di interdizione compare – accanto ai motivi di ordine e sicurezza pubblica – il riferimento alle condizioni di cui all'art. 19, co. 2, lett. g) della Convenzione di Montego Bay, che individua come ipotesi di passaggio non inoffensivo di nave straniera in acque territoriali quella in cui si effettuino «*il carico o lo scarico di ... persone in violazione delle leggi di immigrazione vigenti nello Stato costiero*».

Si tratta, a tutta evidenza, di dare veste normativa di rango primario ai contenuti di alcune direttive adottate dal Ministro dell'interno e finalizzate a negare l'ingresso a chi – in particolare le navi appartenenti a ONG – avesse effettuato "improprie" (o almeno presuntivamente ritenute tali) attività di soccorso; direttive attraverso le quali si è data attuazione alla c.d. politica dei "porti chiusi". Sennonché, i medesimi motivi di perplessità e profili di illegittimità suscitati da tali provvedimenti non possono essere sanati dalla

²⁴ A tale ultima modifica fa da *pendant* il venir meno dell'inapplicabilità dell'art. 8 bis, co. 4, 5 e 6, l. n. 689 del 1981. Tale limitazione – originariamente sancita dall'ultimo periodo della disposizione in esame – avrebbe reso più frequente e agevole la declaratoria di reiterazione della violazione. Basti pensare che si sarebbe espressamente la possibilità di valutare unitariamente le trasgressioni commesse in tempi ravvicinati.

trasposizione dei loro contenuti in norme di rango primario; ciò al meno nella misura in cui dovesse emergere – come in effetti avviene – la loro incompatibilità con gli obblighi derivanti dalle Convenzioni UNCLOS, SOLAS e SAR²⁵. Del resto, non può sfuggire la radicale differenza tra condotte di *smuggling*, cui fa riferimento la citata Convenzione di Montego Bay, e le attività di soccorso in mare (che si pretende di sanzionare).

Quanto alla prima differenza, cui si è fatto cenno, essa – per quanto edulcorata rispetto alla proposta originaria²⁶ – si inserisce nella (discutibile) tendenza in atto ad accentrare nelle mani del titolare del Viminale l'intera gestione della politica in materia migratoria e di richieste d'asilo, esautorando, di fatto, altri ministri e lo stesso Presidente del Consiglio di competenze precedentemente attribuite loro o comunque loro spettanti per ragioni di equilibrio istituzionale.

Va detto, peraltro, che al di là di talune “migliorie”, rimangono tutte le perplessità di fondo precedentemente segnalate. Anzi, rispetto alla penultima versione, l'ultima è, almeno per un punto, addirittura peggiorativa. Una cosa che balza agli occhi, infatti, è l'anticipazione della soglia dell'intervento punitivo: se nella bozza di testo diffusa il 20 maggio 2019 l'irrogazione della sanzione era subordinata all'effettivo «*sbarco dei migranti in territorio italiano*», il testo adottato nel d.l. n. 53 del 2019 sanziona già il semplice «*ingresso, transito o sosta in acque territoriali italiane*».

Non solo: restano inalterati gli obiettivi e le tendenze politico criminali di cui ho avuto modo di segnalare criticità, tanto di natura intrinseca, quanto di ordine costituzionale e sovranazionale. Criticità prontamente denunciate dai competenti organismi internazionali²⁷.

E resta, soprattutto, il carattere eminentemente simbolico di quest'ultimo intervento repressivo; un carattere che ha trovato immediata conferma già nel primo tentativo della sua applicazione²⁸.

Il riferimento è alla ben nota vicenda della *Sea Watch 3* e del suo carico di migranti soccorsi nella zona S.A.R. libica. Ebbene, nei confronti della sua comandante, Carola Rackete, è stato adottato il primo divieto di ingresso nelle acque territoriali italiane, ai sensi del d.l. n. 53 del 2019. Nondimeno, dopo alcuni giorni di attesa, il 29 giugno, la comandante ha forzato il divieto di approdo nel porto di Lampedusa. A seguito dell'urto, in occasione della manovra di attracco alla banchina con una motovedetta della Guardia di Finanza, ormeggiata al fine di impedirne l'attracco, la donna è stata arrestata per i delitti di cui agli artt. 1100 cod. nav. (per avere compiuto atti di resistenza e violenza nei confronti della motovedetta, ritenuta nave da guerra) e 337 c.p. (per avere usato violenza nei confronti dei finanzieri mentre commettevano atti di polizia marittima, consistenti nell'impedire l'approdo al molo). Nel negare la convalida dell'arresto, il GIP di Agrigento ha escluso la tipicità del fatto previsto dal codice della navigazione e ha ritenuto scriminata

²⁵ S. ZIRULIA, *Decreto Sicurezza bis*, cit.

²⁶ L'art. 2 della bozza di decreto legge diffusa il 10 maggio 2019 prevedeva un'integrazione dell'art. 83 cod. nav. Che attribuiva al “solo” Ministro dell'Interno il potere di «*limitare o vietare il transito e la sosta di navi mercantili o unità da diporto o da pesca nel mare territoriale*», senza il coinvolgimento di altri Ministri o del Presidente del Consiglio.

²⁷ Da ultimo, la raccomandazione – dall'eloquente titolo *Lives Saved. Rights protected. Bridging the protection gap for refugees and migrants in the Mediterranean* – emanata dalla bosniaca Dunja Mijatović, attuale Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa. Per una sintetica analisi di tale provvedimento, S. ZIRULIA, *Soccorsi in mare e porti sicuri: pubblicate le raccomandazioni del commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa*, in *Dir. pen. cont.*, www.penalecontemporaneo.it, 20 giugno 2019.

²⁸ Trib. Agrigento, Uff. GIP, ord. 2 luglio 2019, cit.

la resistenza a pubblico ufficiale per avere l'indagata agito nell'adempimento del dovere di porre in salvo le vite umane; dovere che non si esaurisce con il recupero dei naufraghi, ma si conclude con il loro trasporto in un porto sicuro. Nel passaggio della motivazione che più interessa ai fini del presente contributo, il giudice sottolinea come la suddetta conclusione non possa essere influenzata dal nuovo comma 1 ter dell'art. 11 d.lgs. 286/98 (entrato in vigore con il d.l. n. 53/2019), atteso che il divieto di ingresso, transito e sosta di navi nel mare territoriale può essere disposto per motivi di sicurezza pubblica (divieto emanato e comunicato alla comandante nel caso in esame), ma solo nel rispetto degli obblighi internazionali vincolanti per lo Stato costiero e limitatamente al carico o scarico di persone in violazione delle leggi sull'immigrazione: situazione che non ricorre nel caso della *Sea Watch 3*, trattandosi di salvataggio in mare avvenuto secondo le norme internazionali e nazionali.

Questa vicenda lascia emergere un dato che, a onor del vero, appariva evidente: il quadro normativo vigente non può «essere disatteso con un colpo di spugna dall'autorità nazionale di pubblica sicurezza che, a suo insindacabile giudizio, si arroga il diritto di negare l'accesso ai porti italiani dei migranti soccorsi in mare»²⁹. Lo si dica brutalmente: non può essere un'autorità amministrativa a stabilire se sussistono i presupposti dell'esercizio di un diritto, dell'adempimento di un dovere o dello stato di necessità.

Il suddetto effetto simbolico risulterebbe ulteriormente accentuato nel caso il cui l'inciso «*salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato*» dovesse essere interpretato nel senso che l'applicabilità dell'illecito amministrativo viene meno in presenza dei presupposti di un reato (di norma quello dell'art. 12 T.U. Immigrazione),

In realtà sembrerebbe maggiormente fondata la tesi che legge nella clausola in questione una deroga al principio sancito dall'art. 9 l. n. 689 del 1981, nel senso dell'applicazione congiunta delle sanzioni amministrative e penali³⁰. In questa direzione spingono non solo la chiara volontà del legislatore di aumentare gli strumenti di contrasto agli ingressi irregolari, ma anche (e soprattutto) il tenore letterale della previsione: in particolare la abbandonare la classica clausola di sussidiarietà espressa «*salvo che il fatto costituisca reato*», presente in quasi tutte le bozze preliminari del decreto³¹.

Questa seconda lettura si espone, peraltro, al rischio di entrare in conflitto col principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 649 c.p.p. e dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e dall'art. 4, Prot. 7 CEDU³².

4. La criminalizzazione del soccorso in mare entro il paradigma del Feindstrafrecht

Volendo tirare le fila del discorso fin qui sviluppato, è possibile concludere che ci si trova di fronte ad ennesimo passo verso la sempre più radicale implementazione nel tessuto normativo (e non solo) del paradigma del diritto penale del nemico³³: un diritto penale

²⁹ G. SAVIO, *Sea Watch 3*, cit.

³⁰ S. ZIRULIA, *Decreto Sicurezza bis*, cit.

³¹ Fa eccezione la sola bozza diffusa il 21 maggio 2019, nella quale nessuna clausola di sussidiarietà era presente.

³² Nello stesso senso, S. ZIRULIA, *Decreto Sicurezza bis*, cit., cui si rinvia anche per ulteriori approfondimenti.

³³ Nella vastissima letteratura sul tema, si segnalano, senza pretesa alcuna di esaustività, AA.VV., *Diritto penale del nemico*, fascicolo monografico di *Quest. giust.*, n. 4/2006; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. pen.*, 2006, 735 ss.; M. DONINI-M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano

“differenziato”, che, da un lato, si caratterizza per una palese contrazione delle fondamentali garanzie sostanziali e processuali, dall’altro, si contraddistingue per l’essere rivolto verso determinati “tipi d’autore”, ritenuti presuntivamente pericolosi.

È un paradigma esplicativo che ben si adatta all’evoluzione (più o meno recente) del diritto penale del “migrante”³⁴. Se uno degli elementi fondamentali che caratterizzano il “diritto penale del nemico” è l’impossibilità di istituire una comunicazione tra lo Stato (e le comunità che essere rappresenta) e l’infrattore/nemico, al punto che le sanzioni previste assumono una funzione di mera esclusione del soggetto dal corpo sociale, è evidente che ciò sembra rinvenirsi nelle sanzioni previste per gli immigrati irregolari (espulsioni, internamenti, limiti di accesso alle pene alternative): misure ispirate a una filosofia “special preventiva”, cioè l’esclusione dal consesso sociale di un elemento non altrimenti assimilabile.

Un modello di diritto penale autenticamente illiberale, le cui incontrollate potenzialità espansive sono state da tempo denunciate – purtroppo invano – dalla dottrina penalistica internazionale³⁵.

Il paradigma del “diritto penale del nemico” è un virus che – una volta inoculato nel sistema giuridico di un ordinamento “liberale” – ha una capacità di diffusione potenzialmente incontrollata e si presenta di difficilissima eradicazione.

In questo senso, la parabola del pensiero Jacobsiano è emblematica³⁶. Nella sua prima enunciazione (1985) il concetto viene proposto ed utilizzato come mero strumento di analisi critico-descrittiva del vigente diritto penale tedesco. Successivamente, a partire dal 1999 questo approccio muta e Jacobs riconosce al diritto penale del nemico la possibilità di essere utilizzato quale strumento “di lotta” con cui combattere soggetti «che nella propria attitudine (delitti sessuali), nella propria vita economica (criminalità economica, traffico di stupefacenti) o per la loro appartenenza ad una organizzazione criminale (terrorismo, criminalità organizzata) si sono allontanati, suppostamente in modo duraturo, ma comunque piuttosto serio dal diritto, per cui non garantiscono a livello cognitivo quel minimo che è imprescindibile per essere trattati come persona nel diritto». È l’anticamera della piena “legittimazione” di questo modello d’intervento penale che caratterizza l’ultima fase del pensiero del filosofo tedesco (dopo il 2001), in cui si arriva a teorizzare la necessità di un diritto penale a due velocità: una per il cittadino, l’altra per il nemico.

Perché si può affermare senza timore di smentita che il diritto penale del nemico ha potenzialità espansive incontrollate ed è in fin dei conti “pericoloso” per la tenuta di un sistema liberal-democratico?

2007; F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell’amico, il nemico del diritto penale e l’amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 470 ss.; A. CAVALIERE, *Neoliberalismo e politica criminale repressiva*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, p. 125 ss.

³⁴ Sulle derive populistiche e illiberali del diritto penale dell’immigrazione, M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d’autore nel controllo penale dell’immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, 101 ss. Tra i contributi più recenti, A. SPENA, *La Crimmigration e l’espulsione dello straniero-massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, p. 495 ss.; A. SESSA, *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica criminale delle “non scelte” alla prova della tenuta democratica del sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 522 ss.; S. MANACORDA, *Il contrasto penalistico*, cit., p. 1389 ss.; G.L. GATTA, *La pena nell’era della “Crimmigration”: tra Europa e Stati Uniti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 675 ss.; da ultimo, L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, p. 25 ss.

³⁵ V. Autori citati in nota 30.

³⁶ Per una ricostruzione dell’evoluzione del pensiero di G. Jakobs, K. AMOS, *Il diritto penale del nemico*, in AA.VV., *Diritto penale del nemico*, cit., p. 42 ss.

Da una parte, esso ingenera meccanismi di assuefazione al progressivo sacrificio dei diritti, delle libertà e delle garanzie. Il risultato è che cittadini e operatori del diritto si trovano invischiati della tipica situazione da “*boiled frog syndrome*”³⁷. All’inizio l’adozione di misure “forti” (anche se derogatorie o addirittura eccezionali) nei confronti di soggetti percepiti come “estranei” (se non come “nemici”) determina un sentimento di rassicurazione rispetto alle paure dell’uomo medio (la legislazione americana post 11 settembre – a partire dal c.d. *Patriot Act* – costituisce un esempio emblematico di queste dinamiche); al punto che si è disposti – dietro la promessa di maggiore sicurezza – a mettere in discussione secolari conquiste in termini di diritti e di garanzie. Il cittadino «accetta una restrizione delle sue libertà in nome della “sicurezza”»³⁸; col tempo, però, questa sorta di “stato di eccezione” si normalizza e a quel punto risulta estremamente difficile tornare indietro.

In secondo luogo, il *Feindstrafrecht* presuppone l’individuazione di sempre “nuovi nemici”. Questo perché finisce con l’intersecarsi con un altro (inquietante) *topos* della contemporanea politica criminale: il populismo penale, cioè l’uso simbolico del diritto penale quale strumento di creazione di consenso politico, vuoi attraverso un sistematico assecondare del senso di insicurezza diffuso nelle società contemporanee, vuoi instillando e alimentando la suddetta sensazione di insicurezza (attraverso il sapiente uso dei media e della propaganda in genere)³⁹.

Potremmo dire, anzi – riprendendo una posizione espressa nella dottrina spagnola da Cancio Melia⁴⁰ – che il populismo penale non è semplicemente un meccanismo collaterale e prossimo del diritto penale del nemico, ma ne rappresenta una delle sue matrici originarie. Ciò unitamente al c.d. “diritto penale simbolico” e al c.d. “punitivismo” (la “passione del punitire” di cui ha parlato recentemente Domenico Pulitanò⁴¹).

Da questo punto di vista, tutta la recente legislazione in materia di immigrazione e di rifugiati e richiedenti asilo è affetta da un insuperabile vizio di origine: un coacervo di disposizioni simboliche, utili soltanto a lenire il senso di sgomento generato dall’approdo dello straniero, al punto che «nella loro formulazione le ragioni della paura sono prevalse sulle ragioni della logica, prima ancora che sulle ragioni del diritto»⁴².

³⁷ L’elaborazione e l’applicazione alle scienze sociali di questo modello concettuale si deve al filosofo americano Noam Chomsky.

³⁸ L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza*, cit., p. 3.

³⁹ In argomento, da ultimo, L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell’età dei populismi politici*, in *Quest. giust.*, 1/2019, p. 79 ss. Fondamentale sul ruolo del diritto penale come strumento di distorsione delle dinamiche di formazione del consenso politico, J. SIMON, *Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Oxford University Press, 2007 (trad. it. *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Milano, 2008). Nella dottrina italiana sulle molteplici interrelazioni tra consenso sociale e diritto penale, fondamentale C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 849 ss.

⁴⁰ M. CANCIO MELIA, “Diritto penale” del nemico?, in AA.VV., *Diritto penale del nemico*, cit., p. 69 ss.

⁴¹ D. PULITANÒ, *Idee per un manifesto sulle politiche del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 364.

⁴² L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell’immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Nuove autonomie*, 2013, 368. Per descrivere i meccanismi culturali e politici che tendono ad associare l’immigrazione a tutta un’altra serie di fenomeni criminali, fortemente lesivi dell’ordine pubblico e generanti insicurezza sociale (criminalità organizzata, disordine urbano etc.) si è parlato di “tautologia della paura” (espressione coniata da A. DAL LAGO, *La tautologia della paura*, in *Rass. it. soc.*, 1999, p. 5 e ss.

Adesso – come si è cercato di dimostrare - l'*escalation* punitiva nei confronti dello straniero/nemico si espande verso chi “aiuta” e “soccorre”⁴³. Sembra, quindi, essersi invertito l'ammonimento di Stefano Rodotà, secondo cui: «le perversioni degli ordinamenti giuridici possono nascere in un loro riposto angolo, ma poi irresistibilmente si diffondono e contagiano l'intero sistema»⁴⁴.

ABSTRACT: *Sea Rescue and “direct” and “indirect” criminalization of NGOs*

The contribution analyzes the changed attitude of public opinion and politicians towards SAR activities; a change that has led to the direct and indirect criminalization of NGOs involved in these relief operations. This is also the direction of the recent “Salvini bis” decree, which provides for the application of administrative pecuniary sanctions (plus, possibly, the confiscation of the vessel), whose recipients are precisely those who carry out research or, in any case, rescue operations. This is a rule that is difficult to apply, as it is in contrast with rules of domestic law and international conventions. The real goal is to spread the image of the rescuer as an instrument of smugglers. In this way its identification with the criminal is produced and the tendency to attract even those who help or help migrants and / or refugees in the logic of the “criminal law of the enemy” is strengthened; a logic that permeates Italian (and not only) legislation in the field of immigration, but which, in more recent times, is also affecting the policies implemented against refugees and applicants for international protection.

⁴³ *Nihil sub sole novum!* Già dal 2008, l'art. 22, co. 12, T.U. Immigrazione, punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa di 5000 euro per ogni lavoratore impiegato il «datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno previsto dal presente articolo, ovvero il cui permesso sia scaduto e del quale non sia stato chiesto, nei termini di legge, il rinnovo, revocato o annullato». In altri termini, nemico è non solo lo straniero irregolare, ma anche chi si limita a dargli lavoro, a prescindere da qualsivoglia forma di lucro o di sfruttamento. In argomento, M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario*, cit., p. 130.

⁴⁴ S. RODOTÀ, *Libertà personale. Vecchi e nuovi nemici*, in M. Bovero, (a cura di), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma-Bari, 2004, p. 56. Di «perversione del diritto penale» con riferimento al “diritto penale del nemico” parla L. FERRAJOLI, *Il “diritto penale del nemico” e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. giust.*, 2006, p. 799.

MIGRAZIONI E ATTI POLITICI (PRENDENDO SPUNTO DAL CASO “DICIOTTI”)

ALBERTO RANDAZZO*

SOMMARIO: 1. Premessa e cenni al caso “Diciotti”. 2. L’ipotesi della commissione di un reato da parte del Ministro dell’Interno. – 3. Cenni sulla categoria degli atti “politici”. – 4. La categoria degli atti “politici” alla prova del caso “Diciotti”. – 5. (Segue) *Rebus sic stantibus*, quali misure possono prendersi, in particolare, contro gli atti “politici”? – 6. Considerazioni conclusive.

1. Premessa e cenni al caso “Diciotti”

Il tema dell’immigrazione continua ad animare il dibattito politico ed a dividere l’opinione pubblica, per il modo con cui è stato affrontato dal Governo ormai dimissionario; non v’è dubbio che le politiche migratorie abbiano costituito, in questi ultimi tempi, uno dei principali ambiti di intervento dei “giallo-verdi” nonché fonte di gran parte della legittimazione che questi ultimi, sul piano esecutivo, hanno ottenuto. Ciò che si intende dire è che il consenso di cui hanno goduto (e forse, in parte, ancora godono) le forze politiche adesso richiamate proviene proprio dalla condivisione, da parte di larga parte della pubblica opinione, delle scelte operate nella gestione del fenomeno migratorio. Tuttavia, non poche e di non scarso rilievo sono le criticità che – ad avviso di chi scrive – presenta proprio la linea tenuta al riguardo negli ultimi mesi, linea che (pur dietro lo “scudo” della sicurezza nazionale, che di certo è un valore da tutelare ma che in questo caso sembra essere uno “specchietto per le allodole” oltre ad essere difficilmente conciliabile con l’obbligo di prestare soccorso e con il divieto di respingimento, entrambi sanciti nel diritto internazionale) appare non conciliabile con lo spirito della nostra Carta costituzionale: «ecco perché, invece di eludere la realtà domandandoci *“chissà dove andremo a finire”*, inviterei tutti ad interrogarci piuttosto, senza indulgenza, sul *“dove siamo finiti”*. È il primo passo per invertire di segno una legislazione che ci rende sempre più stranieri alla nostra Costituzione»¹. Sono parole “pronunciate” da un’accreditata dottrina una decina di anni addietro, ma di schiacciante attualità.

Una cosa è certa e si pone come presupposto di partenza per qualunque indagine sul tema: il fenomeno migratorio, oltre ad interrogare le coscienze, mette alla prova la “tenuta” della Carta costituzionale e, quindi, della nostra democrazia. La gestione di questo fenomeno, infatti, si intreccia inestricabilmente con la tutela dei diritti fondamentali dei non cittadini, ossia con la salvaguardia dei diritti inviolabili che la Repubblica «riconosce e garantisce all’uomo» per il fatto stesso di esistere, a prescindere dalla sua provenienza e che – come la Consulta ha rilevato – «spettano “ai singoli non in quanto partecipi di una

* Ricercatore di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Messina. Il presente scritto è aggiornato alla data del 5 settembre 2019.

¹ A. PUGIOTTO, «Purché se ne vadano». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno Annuale dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Napoli, 2010, p. 394.

determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani” (sentenza n. 105 del 2001)» (tra essi, come si legge nella sent. ora richiamata, è ovviamente da includere anche la libertà personale della quale a breve torneremo a discorrere).

Non è possibile ora esporre analiticamente le numerose perplessità che suscitano le scelte politiche adottate in questa fase storica in tema di migrazioni, ma si può (e si deve) comunque riflettere su quella di “chiudere i porti” (pure in assenza di un provvedimento formale in tal senso, che peraltro è materialmente inconcepibile: i porti non hanno “cancelli”), bloccando in mare per diversi giorni le navi delle O.n.g. con a bordo i migranti, di volta in volta, soccorsi; per fare questo si trae spunto dal, tristemente noto, caso “Diciotti”, anche al fine di chiederci se provvedimenti come quello adottato in quella circostanza possano (ed eventualmente in che misura) essere riconducibili nell’ambito della discussa categoria degli atti “politici”, come tali non sindacabili.

Come si sa, il 16 agosto 2018 il pattugliatore della Guardia costiera italiana, “U. Diciotti”, ha ospitato a bordo i 190 migranti, soccorsi e salvati da due motovedette in zona SAR maltese. A fronte del rifiuto di Malta di indicare un “porto sicuro” (non si trascuri il fatto che questo Paese non ha ratificato gli emendamenti alla Convenzione SAR, in merito all’obbligo degli Stati di offrire un “porto sicuro” per consentire lo sbarco)², il Ministro dell’Interno Salvini ha inviato (sembra, telefonicamente per poi ribadire la propria posizione tramite i *social*)³ l’ordine di non far sbarcare nessuno, secondo la politica dei “porti chiusi”. Solo il 26 agosto (poco dopo la mezzanotte), sono stati fatti scendere dalla nave i 137 migranti rimasti ancora a bordo. Intanto, com’è noto, il P.M. di Agrigento Patronaggio ha aperto un fascicolo nei riguardi del Ministro dell’Interno (e del capo di gabinetto del Viminale) per sequestro di persone aggravato.

2. L’ipotesi della commissione di un reato da parte del Ministro dell’Interno

Il fascicolo aperto dalla Procura di Agrigento a carico, in particolare, del Ministro dell’Interno è stato trasmesso al Tribunale di Palermo, Sez. Reati Ministeriali, il quale si è dichiarato incompetente ed ha inviato la documentazione alla Procura di Catania, «per le valutazioni di competenza»; il Tribunale ha opposto «la precisa volontà del Ministro dell’Interno» di non indicare il porto sicuro, con la conseguenza (evidentemente accettata senza scrupoli) di privare della libertà personale coloro che erano a bordo della “Diciotti”. In altre parole, secondo questi giudici, il Ministro avrebbe arbitrariamente provocato «la forzosa permanenza dei migranti a bordo dell’unità navale Diciotti», privandoli della libertà personale senza l’autorizzazione di alcun giudice ed in violazione della legge. Insomma, come molti hanno fatto notare, è parsa in gioco la separazione dei poteri dello Stato.

² Come sancisce la Convenzione di Amburgo (detta “SAR”) del 1979, «le Parti si assicurano che venga fornita assistenza ad ogni persona in pericolo in mare. Esse fanno ciò senza tener conto della nazionalità o dello statuto di detta persona, né delle circostanze nelle quali è stata trovata» (Capitolo 2.1.10); le Parti sono chiamate pure a «fornirle le prime cure mediche o di altro genere ed a trasferirla in luogo sicuro» (Capitolo 1.3.2), solo a quel punto potendosi ritenere concluso il soccorso (cfr. Risoluzione MSC 167-78). In materia, rileva anche la Convenzione “SOLAS” del 1974.

³ Ad aggravare la situazione si pone il fatto che «la sorte di 177 migranti è stata decisa tramite *tweet* e telefonate, nell’assoluta non curanza delle leggi e delle garanzie costituzionali vigenti e nel totale disprezzo per i giudici che pensano di farle valere» (R. BIN, *Politica pop e diritto, i rischi di un passo indietro nella nostra storia*, in *www.lacostituzione.info*, 5 settembre 2018).

Come si sa, il Senato non ha concesso l'autorizzazione a procedere nei confronti del Ministro, sostenendo che quello operato dall'inquisito fosse da considerare un "atto politico", come tale insindacabile (differente era la posizione del Tribunale)⁴; a tal proposito, il M5S si è espresso in conformità a quanto espresso dalla "base" tramite la nota piattaforma "Rousseau". Occorre subito precisare, però, che la mancata autorizzazione non «trasforma l'atto in questione in un "atto politico": semplicemente per quell'atto l'autorità politica vieta all'autorità giudiziaria la possibilità di procedere processualmente»; inoltre, ciò «non "sana" il comportamento del ministro»⁵.

Quanto accaduto induce a svolgere alcune considerazioni in merito alla categoria degli atti politici, al fine di riflettere sulla adattabilità (e adottabilità) di questo tipo di atti, la cui esistenza è stata confermata in passato dalla Corte costituzionale⁶, al fenomeno migratorio. Preliminarmente occorre ricordare, come tutti sanno, che a norma dell'art. 9, III comma, della legge n. 1 del 1989, la Camera di appartenenza «può, a maggioranza assoluta dei suoi componenti, negare l'autorizzazione a procedere ove reputi, con valutazione insindacabile, che l'inquisito abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio di una funzione di Governo»; questo, come ora si dirà meglio, è accaduto nel caso in questione. Come già detto, al Ministro dell'Interno è stato contestato, per il periodo intercorrente tra il 20 e il 25 agosto, il reato di «sequestro di persona, aggravato dalla qualifica di pubblico ufficiale, dall'abuso dei poteri inerenti alle funzioni esercitate, nonché per avere commesso il fatto anche in danno di soggetti minori di età», come si legge nel provvedimento; da quest'ultimo emerge pure che l'operato del Ministro fosse riconducibile alla categoria dei reati ministeriali di cui parla l'art. 96 Cost. Infatti, il Tribunale di Catania, Sez. Reati Ministeriali, era dell'idea che Salvini avesse «abusato delle funzioni amministrative attribuitegli nell'ambito dell'iter procedurale per la determinazione del *place of safety*, ponendo arbitrariamente il proprio veto all'indicazione del POS da parte del competente Dipartimento per le Libertà Civili e per l'Immigrazione, quale atto amministrativo propedeutico e necessario per autorizzare lo sbarco, così determinando la forzosa permanenza dei migranti a bordo dell'unità navale "U. Diciotti", con conseguente illegittima privazione della loro libertà personale per un arco temporale giuridicamente apprezzabile ed al di fuori dei casi consentiti dalla legge».

Non v'è alcun dubbio, insomma, per il Tribunale di Catania, che l'unico motivo che abbia indotto il Ministro a tenere questo comportamento, non sussistendo ragioni tecniche, fosse di natura squisitamente politica⁷; tuttavia, nel caso in questione, era "in gioco" la libertà personale dei migranti, libertà che – come tutti sanno – a norma dell'art. 13 Cost. può essere limitata solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria nei casi e modi previsti dalla legge.

Ciò che occorre mettere in luce è che in gioco, ad avviso dei giudici catanesi, in occasione di soccorso in mare, sono valori di primaria importanza, secondo il dettato costituzionale (ma anche alla luce di diverse fonti esterne), quali il diritto alla vita, la libertà

⁴ Cfr. P. ZICCHITTO, *Reati ministeriali, atto politico e tutela dei diritti fondamentali alla prova del caso Diciotti*, in *Quad. cost.*, 2/2019, p. 420. In tema, cfr. A. CIANCIO, *L'autorizzazione a procedere per i reati ministeriali: alcune puntualizzazioni a seguito del caso della nave "Diciotti"*, in *www.federalismi.it*, 16/2019.

⁵ R. BIN, *Ancora caso Diciotti: ma qualcuno ha letto ciò che ha scritto il Tribunale dei ministri?*, in *www.lacostituzione.info*, 13 febbraio 2019.

⁶ Si vedano, in part., le sentt. n. 81 del 2012 e n. 52 del 2016, sulle quali a breve si tornerà.

⁷ Cfr. R. BIN, *Ancora caso Diciotti*, cit.

e la dignità umana, che si devono conciliare con quelli della sicurezza e dell'ordine pubblico. Come opportunamente rileva il Tribunale di Catania, «l'obbligo di salvare la vita in mare costituisce un preciso dovere degli Stati e prevale su tutte le norme e gli accordi bilaterali finalizzati al contrasto dell'immigrazione irregolare»; le convenzioni internazionali ratificate dall'Italia in materia costituiscono un preciso limite al legislatore a norma dell'art. 117, I comma, Cost., ma anche dell'art. 10, I comma, Cost. (per quanto riguarda le previsioni razionalizzatrici di consuetudini internazionali) e dell'art. 11 Cost. (in riferimento al diritto dell'Unione europea). Non poche sono, infatti, le fonti di provenienza esterna che rilevano e che sono state richiamate nella Relazione del Tribunale di Catania, Sez. Reati Ministeriali, allegata alla domanda di autorizzazione a procedere: la Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare del 1974 (Conv. “SOLAS”, spec. Cap. V, Regolamenti 7 e 33), nonché la Convenzione internazionale sulla ricerca ed il soccorso marittimi, firmata ad Amburgo nel 1979 (Conv. “SAR”, spec. Cap. 2.1.10 e 1.3.2, ma v. anche 3.1.3 e 3.1.4); assai rilevanti sono gli emendamenti, del 1° luglio 2006, alle due convenzioni ora citate (all'art. 33 della “SOLAS” e al Cap. 3.1.9 della “SAR”). Al riguardo, si vedano anche le linee-guida adottate con la Risoluzione MSC 167-78 del maggio 2004, con le quali si chiede allo Stato nel quale vengono soccorsi i naufraghi di indicare un POS (*place of safety*), un luogo di sicuro) ove effettuare lo sbarco (v. parr. 2.5 e 6.12)⁸. Degna di particolare nota è altresì la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, firmata a Montego Bay nel 1982 (Conv. “UNCLOS”, spec. art. 98, I e II comma).

Come detto, il Tribunale riteneva – senza alcun dubbio – che il comportamento tenuto dal Ministro configurasse un reato ministeriale, «in quanto strettamente conness[o] all'abuso dei poteri dallo stesso esercitati nella sua qualità di Ministro»; in particolare, per i giudici, il fatto che la mancata indicazione del POS (*place of safety*), appositamente richiesto da MRCC Roma al Dipartimento per le Libertà civili e per l'Immigrazione (precisamente, il 15, il 17 e il 24 agosto), avesse incontrato il veto del Ministro ha costituito un abuso delle funzioni da parte di quest'ultimo. Non è questa la sede per scendere nel dettaglio dell'individuazione dell'elemento oggettivo e di quello soggettivo del reato, per i quali si rimanda alla Relazione suddetta del Tribunale di Catania (ove si mette in luce anche la non sussistenza della scriminante dell'art. 15 c.p.). Si può solo precisare che, in riferimento al primo, non sono da sottovalutare le condizioni in cui versavano i migranti, obbligati a stare «cinque giorni a bordo di una nave ormeggiata sotto il sole in piena estate dopo aver già affrontato un estenuante viaggio durato numerosi giorni»; a ciò è da aggiungere «la necessità di dormire sul ponte della nave, le condizioni di salute precarie di numerosi migranti, la presenza a bordo di donne e bambini». Quelle ora descritte «costituiscono circostanze che manifestano le condizioni di assoluto disagio psico-fisico sofferte dai migranti a causa di una situazione di “costrizione” a bordo non voluta e subita, sì da potersi qualificare come “apprezzabile” e, dunque, penalmente rilevante, l'arco temporale di privazione della libertà personale sofferto». Sotto il secondo aspetto, quello relativo all'elemento soggettivo, sembrano lampanti i contrasti tra l'operato del Ministro dell'Interno e le fonti esterne già richiamate, queste ultime venendo violate dalla volontà – protratta appunto per cinque giorni – di non fare sbarcare i migranti dalla nave ormai attraccata al porto di Catania.

⁸ Si ricordi, poi, la direttiva SOP 009/15 del Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di porto-Guardia Costiera, con la quale sono state dettate le procedure operative necessarie per l'individuazione del POS. Tale direttiva, peraltro, richiede che si riduca al massimo la permanenza a bordo dei soggetti soccorsi e le deviazioni delle navi soccorritrici rispetto alla rotta programmata.

Occorre, però, fare un passo indietro. L'alternativa, nel caso in esame, si muoveva sull'asse reato ministeriale/atto "politico". Nel primo caso, opzione supportata dal Tribunale dei ministri, la previsione costituzionale di riferimento era (ed è) l'art. 96, a norma del quale – come si sa – «il Presidente del Consiglio dei ministri e i ministri, anche se cessati dalla carica, sono sottoposti, per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni, alla giurisdizione ordinaria, previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati, secondo le norme stabilite con legge costituzionale»⁹. Considerare, invece, atto "politico" quello del Ministro dell'Interno avrebbe ammantato di un'aura di insindacabilità il comportamento di quest'ultimo; base giuridica di riferimento è – com'è noto – l'art. 7, I comma, c.p.a., per il quale «non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico».

Qualche considerazione – come si diceva – si ritiene opportuna in merito alla categoria degli atti "politici", sebbene il tema – ampiamente studiato in dottrina – meriterebbe ben altro approfondimento, che non può aversi qui.

3. Cenni sulla categoria degli atti "politici"

In estrema sintesi, la comparsa della categoria dell'atto "politico" si può fare risalire all'800, in Francia (per la precisione, al 1822)¹⁰; nel nostro Paese, la prima importante traccia della categoria in parola è da individuare nella legge Crispi del 1889¹¹ per poi trovare spazio nell'art. 31 del T.U. sul Consiglio di Stato del 1924, previsione abrogata e riprodotta nel già richiamato art. 7, I comma, c.p.a. La nascita della Costituzione ha però fatto sorgere grossi problemi di compatibilità tra l'esistenza di atti «liberi nel fine»¹², e per questo sottratti al sindacato giurisdizionale, e gli artt. 24 e 113 della Carta¹³. In generale, è diffusa l'opinione per la quale si assista ad una «continua erosione»¹⁴ della categoria degli atti "politici". Se, a

⁹ Di recente, v. P. VERONESI, *sub* Art. 96, in F. CLEMENTI-L. CUOCOLO-F. ROSA-G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, II, Bologna, 2018, p. 224 ss.

¹⁰ Cfr. V. CAPUOZZO, *L'“atto politico” davanti alla Corte costituzionale: la tensione tra funzione di indirizzo politico e diritto d'accesso al giudice nella sent. 10 marzo 2016, n. 52*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2/2018 (2 agosto 2018), § 2.

In materia, la letteratura è assai estesa; tra i "classici" si ricordino almeno i seguenti: A.M. SANDULLI, *Atto politico ed eccesso di potere* (1946), ora in ID., *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1990, pp. 25 ss.; O. RANELLETTI-A. AMORTH, (voce) *Atti politici (o di governo)*, in *Noviss. Dig.*, IV, Torino, 1958; P. BARILE, (voce) *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, pp. 220 ss.; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961; G. GROTTANELLI DE' SANTI, (voce) *Atto politico e atto di governo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988 (con Aggiornamento di M. Perini del 2007); A. CERRI, *Note in tema di atto politico*, in A. CERRI-P. HÄBERLE-I.M. JARVARD-P. RIDOLA-D. SCHEFOLD (a cura di), *Il diritto fra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, I, Roma, 2010, spec. p. 439; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti di "alta amministrazione"*, in *Dir. pubbl.*, 1/2009, pp. 101 ss.

¹¹ Sul punto, v., tra gli altri, L. BUSCEMA, *Atti politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi*, in *Rivista Aic*, 1/2014 (21 febbraio 2014), § 3.1; G. PIACENTE, *Atti politici e tutela giurisdizionale. L'ultimo diritto*, in *www.federalismi.it*, 7/2015, § 3. Si veda anche G. DI MUCCIO, *Atti politici e intese tra lo Stato e le confessioni religiose non cattoliche: brevi note a Corte di Cassazione, sez. unite civ., sentenza 28 giugno 2013, n. 16305*, in *www.federalismi.it*, 20/2013 (9 ottobre 2013), § 1.

¹² ... come si usa dire (v., ad es., G. PIACENTE, *Atti politici*, cit., § 3).

¹³ Cfr. F. BLANDO, *L'atto politico nel prisma della Corte costituzionale*, in *EJSS - Journal Sports Law & Economics* 2 (1): 52-60, aprile 2014, p. 56 (consultabile on line); V. CAPUOZZO, *L'“atto politico”*, cit., § 2; R. BIN, *Halloween! Il Caso Diciotti e il fantasma dell'atto politico*, in *www.lacostituzione.info*, 1 novembre 2018.

¹⁴ N. COLAIANNI, *Ateismo de combat e intesa con lo Stato*, in *Rivista Aic*, 4/2014 (6 dicembre 2013), § 3.

prima vista, può sembrare che tali atti, in quanto teoricamente non sottoponibili al controllo di un giudice, possono costituire concreta attuazione del principio di separazione dei poteri, non si può fare a meno di rilevare che quando essi ledono i diritti fondamentali mettono “sotto stress” il principio suddetto; a ciò si aggiunga che, in questi casi, il principio in parola finisce per subire una insopportabile compressione, nella misura in cui il potere giudiziario non ha alcuna possibilità di svolgere il ruolo che gli è tipico. Per inciso, occorre rilevare che non vengono in rilievo solo le previsioni costituzionali sopra richiamate¹⁵, ma – volgendo lo sguardo al diritto sovranazionale – anche l’art. 19 TUE e 263, par. 4, TFUE.

In ogni caso, qualora si volessero individuare i connotati tipici degli atti “politici”, è possibile fare riferimento ad un elemento oggettivo ed uno soggettivo¹⁶. Il secondo fa riferimento al soggetto che ha posto in essere quell’atto: occorre, infatti, che sia un organo posto al vertice dell’Amministrazione (il Governo). Per quanto riguarda il primo requisito, è necessario che l’atto sia il frutto dell’esercizio di un potere politico¹⁷. A ciò si aggiunga, e questo è il punto, che gli atti “politici” non dovrebbero ledere situazioni giuridiche soggettive, non dovendo sussistere un collegamento diretto tra l’atto ed un interesse privato¹⁸. Invero, la possibilità di configurare tale categoria di atti è subordinata a quest’ultima condizione, in quanto solo in tale circostanza sarebbe possibile legittimarne l’insindacabilità¹⁹.

Dagli atti “politici” sono da distinguere quelli di “alta amministrazione”, che a differenza dei primi (volti alla realizzazione di interessi generali) sono certamente sindacabili (volti alla realizzazione di interessi settoriali)²⁰. Questa distinzione, tuttavia, non rileva ai nostri fini, in quanto i due tipi di atti finiscono spesso per sovrapporsi²¹ rendendo ardua qualunque distinzione sul piano del rispettivo regime giuridico. Peraltro, interrogarsi se un atto sia ascrivibile all’una o all’altra categoria produce solo uno sforzo interpretativo che a nulla serve se si tiene conto che, comunque, né l’una né l’altra può ledere situazioni giuridiche soggettive, di talché quando ciò dovesse accadere esse appaiono – sul piano della sindacabilità – poste in posizione paritaria.

Fatte queste succinte osservazioni, non si può fare a meno di ricordare che la configurabilità degli atti politici, pur molto discussa, come già detto, ha avuto l’avallo della Corte costituzionale, la cui giurisprudenza però sembra essere stata talora strumentalizzata per giustificare, a proposito del caso qui in esame, il comportamento, in particolare, del

¹⁵ ... alle quali si possono aggiungere anche l’art. 28, I comma, l. n. 87 del 1953 e l’art. 1, I comma, l. n. 20 del 1994, previsioni richiamate da F.F. PAGANO, *Trasformazione dell’indirizzo politico del governo, atti politici e limiti al sindacato giurisdizionale*, in www.forumcostituzionale.it, 22 febbraio 2018, § 1.

¹⁶ Sul punto, tra i tanti, cfr. G. DI MUCCIO, *Atti politici*, cit., § 3; L. BUSCEMA, *Atti politici*, cit., § 3.1; G. PIACENTE, *Atti politici*, cit., § 3.

¹⁷ In merito ai due elementi, nella giurisprudenza amministrativa, *ex plurimis*, v. Cons. St., Sez. IV, 4 maggio 2012, n. 2588, pronuncia richiamata anche da F. BLANDO, *L’atto politico*, cit., p. 57.

¹⁸ Cfr. V. CAPUZZO, *L’atto politico*, cit., § 2; R. DICKMANN, *L’atto politico questo sconosciuto*, in www.forumcostituzionale.it, 9 ottobre 2012, § 2. In merito all’impugnabilità degli atti “politici” che ledano situazioni giuridiche soggettive, v., tra le altre, Cons. St., Sez. IV, 18 novembre 2011, n. 6083 (sulla quale v. anche F. BLANDO, *L’atto politico*, cit., p. 57, e G. PIACENTE, *Atti politici*, cit., § 2).

¹⁹ È stato fatto notare che, in ogni caso, l’insindacabilità degli atti in parola dovrebbe comunque essere limitata a quegli «specifici elementi» in essi contenuti «in quanto propriamente pertinenti a scelte configurabili quali esercizio di discrezionalità politica» [F. BILANCIA, *Ancora sull’“atto politico” e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?*, in *Rivista Aic*, 4/2012 (2 ottobre 2012), § 2].

²⁰ Cfr. L. BUSCEMA, *Atti politici*, cit., § 3.1; G. PIACENTE, *Atti politici*, cit., § 3.

²¹ Cfr. R. DICKMANN, *L’atto politico*, cit., § 3. In argomento, v. anche F. BILANCIA, *Ancora sull’“atto politico”*, cit., § 3.

Ministro dell'Interno. Una lettura attenta della nota sent. n. 81 del 2012 consente di mettere in luce diversi aspetti che rendono tutt'altro che compatibile il comportamento tenuto in occasione della vicenda della nave "Diciotti" con la categoria degli atti "politici".

Per prima cosa, occorre rilevare che il fatto che un determinato comportamento sia stato tenuto da un «organo politico» che «eserciti un potere politico [...] non comporta che i suoi atti siano tutti e sotto ogni profilo insindacabili»; anche gli atti politici, infatti, vanno incontro a taluni «vincoli» la cui presenza non «altera [...] la natura politica del potere esercitato», solo comportando una delimitazione del raggio d'azione del soggetto che pone in essere quell'atto. Secondo il ragionamento del giudice delle leggi, la sindacabilità in sede giurisdizionale di un c.d. atto "politico" deve essere possibile quando quell'atto violi una norma giuridica²². Da quanto detto emerge, pertanto, che se per un verso la Corte ha riconosciuto l'esistenza della categoria degli atti in parola, per altro verso, individua anche taluni limiti a tali atti e, quindi, alla loro insindacabilità. Effettivamente, il giudice delle leggi sembra che abbia parlato chiaro sul punto, osservando che «gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto»²³. Nel caso in cui – parafrasando la Corte – sono posti in essere vincoli alla discrezionalità politica – seppure ampia – riconosciuta al Governo nell'esercizio dell'attività di indirizzo politico, «il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate»²⁴. L'ampia discrezionalità di cui gode il Governo, infatti, incontra un unico ma rilevante limite: i principi costituzionali²⁵. Ecco perché, allora, l'atto "politico" non può sfuggire a qualsivoglia controllo. Al tempo stesso, però, non si può fare a meno di rilevare, ricollegandoci a quanto si diceva poco sopra, che è difficile che dall'atto "politico" non venga intaccata alcuna situazione giuridica soggettiva; ecco perché, quindi, la sindacabilità (o meno) di quell'atto è da vagliare di volta in volta, in concreto²⁶, appurando se vi siano pretese realmente giustiziabili²⁷ e quindi se vi sia la lesione di diritti fondamentali.

Alla luce di quanto detto, pertanto, gli atti "politici", insindacabili perché riconducibili all'attività di indirizzo politico, non potrebbero comunque avere "campo libero" senza tenere conto dei diritti riconosciuti alla persona in quanto tale. Il principio di insindacabilità, in questi casi, appare quindi recessivo rispetto al principio di effettività della tutela²⁸; non si dimentichi, peraltro, che a norma dell'art. 1 della legge n. 104 del 2010 la stessa giurisdizione amministrativa si prefigge il compito di «assicura[re] una tutela piena ed

²² Corte cost. n. 81 del 2012, p. 4.3 del *cons. in dir.*

²³ G. GUZZETTA, *Il caso Diciotti: tra responsabilità giuridica e responsabilità politica*, in *www.federalismi.it*, 4/2019 (20 febbraio 2019).

²⁴ Corte cost. n. 81 del 2012, p. 4.2 del *cons. in dir.*

²⁵ Cfr. Corte cost. n. 52 del 2016, p. 5.2 del *cons. in dir.*, sulla quale, tra i molti altri, v. A. RUGGERI, *Confessioni religiose e intese tra iurisdictione e gubernaculum, ovvero la abnorme dilatazione dell'area delle decisioni politiche non giustiziabili (a prima lettura di Corte cost. n. 52 del 2016)*, in *www.federalismi.it*, 7/2016 (30 marzo 2016); A. LICASTRO, *La Corte costituzionale trona protagonista dei processi di transizione della politica ecclesiastica italiana?*, in *www.statoecliese.it*, 26/2016 (18 luglio 2016); G. LANEVE, *Conflitti costituzionali e conflitti di giurisdizione sul procedimento relativo alla stipula delle intese ex art. 8, comma 3, Cost.: riflessioni a partire da un delicato (e inusuale) conflitto fra poteri, tra atto politico e principio di laicità*, in *Rivista Aic*, 2/2017 (4 maggio 2017).

²⁶ Cfr. V. CAPUZZO, *L'"atto politico"*, cit., § 6.

²⁷ Una conferma di questa posizione è in Corte cost. n. 52 del 2016 (spec. p. 5.2 del *cons. in dir.*).

²⁸ Cfr. F.F. PAGANO, *Trasformazione*, cit., § 4. In argomento, cfr. L. BUSCEMA, *Atti politici*, cit.

effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo»²⁹. Non a caso, la Corte ha rilevato «l’imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto»; per la Consulta, infatti, «tale principio non consente “l’assoluta indeterminatezza” del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l’effetto di attribuire, in pratica, una “totale libertà” al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, ex plurimis, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982)»³⁰. Insomma, il potere politico – che poi si traduce in atti – non è illimitato³¹.

Alla luce di quanto detto, e non potendo affrontare *funditus* il tema degli atti “politici”, è adesso possibile ritornare al caso della nave “U. Diciotti”.

4. La categoria degli atti “politici” alla prova del caso “Diciotti”

La scelta del Ministro dell’Interno di non consentire al MRCC di fornire l’indicazione di un porto sicuro nonché quella – strettamente connessa – di non fare sbarcare i migranti tra il 20 e il 25 agosto costituiscono senz’altro atti riconducibili all’indirizzo politico (sebbene non compatibili né con lo spirito della Costituzione italiana né con le fonti esterne richiamate). Come risulta da dichiarazioni apprese dai *media*, tali atti sarebbero stati compiuti per motivi di (pseudo)³² sicurezza e, quindi, nell’interesse dello Stato (o, meglio, considerato tale dalle forze politiche di quella maggioranza). Per tale ragione, come detto, è stata negata l’autorizzazione a procedere nei riguardi del Ministro Salvini. Ammesso e non concesso che di interesse dello Stato (sotto la veste della sicurezza) si trattasse (ma al riguardo ci sarebbe molto da discutere), ciò che interessa domandarsi è se un atto “politico” (pur essendo libero nel fine, come detto) possa ledere i diritti inviolabili dell’uomo e, *in primis*, la dignità³³. La risposta è più che ovvia: la violazione dei diritti costituzionalmente sanciti non può essere giustificata dalla politicità di un atto, mai. Se così fosse si dovrebbe dire che la violazione dei diritti corrisponderebbe (o comunque sarebbe funzionale) ad un interesse di rilievo costituzionale³⁴. Com’è stato detto, infatti, «non si pone solo il problema se l’atto sia politico o meno, ma il ben diverso (e assai più delicato) problema se il Parlamento possa deliberare che un “atto politico”, o preteso tale, possa

²⁹ Questa previsione è richiamata anche da G. PIACENTE, *Atti politici*, cit., § 3, che rimanda all’art. 6 CEDU.

³⁰ Corte cost. n. 115 del 2011, p. 4 del *cons. in dir.*, che peraltro offre una delle possibili risposte a chi in Italia (com’è accaduto di recente) avesse l’ardire di richiedere “pieni poteri”; una tale pretesa si porrebbe completamente fuori dallo Stato costituzionale, che – com’è più che noto – si regge su un sistema di “pesi e contrappesi” che realizza un equilibrio ed un controllo reciproco tra i poteri dello Stato.

³¹ Cfr. G. DI MUCCIO, *Atti politici*, cit., § 1.

³² Non vi erano, infatti, comprovati motivi che facessero considerare non sicuro quello sbarco e, quindi, la permanenza (seppure temporanea) di quei migranti sul nostro territorio. Cfr. R. BIN, *Processare Salvini equivale a processare il Governo? Gli equivoci e gli inganni dietro cui si nascondono i nostri politici. Con una Postilla*, in www.lacostituzione.info, 30 gennaio 2019. Dietro lo scudo della sicurezza è parso che si nascondesse la precisa volontà (politica) di provocare una reazione tra i Paesi dell’Unione Europea.

³³ Che nel caso in questione ed in altri analoghi sia stata in gioco la dignità della persona umana non sembra che possa essere messo in discussione; sul punto, v., tra i tanti, F. BAILO, *Il “caso Diciotti” e la “prova di forza” con l’UE: fare i conti con la legalità*, in www.lacostituzione.info, 26 agosto 2018; A. MORELLI, *Principio di legalità vs. «preminente interesse pubblico»? Il caso Diciotti e le sue conseguenze*, in *Quad. cost.*, 4/2018, spec. p. 899.

³⁴ Cfr. L. BRUNETTI, *Ancora sulla insindacabilità degli atti politici ministeriali. Può davvero una legge costituzionale permettere la violazione dei diritti fondamentali?*, in www.forumcostituzionale.it, 18 marzo 2019.

incidere negativamente, ovvero negare radicalmente una libertà costituzionalmente tutelata, operando fuori della legalità (anche costituzionale). Quesito che non può che trovare un'unica risposta, ovviamente negativa³⁵. Nessun atto, infatti, anche se compiuto per il c.d. "bene" del Paese, può porsi «fuori dalla legge»³⁶.

Occorre poi chiarire che messe sotto accusa non erano, in generale, le scelte politiche in tema di migrazioni (e di gestione degli ingressi nel nostro Paese), ma precise azioni del Ministro delle quali si dà conto nella Relazione, dietro cit., del Tribunale di Catania³⁷. Su esse, e non su altro, i senatori si sarebbero dovuti pronunciare; su esse è stata interrogata (sebbene senza alcuna efficacia giuridicamente vincolante)³⁸ la "base" del M5S, come si diceva in apertura. Al netto di tutte le altre considerazioni che possono farsi, la chiara impressione che si ha è che la negata autorizzazione si sia fondata – erroneamente (almeno da un punto di vista giuridico) – sull'appoggio (incondizionato) alle politiche migratorie del Governo. Sta di fatto che l'atto (o, meglio, l'insieme di atti) per il quale il Ministro è stato inquisito è stato considerato politico, il che ha consentito di mettere "al riparo" il suo autore³⁹; d'altra parte, il Tribunale non deve fare altro che verificare che un determinato atto, che ritiene che possa essere considerato reato, sia stato compiuto da un Ministro⁴⁰, mentre è la Camera di appartenenza che deve vagliare se quell'atto possa trovare una giustificazione politica⁴¹.

Mettendo in ordine le considerazioni svolte si può, in definitiva, affermare che il Senato poteva considerare "politici" gli atti del Ministro Salvini, ma ciò non avrebbe potuto impedire la sindacabilità degli stessi. Si può giungere a queste conclusioni per due ragioni che si vuole ribadire: quegli atti erano espressione di precise (libere) scelte facenti parte integrante dell'indirizzo politico, ma lesive di diritti fondamentali, quali la libertà personale, il diritto alla vita, la dignità umana. Così ragionando, allora, dovrebbe dirsi che gli atti "politici" possono tradursi in reati ministeriali, le due categorie di atti non essendo in alternativa e potendo venire a coincidere, fatalmente, in alcuni casi. La Costituzione si pone al di sopra della politica, ai valori in essa impressi spettando la sovranità⁴². Se così non fosse, peraltro, verrebbe meno quel sistema di *checks and balances* che connota le democrazie occidentali. In questo senso, allora, l'art. 7, I comma, c.p.a. andrebbe modificato al fine di attenuare l'assolutezza della insindacabilità degli atti compiuti dal Governo nell'esercizio del potere politico⁴³.

³⁵ L. BRUNETTI, *Ancora sulla insindacabilità*, cit.

³⁶ Cfr. R. BIN, *Processare Salvini*, cit.

³⁷ Cfr. op. ult. cit.

³⁸ Cfr. G. DI COSIMO, *Il voto in giunta sull'autorizzazione a procedere e la "partecipazione" dei militanti*, in *www.lacostituzione.info*, 20 febbraio 2019.

³⁹ Peraltro, non sembra un caso, per alcuni, che il Ministro Salvini non abbia discusso la questione in Giunta, ove il confronto «sarebbe stato ben più serrato ed incisivo» rispetto all'aula (è di questa idea S. CURRERI, *La fuga dal confronto parlamentare*, in *www.lacostituzione.info*, 13 febbraio 2019). Inoltre, la solidarietà espressa da parte degli altri componenti del Governo appare un gesto di compattezza, ma non consente di condividere la responsabilità penale, che – com'è noto – è (e rimane) personale (cfr. R. BIN, *Ancora caso Diciotti*, cit.).

⁴⁰ Cfr. R. BIN, *Ancora caso Diciotti*, cit. Cfr. anche L. BRUNETTI, *L'atto politico ministeriale come atto potenzialmente «esente da giurisdizione» (quand'anche astrattamente reato)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 30 gennaio 2019.

⁴¹ Cfr. R. BIN, *Ancora caso Diciotti*, cit.

⁴² Cfr. G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità*, in ID., *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005, pp. 87 ss.

⁴³ Cfr. anche le osservazioni critiche, seppure di altro segno, all'art. 7 sopra cit. di R. DICKMANN, *L'atto politico*, cit., § 4.

Secondo un'altra ricostruzione, se è certamente vero che «l'insindacabilità degli atti politici deriva dalla necessità di porre il potere esecutivo al riparo dal potere giudiziario [...]», è altresì vero che essa «cessa di fronte ad atti che incidano negativamente sui diritti delle persone»; infatti, «l'atto è politico se e perché non ha effetti lesivi per le persone»⁴⁴ (ma non era questo il caso). Non possono sorgere dubbi: «nel momento in cui l'atto del Governo incida negativamente nella sfera dei diritti individuali, cessa di essere “politico” e perde qualsiasi pretesa di sottrarsi al giudice»⁴⁵; ragionare diversamente «ci farebbe compiere un brutto passo indietro nella nostra storia civile»⁴⁶.

In aggiunta alle perplessità in merito a quanto accaduto in occasione della vicenda della nave “Diciotti”, occorre rappresentare anche quelle relative ad una certa linea politica, particolarmente rigorosa, nella gestione degli ingressi dei migranti nel nostro Paese; non a caso, in più occasioni, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha avuto modo di censurare il comportamento tenuto dal nostro Stato al riguardo⁴⁷.

5. (Segue) *Rebus sic stantibus, quali misure possono prendersi, in particolare, contro gli atti “politici”?*

In ogni caso, *rebus sic stantibus*, è ora da chiedersi come reagire dinanzi ad atti (considerati) “politici” come quelli qui discussi. L'unica possibilità perché siano sottoposti a controllo è quella di sollevare un conflitto di attribuzione tra poteri che li abbiano ad oggetto⁴⁸; altresì sindacabile in sede di conflitto, in un caso come quello in questione, appare la decisione del Senato di negare l'autorizzazione a procedere⁴⁹. Tuttavia, un'interessante “strategia” (almeno, tale è apparsa) messa in atto dalla magistratura (spec. dalla Procura di Agrigento) è sembrata quella di sottoporre a sequestro la nave con a bordo i migranti, al fine di verificare che non vi fossero potenziali terroristi o comunque persone in grado di mettere al rischio la sicurezza nazionale (che poi è ciò che diceva di temere il Ministro dell'Interno). In questo modo, si è proceduto all'identificazione ed allo sbarco dei migranti, ponendo fine allo stallo che – anche in questi casi – perdurava da diversi giorni. In una situazione del genere, verificatasi in altre occasioni (si pensi al caso “Sea Watch 3” del maggio 2019 e, più di recente, al caso “Open Arms” dell'agosto 2019), il rapporto tra i poteri interessati si “inverte”, potendo essere quello esecutivo (e quindi il Governo) a sollevare un conflitto di attribuzione nei confronti di quello giudiziario. Che il tema della sicurezza sia stato utilizzato come una sorta di alibi sarebbe testimoniato dal fatto che, a

⁴⁴ I riferimenti testuali sono tratti da R. BIN, *Ancora caso Diciotti*, cit.

⁴⁵ R. BIN, *Halloween!*, cit.

⁴⁶ R. BIN, *Halloween!*, cit.

⁴⁷ Sul punto, v., ad es., F. BAILO, *Il “caso Diciotti”*, cit. Di recente, si può segnalare la comunicazione, del 21 novembre 2018, di dieci *Special Rapporteurs* delle Nazioni Unite con la quale questi ultimi hanno sollevato diversi rilievi in merito alla politica dei porti chiusi, facendo riferimento anche al caso qui in esame (cfr. F. CANCELLARO, *L'Italia è sotto osservazione dell'ONU con riferimento alla criminalizzazione del soccorso in mare, alla politica dei porti chiusi ed al decreto immigrazione e sicurezza. Comunicazione degli “Special Rapporteurs” dell'ONU al Governo italiano*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 marzo 2019, § 6). Si veda, da ultimo, anche la raccomandazione del commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa dal titolo *Lives Saved. Rights protected. Bridging the protection gap for refugees and migrants in the Mediterranean* (al riguardo, v. S. ZIRULIA, *Soccorsi in mare e porti sicuri: pubblicate le raccomandazioni del commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 giugno 2019).

⁴⁸ Cfr. A. MORELLI, *Principio di legalità*, cit., p. 900; P. ZICCHITTO, *Reati ministeriali*, cit., p. 422.

⁴⁹ Sul punto, v., da ultimo, A. CIANCIO, *L'autorizzazione a procedere*, cit., § 5.

fronte di una misura del genere, il Ministro dell'Interno si è mostrato adirato nei confronti di chi ha adottato il suddetto provvedimento di sequestro, volto – fatalmente – proprio ad assicurare quella sicurezza nazionale alla quale l'inquilino del Viminale si è sempre appellato.

6. Considerazioni conclusive

Come si sa, la categoria degli atti “politici” è sfuggente, scivolosa, anche perché la stessa nozione di interesse pubblico è soggetta a continuo mutamento e aggiornamento e non è definibile una volta per tutti: «l'interesse pubblico non è preconfezionato»⁵⁰. Ciò che è interesse pubblico, infatti, è stabilito, in particolare, dalle forze politiche di maggioranza, il che peraltro giustificerebbe l'insindacabilità degli atti in parola e, quindi, la necessità di evitare interferenze da parte del potere giudiziario, sebbene nei limiti che si è detto⁵¹; in ogni caso, appunto, l'insindacabilità non può comunque «sottrarsi ai parametri di ragionevolezza e proporzionalità»⁵². In dottrina, però, non tutti sembrano d'accordo⁵³. Tuttavia, ragionare diversamente farebbe correre il gravissimo rischio di ritenere che «si affermi, di fatto, il principio per cui il “preminente interesse pubblico” legittimi ogni possibile illecito penale»⁵⁴ («compreso il sequestro di persona») e possa «prevalere sui principi fondamentali della Costituzione»⁵⁵; in altri termini, in nome della «*salus rei publicae*» non è possibile «legittim[are] qualsiasi violazione della legalità (penale e persino costituzionale)»⁵⁷, tale principio non essendo invocabile «per sospendere le garanzie costituzionali»⁵⁸.

Chiariti questi aspetti, prima di concludere, non si può fare a meno di ricordare che intanto sono entrati in vigore i c.d. decreti “sicurezza” (n. 113 del 2018 e n. 53 del 2019), entrambi convertiti in legge (l. n. 32 del 2018 e l. n. 77 del 2019); tali fonti (sulle quali sorgono non poche perplessità) non fanno altro che rinforzare la linea intransigente che il Governo “giallo-verde” ha inteso promuovere in tema di immigrazione, inasprendo le misure volte ad arginare gli arrivi dal mare. Occorre rammentare, però, che nei confronti della legge di conversione del secondo dei due decreti, in sede di promulgazione, sono stati sollevati pesanti (ed opportuni) rilievi da parte del Presidente della Repubblica; si attende, pertanto, che essa venga modificata, altrimenti andando incontro – prima o poi – alla scure della Corte costituzionale. Non è certo questa la sede per discutere delle normative in parola, potendo solo manifestare – anche al riguardo – non poche perplessità e preoccupazioni⁵⁹.

Ecco perché, allora, in un Paese nel quale si scambia un atto in violazione dei diritti fondamentali per atto “politico” è necessario prendere opportune “contromisure” (delle

⁵⁰ G. GUZZETTA, *Il caso Diciotti*, cit.

⁵¹ Sul punto, cfr. G. GUZZETTA, *Il caso Diciotti*, cit.

⁵² S. CURRERI, *L'atto politico è sempre insindacabile?*, in *www.lacostituzione.info*, 9 febbraio 2019.

⁵³ G. CERRINA FERONI, *La sindacabilità giudiziaria dell'atto politico. Un'aberrazione costituzionale*, in *www.lacostituzione.info*, 7 febbraio 2019.

⁵⁴ A. MORELLI, *Principio di legalità*, cit., p. 900 (c.vo test.).

⁵⁵ A. MORELLI, *Cosa rischia Salvini? Cosa rischia il Paese?*, in *www.lacostituzione.info*, 25 agosto 2018.

⁵⁶ A. MORELLI, *Cosa rischia Salvini?*, cit.

⁵⁷ A. MORELLI, *Principio di legalità*, cit., p. 900.

⁵⁸ A. MORELLI, *Cosa rischia Salvini?*, cit.

⁵⁹ Cfr. S. ZIRULIA, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 giugno 2019.

quali, invero, la nostra Costituzione già dispone), perché «sulla libertà bisogna vigilare»⁶⁰ (e sulla libertà di tutti!); occorre, in altre parole, vigilare sulla politica (*rectius*, sulla classe politica) perché essa possa essere davvero “umana” ed al servizio della persona, fulcro intorno al quale ruota la nostra Carta costituzionale. L’“uomo politico”, infatti, è (o dovrebbe essere) colui che è «capace di dedicarsi, con una visione universale, al bene incondizionato del prossimo»⁶¹; questo modello, però, appare assai lontano dall’esperienza (almeno nella maggior parte dei casi).

Giunge fino a noi – impietosa – la eco dell’aureo insegnamento di Giorgio La Pira: «lo Stato per la persona e non la persona per lo Stato»⁶² (e – si può aggiungere – di ogni persona). Nel tempo che viviamo, sembra proprio che questa lezione vada ripassata.

ABSTRACT: *Migration and political acts (starting from the “Diciotti” case)*

The paper analyses the management, in Italy, of the migratory phenomenon, starting from the “Diciotti” case in particular. After a brief explanation of the problem, it focuses on the choice of the Minister of the Internal Affairs to “close the ports” (not authorizing the indication of a safe port). The paper examines this behavior can be traced back to the “political” acts, which are unchallengeable. The question arises which measures can be undertaken against such acts, for, although the Government is free as to the purposes pursued and has therefore a certain degree of discretion, its acts can never infringe on fundamental rights, as it appears to have happened in this case.

⁶⁰ Il riferimento, com’è chiaro, è a P. CALAMANDREI, *Discorso sulla Costituzione agli studenti milanesi* (1950).

⁶¹ C.M. MARTINI, *Coscienza contemplativa e azione civile* (1985), ora in ID., *Giustizia, etica e politica nella città*, Firenze 2017, p. 392.

⁶² G. LA PIRA, *Relazione alla Commissione per la Costituzione. I Sottocommissione*.

DIRITTO ALL'IMMIGRAZIONE E PROBLEMATICHE SANITARIE: LE NUOVE FRONTIERE DELL'ACCOGLIENZA

ALBERTO MARCHESE*

SOMMARIO: 1. Premessa: migrazioni e nuove patogenesi, il difficile bilanciamento tra convivenza e accoglienza. – 2. Problematiche sanitarie e tutela della salute pubblica: il quadro normativo di riferimento. – 3. La legislazione vigente in tema di stranieri regolari e irregolari. – 4. Assistenza sanitaria e protezione per gli *asylum seekers*. – 4.1. (segue) e per gli stranieri irregolari temporaneamente presenti. – 5. Nuove forme di protezione a beneficio di apolidi e rifugiati politici. – 6. Conclusioni: quali prospettive per il prossimo futuro?

1. Premessa: migrazioni e nuove patogenesi, il difficile bilanciamento tra convivenza e accoglienza

Nell'ultimo decennio il tema dei flussi migratori si è imposto, con assoluta preminenza, tra gli argomenti principali sul piano della politica italiana e internazionale¹.

Centrale è la questione circa la verifica delle misure adottate in tema di profilassi e assistenza sanitaria, a tutela della salute dei migranti² e della popolazione residente³.

* Ricercatore di Diritto privato, Università di Messina.

¹ Per una prima disamina di ordine generale, cfr. G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli 2007; L. RONCHETTI, *I diritti fondamentali alla prova delle migrazioni (a proposito delle sentenze nn. 299 del 2010 e 61 del 2011)*, in *Rivista AIC*, 2011, 3; G. MOSCHELLA, *Immigrazione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica dello straniero*, Roma, 2016; D. SARDO, *Brevi note sugli sviluppi della legislazione europea in materia di immigrazione irregolare*, in F. RIMOLI (a cura di), *Immigrazione e integrazione dalla prospettiva globale alle realtà locali*, Napoli, 2014, vol. I, p. 585 ss.; A. MORELLI, *Solidarietà, diritti sociali e immigrazione nello Stato sociale*, in *Consulta OnLine*, 3/2018, p. 533 ss. Con specifico riferimento alla condizione giuridico-esistenziale degli stranieri immigrati cfr. A. CIERVO, *I diritti sociali degli stranieri: un difficile equilibrio tra principio di non discriminazione e pari dignità sociale*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI, A. SCHILLACI (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, Napoli, 2011, p. 367 ss.; AA.VV., *Politica e diritti sociali nell'Unione europea. Quale modello sociale europeo?*, a cura di P. GARGIULO, Napoli, 2011; G. BASCHERINI-A. CIERVO, *I diritti sociali degli immigrati*, in C. PINELLI (a cura di), *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, Firenze, 2012, p. 17 ss.; F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, 2013; C. CORSI, *Immigrazione e diritti sociali: il nodo irrisolto del riparto di competenze tra Stato e regioni*, in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNNA (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, 2013, p. 229 ss.; ID., *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2014, 3, 24 ottobre 2014.

² Sulla fondamentale distinzione, non solo terminologica, fra "migranti" e "immigrati" cfr. le puntuali indicazioni di A. RUGGERI, *I diritti fondamentali degli immigrati e dei migranti, tra la linearità del modello costituzionale e le oscillazioni dell'esperienza*, in *Consulta OnLine*, 2017, 2, 12 luglio 2017, p. 364 ss.; ID., *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, in *Osservatorio AIC*, 2018, 2, 9 luglio 2018, p. 1 ss.

³ Da un punto di vista medico-epidemiologico, il quadro emergente dall'analisi della popolazione immigrata, stanziata nel nostro Paese, risulta fortemente condizionato da dinamiche di selezione, soprattutto nelle fasi iniziali e finali del progetto migratorio, oltre che da processi di integrazione sociale e di relazione con i servizi sanitari. La dinamica di selezione cui ci si riferisce consiste nell'osservazione che il fenomeno migratorio in atto riguarda persone in condizioni di salute normalmente più che buone e di giovane età; atteso che la

Il tema dell'accoglienza dei migranti⁴ è, infatti, spesso affrontato sulla base di approcci emotivi, basati su pregiudizi di ordine morale, etico o religioso. E questo approccio risulta addirittura amplificato se solo si pone mente ai differenti profili medico-sanitari che caratterizzano il fenomeno migratorio.

Come si avrà modo di argomentare, assai di frequente alcuni "luoghi comuni" - sintomatici di una vera e propria "paura del diverso"⁵ - si scontrano con le risultanze della scienza. In particolare, è il caso di sottolineare quanto sia infondato il timore di una diffusione incontrollata di malattie infettive⁶.

tendenza individuale a porre in atto l'atto migratorio (indipendentemente dalle cause che la motivano) è strettamente correlata ad eventuali cattive condizioni di salute. Bisogna considerare inoltre che le condizioni in cui si realizza il viaggio migratorio costituiscono un ulteriore fattore di selezione dei migranti: in generale, solo gli individui non affetti da malattie hanno buone probabilità di poter arrivare sane e salve a destinazione.

⁴ Secondo i dati del Ministero dell'Interno, al 2 novembre 2017 sono sbarcati in Italia 111.552 migranti. Nel 2016 gli sbarchi erano giunti alla cifra di 181.436, a cui devono essere aggiunti i 153.842 sbarcati nel 2015 e i 170.100 nel 2014, per un totale di 616.930 persone approdate negli ultimi 4 anni. Al 27 ottobre 2017, 190.719 migranti risultavano ospiti del sistema nazionale di accoglienza (di questi 166.403 presso i centri di prima accoglienza e gli altri 24.316 presso gli SPRAR). In questo inizio d'anno, le prime quattro nazionalità dichiarate allo sbarco sono Nigeria, Guinea, Costa D'Avorio e Bangladesh, configurando una mutazione degli arrivi rispetto agli anni precedenti. Gli eritrei, ad esempio, che nel 2015 risultavano al primo posto tra i Paesi di provenienza (con il 27% del totale), rappresentano quest'anno circa il 5% degli sbarcati. Riguardo ai minori stranieri non accompagnati, vi è stato un incremento significativo degli arrivi in Italia, con un numero di 25.846 persone nel 2016. Al 31 ottobre 2017, i minori stranieri non accompagnati che risultano sbarcati dall'inizio dell'anno risultano 14.579. In generale, la popolazione straniera è molto giovane (età media sotto i 34 anni), anche se con notevoli differenze tra i diversi gruppi di cittadinanza. In generale, la quota di ragazzi fra 0 e 14 anni fra gli stranieri è superiore di 5 punti percentuali a quella che si riscontra fra gli italiani della stessa fascia d'età. Al contrario, le persone con 65 anni e più tra gli stranieri hanno un'incidenza di poco superiore al 3 per cento, mentre nella popolazione italiana pesano per quasi il 24 per cento.

⁵ Si leggano, a tal proposito, le considerazioni di A. RUGGERI, *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, cit., p. 12 s. secondo cui: «La crisi economica, da un canto, e, dall'altro, l'emergenza terroristica hanno alimentato in larghi strati della società e consistenti forze politiche un atteggiamento scomposto di reazione, di chiusura a riccio in nome di un malinteso nazionalismo esasperato e di un'identità costituzionale che si vede essere minacciata dalle migrazioni di massa, un atteggiamento che ha la sua emblematica rappresentazione in un indirizzo volto a negare a chi viene da fuori l'appagamento di bisogni elementari necessari alla stessa sopravvivenza. Come dire, insomma, che condizioni di contesto sfavorevoli dovrebbero portare all'effetto di non riconoscere alcuni diritti fondamentali, a partire dallo stesso diritto alla vita (lo slogan "ributtiamoli a mare", che purtroppo potrebbe – ahimè – presto divenire pratica quotidianamente ricorrente, riassume meglio di ogni altra descrizione questo stato di cose)».

⁶ Le evidenze epidemiologiche mettono in luce il fatto che l'incidenza delle patologie infettive di importazione è rimasta nel tempo del tutto trascurabile, nonostante l'aumento del numero di migranti provenienti da paesi in cui la prevalenza delle malattie trasmissibili è molto più alta che in Italia (i cui rischi di trasmissione alla popolazione ospite rimangono a tutt'oggi trascurabili, in assenza di vettori specifici e/o delle condizioni socioeconomiche favorevoli la loro diffusione). Vi sono, peraltro, evidenze che l'effetto migrante sano esiste anche tra i profughi che sbarcano sulle coste italiane. In questo senso militano i dati della sorveglianza sindromica effettuata dall'Istituto Superiore di Sanità, dal progetto europeo CARE e da altre rilevazioni epidemiologiche condotte a Lampedusa e a Trapani, per quanto riguarda gli *hotspot*, così come a Roma sui migranti in transito. I dati raccolti in un osservatorio privilegiato, sotto il profilo degli sbarchi, quale quello di Catania, vanno nella stessa direzione. Nel periodo gennaio-dicembre 2016, sono sbarcati 17.989 migranti e le sindromi riscontrate sono state prevalentemente febbrili (510) o di tosse/febbre (191). Le malattie infettive registrate sono state 19 casi di tubercolosi polmonare e 4 casi di tubercolosi extra polmonare, 11 polmoniti batteriche, 11 gastroenteriti, 8 episodi di varicella, 3 di schistosomiasi, 2 infezioni da HIV, un episodio di pielonefrite e uno di spondilodiscite. Anche nel 2017 l'andamento è analogo. Gli sbarchi nel periodo gennaio-settembre sono stati 15.789 e le malattie infettive registrate sono state 22 casi di tubercolosi polmonare e 4 extra polmonari, 8 polmoniti batteriche, 6 di varicella, 6 di schistosomiasi, 4 infezioni da HIV, 2 cirrosi da epatite B, 2 sepsi, 2 episodi di malaria, 2 shigelliosi e un caso di scabbia impetiginizzata. Anche i dati della sorveglianza

Se, da un lato, l'esponenziale aumento, nel nostro Paese, dei flussi migratori – e, dunque, di una potenziale emergenza sanitaria – pone, dal punto di vista etico e giuridico, delicati problemi in ordine alla revisione ed all'adattamento dei protocolli terapeutici, dall'altro lato, è compito del legislatore armonizzare le regole di base⁷ per favorire un dialogo costruttivo all'interno di un contesto relazionale nel quale medico e paziente risultano appartenere ad ambiti culturali profondamente diversi, per non dire radicalmente distonici.

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

Mancando il presupposto di un naturale “patto sociale” tra chi soffre e chi è deputato a somministrare la cura appropriata, diventa opportuno sperimentare tecniche e modalità di approccio innovative e, a ben vedere, non convenzionali⁸.

sindromica effettuata dall'I.S.S. su circa 5 mila ospiti di centri di accoglienza, tra maggio 2011 e giugno 2013, hanno evidenziato solo 20 “allerte statistiche”, tra cui 8 casi di scabbia, 5 sindromi respiratorie febbrili, 6 gastroenteriti e 1 caso di sospetta tubercolosi polmonare. Analogamente, l'esperienza maturata dall'INMP a Lampedusa e a Trapani non ha evidenziato gravi malattie infettive e diffuse, ma comuni affezioni dermatologiche facilmente curabili, quali scabbia, pediculosi, impetigine e dermatite da contatto. Infine, rilevazioni epidemiologiche condotte negli ultimi tre anni a Roma nell'ambito di un piano di assistenza sanitaria su profughi in transito verso Paesi nordeuropei, messo in atto dalle ASL Roma A e Roma B in collaborazione con diverse organizzazioni del privato sociale, confermano i dati della sorveglianza sindromica dell'I.S.S. Tutte le evidenze segnalate, pertanto, concorrono a delineare il profilo di una popolazione del tutto estranea agli “esotismi sanitari”. La “Sindrome di Salgari”, ossia lo stereotipo del migrante “untore”, pericolosa fonte di malattie, specie di tipo infettivo, non è oggi supportata da alcuna evidenza scientifica derivabile da studi epidemiologici formali o da sorveglianze sanitarie. È indubbio però che a questo riguardo le condizioni possano mutare nel tempo, in relazione ai numerosi fattori che caratterizzano il fenomeno migratorio sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo e che sia necessario avviare un processo formale di sorveglianza attiva e specifica sulle malattie trasmissibili nei migranti. Per ulteriori approfondimenti sul tema cfr. la *Relazione sulla tutela della salute dei migranti e della popolazione residente* approvata nella seduta dell'8 novembre 2017 e comunicata alla Presidenza della Camera dei deputati l'8 novembre 2017 da parte della *Commissione Parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza, di identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattamento dei migranti e sulle risorse pubbliche impegnate* - in *Atti Parlamentari XVII Leg.*, doc. XXII bis, n. 15. Cfr., altresì, M. IMMORDINO, *La salute degli immigrati tra “certezza” del diritto e “incertezza” della sua effettività*, in *Nuove aut.*, 2013, 2-3, p. 197 ss.; M. DE MASI, *L'erogazione delle prestazioni sociali agli immigrati: il diritto all'istruzione e il diritto alla salute*, in F. RIMOLI (a cura di) *Immigrazione e integrazione. Dalla prospettiva globale alle realtà locali*, I, cit., p. 106 ss.; ed *ivi*, A. DE PRETIS, *Il diritto alla salute degli immigrati irregolari in ordinamenti decentrati: una prospettiva comparata*, p. 147 ss.; G. VOSA, *‘Cure essenziali’. Sul diritto alla salute dello straniero irregolare: dall'auto-determinazione della persona al policentrismo decisionale*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 2, p. 721 ss.; L. MEZZETTI, *I sistemi sanitari alla prova dell'immigrazione. L'esperienza italiana*, in *Rivista Aic*, 2018, 1, 12 marzo 2018.

⁷ Non va trascurato che i recenti svolgimenti della classificazione dei sistemi normativi in “famiglie giuridiche” muovono dall'osservazione che l'esperienza giuridica globale presenta tre modelli di organizzazione sociale (un modello basato sulla regola dettata dalla tradizione, un secondo caratterizzato dall'incidenza del programma politico ed un terzo fondato sulla norma giuridica), con la conseguenza che è possibile individuare altrettante famiglie giuridiche in ragione della prevalenza di un dato modello rispetto agli altri due; formulano questa classificazione U. MATTEI e P.G. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1997, p. 52 ss.

⁸ Sulla polimorfia dei vari approcci relazionali e terapeutici, cfr. I. CAVICCHI, *Pluralismo o Babele medica? Chi, come e che cosa scegliere per curarsi*, in AA.VV., *Medicina e Multiculturalismo. Dilemmi epistemologici ed etici nelle politiche sanitarie*, Bologna, 2000, pp. 63-84; F. MANTI, *Bioetica e Tolleranza. Lealtà morali e decisione politica nella società*

Si rende così necessaria, una più articolata riflessione – gnoseologica e pluridisciplinare – che interessi, sotto differenti profili, le segnalate criticità terapeutico-relazionali.

Vi è, sotto questo aspetto, una lunga serie di intuitivi livelli d'incomprensione⁹, alcuni dei quali d'immediata percezione, come quello legato alle diversità linguistiche, ed altri, più complessi, perché legati ad aspetti diversi e non usuali nel mondo sanitario.

In tale ambito, l'incontro con "l'altro" innesca veri e propri "cortocircuiti relazionali" dipendenti, oltre che da diversità nosologiche e culturali specifiche¹⁰ (ad esempio malattie rare o poco conosciute e differenti impostazioni etico-religiose), da una profonda discontinuità dei modelli organizzativi¹¹ propri della medicina occidentale.

Il fenomeno evidenziato è così sinteticamente riassumibile: da un lato, vi è l'utilizzo, talvolta inconscio e comunque smodato, di protocolli comportamentali d'indagine diagnostica che non tengono conto della specifica espressione della malattia in un contesto relazionale e culturale diverso; vi è poi, una sorta di *metus intellectualis* rispetto a patologie

pluralista, Napoli, 2000, pp. 93-97; ed ancora, per ulteriori spunti di riflessione, fra medicina non convenzionale e tutela della salute dei migranti cfr. P. LILLO, *Il diritto alla salute degli immigrati: libertà fondamentale o diritto sociale?*, in *Justitia*, 50, 1997, III, pp. 315-327; R.A. LOPEZ, *Use of alternative folk medicine by Mexican American women*, in *Journal of Immigrant Health*, 7, 2005, 1, pp. 23-31.

⁹ Precipui *topoi*, forieri di una certa "confusione interpretativa" nella relazione medico-paziente, sono quelli essenzialmente legati alla sfera della comunicazione. Ad un primo livello vi è quello che si potrebbe definire il *topos* prelinguistico, legato cioè alle difficoltà di comunicazione in senso stretto e che caratterizza tutti gli esseri umani allorquando essi devono spiegare ad altri problematiche inerenti al proprio stato di salute ed alla propria interiorità; ad un secondo livello, invece, il *topos* è tecnicamente di matrice linguistica, legato alle differenti varianti semantiche proprie dei vari linguaggi e comunque collegato ad evidenti diversità del riferimento concettuale nel lessico di provenienza; vi è, infine, ad un terzo livello, il *topos* metalinguistico, connesso all'arbitraria assunzione di un determinato valore simbolico attribuito a determinate patologie. Altri profili problematici sono quelli che riguardano taluni aspetti di matrice relazionale e che sono riferiti a più significative differenze ideologiche e antropologiche. È questo il caso della differente cultura di base del migrante che talvolta lo porta a rifiutare apoditticamente qualsiasi approccio terapeutico di matrice occidentale così come a sviluppare una sorta di idiosincrasia per tutto ciò che non sia da lui direttamente conosciuto (o facilmente conoscibile) o risulti comunque divergente rispetto ad un determinato credo filosofico o religioso, si pensi, ad esempio, al rifiuto per il paziente di origine mussulmana di sottoporsi a determinate cure mediche in periodo di Ramadan. Sul principio di autodeterminazione e sulle "divergenze euristiche" in ambito sanitario, cfr. F. MANTOVANI, *Caso Eluana Englaro e inquietudini giuridiche*, in *Justitia*, 2009, n. 1, pag. 7-11; ed ancora, M. PALMARO, *Eutanasia: diritto o delitto? Il conflitto tra i principi di autonomia e di indisponibilità della vita umana*, Torino, 2012; G. DALLA TORRE, *Bioetica e diritto*, Torino 1993, R. ELEFANTE, *Medical futility. Profili etico-deontologici e giuridici*, Napoli, 2008.

¹⁰ Sul rapporto intercorrente tra la formazione culturale (del singolo individuo) e la matrice etico-religiosa (del gruppo di appartenenza) si rinvia alle sempre attuali considerazioni di P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, III, 1, 2017, p. 165 ss. Per una ricostruzione critica del fenomeno sia consentito il rinvio al nostro *Libertà religiosa e diritto all'identità culturale: profili civilistici*, in *Quaderni dir. pol. eccl.*, 2017, 3, pp. 1009-1017; cfr., altresì, F. FINOCCHIARO, *sub Art. 19*, in *Commentario della Costituzione Branca*, consultabile con aggiornamenti in ID., *Confessioni religiose e libertà religiosa nella Costituzione. Art 7- 8 – 19-20*, Bologna-Roma, 1976; G. ANELLO, *Tradizioni di giustizia e Stato di diritto*, I, *Religioni, giurisdizione e pluralismo*, Napoli, 2011, pp. 61-139; P. CONSORTI, *Conflitti, mediazione e diritto interculturale*, Pisa, 2013, pp. 207-2015; C. PICIOCCHI, *La libertà terapeutica come diritto culturale. Uno studio sul pluralismo nel diritto costituzionale comparato*, Padova, 2006, pp. 231-233; M. D'ARIENZO, *Le sfide della multiculturalità e la dimensione religiosa*, in F. ABBONDANTE-S. PRISCO (a cura di), *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza*, Napoli, 2015, p. 45 ss.

¹¹ Cfr. D. MESSINEO, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino, 2012; G. VOSA, *'Cure essenziali'. Sul diritto alla salute dello straniero irregolare: dall'autodeterminazione della persona al policentrismo decisionale*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 2, p. 721 ss.

poco studiate e, pertanto, carenti di collaudate tecniche d'intervento terapeutico; ancora, si registra la volontà di supplire a tali deficit per il tramite di automatismi sanitari, talvolta assolutamente stereotipati.

Tutto ciò porta l'interprete¹² a ricercare all'interno del rapporto terapeutico medico-paziente, la chiave di volta per la risoluzione di siffatte questioni. In una prospettiva antropologica, prima ancora che giuridica, tanto le aspettative degli utenti quanto quelle degli operatori sanitari meritano di essere valorizzate dal tema d'indagine.

In un primo momento, non è raro percepire lo straniero come se fosse esso stesso un potenziale "agente patogeno", frutto di una vita disagiata, in un contesto ambientale malsano, curato da sempre in maniera "inadeguata" o comunque "non conforme" ai canoni della moderna medicina¹³; in secondo luogo, il medico occidentale sarà inconsciamente portato a dar seguito a indagini sempre più sofisticate, volte alla ricerca di una "sicura" malattia esotica occulta e poco conosciuta, incentivando l'approccio terapeutico ad una medicina ipertecnologica e strumentale.

Alla paradossale ambiguità di un operatore medico che desidera prestare soccorso ma non vuol perdere tempo, si contrappone l'atteggiamento del migrante che genera conflitti relazionali: l'immigrato non ha infatti ancora spezzato tutti legami col suo passato, ma non ha parimenti metabolizzato la cultura del paese ospitante¹⁴.

Da tale complessa interazione di fattori nasce una sorta di perenne "equilibrio dinamico del migrante", che tende a spostare il proprio baricentro verso l'adesione ad una cultura "occidentale", non del tutto condivisa o condivisibile.

In questo contesto, la società di accoglienza, nel nostro caso quella italiana, riesce ad imporre notevoli pressioni selettive di carattere economico e sociale che portano ad

¹² Sul ruolo dell'interprete quale mediatore e risolutore delle malcelate antinomie del sistema cfr. R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007, p. 141; in generale, il tema della laicità del diritto e della sua interpretazione è oggigiorno talmente avvertito nelle esperienze occidentali da fare ingresso anche nella letteratura delle istituzioni del diritto privato, tra cui esemplarmente G. ALPA, *La persona fisica*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2006, spec. p. 257 ss.; riflessioni sul valore della laicità dell'interprete nell'attività del gius-privatista si ritrovano in L. BALESTRA, *Laicità e diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 13 ss.; ed ancora, la raccolta di saggi di S. RODOTÀ, *Perché laico*, Roma-Bari, 2009; in una prospettiva che coinvolge la riflessione politico-filosofica si collocano viceversa taluni contributi orientati a rivedere criticamente la relazione dicotomica tra secolarismo e multiculturalismo, in argomento cfr. B. BHANDAR, *The Ties That Bind: Multiculturalism and Secularism Reconsidered*, in *J. of Law and Society* 36 (2009), p. 301 ss. È questo un tema complesso e denso d'implicazioni sistematiche sul quale possono leggersi le pagine di P. RESCIGNO, *Laurea ad honorem conferita dalla Facoltà giuridica dell'Università di Roma «La Sapienza» a Sua Santità Giovanni Paolo II. La laudatio di un giurista laico*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 395 ss.

¹³ L'idea, suggestiva ma non persuasiva, rimanda al mito del "migrante-buon selvaggio" di rousseauiana memoria, povero e malato, che attende di essere finalmente curato alla luce dei più moderni canoni della scienza medica. Il che dà vita ad una preoccupante contraddizione: quella di una medicina sofisticata ma distante, tecnicamente precisa, nelle acquisizioni scientifiche e nelle aspettative che genera, ma drammaticamente debole nelle risposte concrete alle aspettative dei bisogni umani.

¹⁴ In argomento, si veda per una prospettiva comparatistica: H.R. DOYLE, *Reinventare la morte: dal coma depassé ai criteri dell'Harvard Ad Hoc Committee*, Roma, 2012; I. LÉVY, *La religion à l'hôpital*, Paris, 2004, spec. pp. 185-224; M. RICCA, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Palermo 2012, pp. 387-421; N.A. KIRKWOOD, *A Hospital Handbook on Multiculturalism and Religion*, Harrisburg, 1993, spec. pp. 5-97; G. ANELLO, *Multiculturalità, "diritti" e differenziazioni giuridiche: il caso dei trattamenti sanitari*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., aprile 2013, pp. 1-15; C.E. COCHRAN, *Religious Traditions and Health Care Policy: Potential for Democratic Discourse?*, in *Journal of Church and State*, 39, 1997, 1, pp. 15-35; D.M. CRAIG, *Health Care as a Social Good. Religious Values and American Democracy*, Washington, 2014.

identificare il migrante, alternativamente o cumulativamente, con un povero sventurato, un perdigiorno o un delinquente del terzo mondo.

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

Il fenomeno è di facile percezione, oltre che all'interno di contesti di cura privati e pubblici, anche con riferimento alle scelte di politica sanitaria relative al fenomeno migratorio¹⁵: è questo il caso dei controlli sanitari alle frontiere, dei test obbligatori per stranieri, e dell'estensibilità della sanità pubblica agli immigrati in assenza, tuttavia, di un adeguato *maquillage* giuridico-normativo che ne consenta, in concreto, la fruibilità. Il riferimento è all'inadeguatezza dei corrispondenti *itinerari* amministrativi, invero molto complessi, al problema della stabilizzazione della residenza, alla temporaneità dei permessi di soggiorno, alla quasi assoluta discrezionalità che caratterizza l'applicazione di talune norme di settore.

Il "contatto sociale" medico-paziente si dimostra, in questo contesto, particolarmente irto di ostacoli.

E per converso sembra nascere una medicina diversa da quella tradizionale – diremmo, propriamente "multiculturale"¹⁶ prima ancora che semplicemente transculturale –

¹⁵ La questione è, sul punto, particolarmente complessa anche alla luce delle altalenanti pronunce giurisprudenziali della Corte EDU. Difatti, l'approccio della Corte è su tali profili alquanto conservativo vuoi perché frutto di una giurisprudenza che ha spesso evocato la tutela del diritto alla salute per proteggere i migranti da provvedimenti di espulsione e dai respingimenti, vuoi perché aumentare in maniera esponenziale la tutela nei confronti dei migranti e degli stranieri malati sarebbe il primo passo verso una piena legittimazione della c.d. "immigrazione medica". Per tali ragioni, finora, i giudici di Strasburgo hanno applicato uno *standard* di tutela alquanto ridimensionato riconoscendo, nei fatti, che l'espulsione di persone malate non è causa, di per sé stessa e isolatamente considerata, di una violazione diretta dei diritti convenzionalmente garantiti dall'art. 2, dall'art. 3 e dall'art. 8 Cedu. Si rinvia, senza pretesa di esaustività, alle conclusioni rassegnate nelle seguenti pronunce: Corte EDU, *Hirsi Jamaa e altri v. Italia*, ricorso n. 27765/09, sentenza del 23 febbraio 2012, spec. par. 108; Corte EDU, *Lopes de Sousa Fernandes v. Portogallo*, ricorso n. 56080/13, sentenza del 19 dicembre 2017; Corte EDU, *D. v. Regno Unito*, ricorso n. 30240/96, sentenza del 2 maggio 1997; Corte EDU, *Valašinas v. Lituania*, ricorso n. 44558/98, sentenza del 24 luglio 2001, spec. par. 117; Corte EDU, *S.J. v. Belgio*, ricorso n. 70055/10, sentenze del 27 febbraio 2014 (IV Sezione) e del 19 marzo 2015 (Grande Camera); In direzione parzialmente distonica, nel senso di una maggiore apertura della Corte alla piena valorizzazione della tutela della salute come causa ostativa ai provvedimenti di espulsione, cfr. Corte EDU, *Jabari v. Turchia*, ricorso n. 40035/98, sentenza dell'11 luglio 2000; Corte EDU, *A. A. v. Francia*, ricorso n. 18039/11, sentenza del 15 gennaio 2015; Corte EDU, *M.S.S. v. Belgio et Grecia*, ricorso n. 30696/09, sentenza del 21 gennaio 2011; nonché la celeberrima Corte EDU, *Soering v. Regno Unito*, ricorso n. 14038/88, sentenza del 7 luglio 1989, spec. par. 89-91, in cui i giudici hanno sancito il divieto assoluto di estradizione in paesi in cui il ricorrente avrebbe potuto essere sottoposto a pena di morte.

¹⁶ Le problematiche poste dalla progressiva formazione della "società multiculturale" intersecano trasversalmente le diverse partizioni del diritto dando seguito ad una letteratura talmente ampia e disarticolata che, per ovvie ragioni di brevità, non è possibile in questa sede vagliare compiutamente. Si ritiene preferibile segnalare quei contributi che hanno fornito i principali spunti per un inquadramento del tema in una prospettiva di ordine generale: E. JAYME, *Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, p. 295 ss.; per una recente riflessione sulla legislazione inglese in materia di matrimoni forzati o concordati M. ENRIGHT, *Choice, Culture and the Politics of Belonging: The Emerging Law of Forced and Arranged Marriage*, in *MLR*, 2009, p. 331 ss.; con specifico riferimento all'esperienza tedesca, E. HILGERDOF, *Strafrecht und Interkulturalität*, in *JZ*, 2009, p. 139 ss.; sempre con riferimento alla dottrina tedesca H. KRONKE, G. REINHART, N. WITTERBERG, *Islamisches und arabisches Recht als Problem der Rechtsanwendung*, Francoforte sul Meno, 2001; sui modelli di governo della società multiculturale sperimentati nel diritto canadese, M. ROHE, *Muslimische Identität und Recht in Kanada*, in *RabelsZ*, 2008, p. 459 ss.; con

una medicina sempre più sensibile ed attenta ai problemi relazionali, una medicina dove poco o nulla viene dato per (conosciuto e) scontato, dove ciò che non viene esplicitato non viene immediatamente colmato da un autoctono *imprinting* culturale; dove la malattia del migrante è un'occasione di scoperta e di conoscenza; dove cioè la sfera della medicina incontra quella del sociale in uno spirito collaborativo foriero di risvolti inediti e inaspettati. Un campo, questo, dove è possibile sperimentare e valorizzare le competenze degli immigrati, unitamente al loro patrimonio (umano e) culturale¹⁷.

I brevi cenni fatti finora, consentono una percezione più corretta delle numerose implicazioni e problematiche sottese al problema della cura del paziente immigrato: dalla formulazione di una diagnosi corretta, all'ottenimento del consenso informato¹⁸ fino al raggiungimento di un accettabile livello di prestazione terapeutica e del relativo decorso.

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

L'opportunità di utilizzare figure che possano facilitare la relazione terapeutica consente di guardare con relativo ottimismo alla così detta "mediazione interculturale"¹⁹, da intendersi non come semplice traduzione linguistica (funzione d'interpretariato tradizionale), ma come vera e propria "traduzione culturale"²⁰, ove il mediatore è chiamato

specifico riferimento agli aspetti processuali H.P. SCHROEDER, *Die Anwendung der Scharia als materielles Recht im kanadischen Schiedsverfahrensrecht*, in *IPRax*, 2006, p. 77 ss.; per una ricostruzione orientata a considerare i possibili effetti sui caratteri degli ordinamenti di diritto positivo P. RESCIGNO, *Pluralità di culture ed unicità dell'ordinamento giuridico: i problemi di una società multirazziale*, in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, vol. III, Padova, 1999, p. 147 ss.

¹⁷ Sul punto, cfr. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Condizione giuridica dello straniero e legalità costituzionale*, in P. PERLINGIERI-S. GIOVA (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Napoli, 2018, p. 477 ss.

¹⁸ Cfr. G. CASCIARO-P. SANTESE, *Il consenso informato*, Milano, 2012. Per una visione di sintesi G. FERRARO, *Informazione e consenso in sanità*, in S.ALEO, R. DE MATTIS, G. VECCHIO (a cura di), *La responsabilità in ambito sanitario*, Padova, 2014, pp. 373-427.

¹⁹ Sulle intime contraddizioni e sui possibili diversi significati attribuibili alla locuzione "mediazione interculturale" anche in ragione della crescente presenza di una pluralità di culture all'interno di uno stesso ordinamento, cfr. P. RESCIGNO, *Diritto privato futuro*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 740 ss. Sulla divergenza di opinioni in merito al significato d'attribuire al concetto di tradizione giuridica e tradizione culturale si v. A. SOMMA, *Giochi senza frontiere – I comparatisti e la tradizione dallo storicismo al post-moderno*, in *Festschrift für Erik Jayme*, vol. II, 2004, Monaco, p. 1377 ss.; mentre per una decostruzione del concetto P.G. MONATERI, *Caio negro. Una ricerca sulle origini multiculturali della "Tradizione Giuridica Occidentale"*, in *Hast. Law J.*, 1999, p. 1 ss. Secondo altra interpretazione, invece, il riferimento alla tradizione giuridica occidentale è adottato nel senso che convenzionalmente le attribuisce la letteratura manualistica, e cioè d'indicare un'area dell'esperienza giuridica all'interno della quale il diritto viene concepito come relativamente autonomo rispetto alla religione e alla politica; in questa direzione cfr. A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2002, p. 63 ss. Per ulteriori notazioni attinenti al tema della interculturalità in senso lato cfr. L. D'ANDREA, *Diritto costituzionale e processi interculturali*, in *Forumcostituzionale.it*, 29 aprile 2009; V. BALDINI, *La società multiculturale come "questione" giuridica*, in *Gruppodipisa.it*, 15 febbraio 2011; A. RANDAZZO, *Ruolo genitoriale e società interculturale*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di) *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli 2014, p. 401 ss.; S. BONFIGLIO, *Per una teoria interculturale dei diritti fondamentali e della Costituzione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1, 2016, p. 119 ss.

²⁰ È oggi più che mai necessario valorizzare adeguatamente gli sforzi di quelle Istituzioni che, in maniera assolutamente lungimirante, tentano di promuovere una nuova "cultura" dell'approccio con "l'altro" che non

a conoscere, comprendere ed esplicitare al medico curante non solo le sensazioni del paziente ma altresì le sue aspettative in termini di cura attesa e guarigione sperata.

Proprio in questo peculiare ambito d'indagine, il profilo del mediatore culturale parrebbe poter esprimere al meglio la sua funzione e dar ragione della sua poliedrica complessità.

2. Problematiche sanitarie e tutela della salute pubblica: il quadro normativo di riferimento

Sotto il profilo strettamente giuridico, la tutela della salute di ogni essere umano risponde ad un'intima esigenza di solidarietà umana²¹ e, al tempo stesso, ad una logica di prevenzione della salute pubblica e di salvaguardia della dignità²² di ogni singolo individuo.

è più, semplicemente, “il diverso” bensì un individuo in carne ed ossa da comprendere e con il quale interagire in maniera complessa. In questa logica si muove, da ultimo, lo sforzo programmatico di taluni nuovi corsi di laurea, idonei a formare competenze e professionalità nell'ambito della mediazione interculturale. Si pensi ai corsi universitari finalizzati alla formazione di figure altamente specializzate nel campo dell'intercultura e della coesione sociale europea. Questi percorsi universitari si prefiggono di fornire agli studenti le competenze e le capacità, non solo linguistiche, ma altresì socio-assistenziali, pedagogiche, economiche e giuridiche, necessarie ad interagire con le culture e le popolazioni dei Paesi del Bacino del Mediterraneo o permeati delle civiltà che in esso hanno avuto origine (come i Paesi ispano-americani), nella prospettiva di uno sviluppo delle relazioni sociali interculturali e multietniche e della eliminazione di situazioni di disagio, riferite a singoli come pure a gruppi e comunità anche di immigrati. I laureati possono trovare sbocchi occupazionali nelle strutture di servizio alla persona, frutto di iniziative della società civile (volontariato, enti no profit, organizzazioni non governative) o emanazione di istituzioni pubbliche nei settori scolastici, assistenziali, giudiziari, sanitari, nelle reti di scambi commerciali e turistici, negli ambiti della formazione e della ricerca.

²¹ Con specifico riferimento al tema degli “obblighi di prestazione” connessi alla più ampia esplicitazione del principio di solidarietà cfr. A. RUGGERI, *Cittadini, immigrati e migranti, alla prova della solidarietà*, in *Dir. immigrazione e cittadinanza*, 2019, 2, pp. 1-32, spec. p. 24 ss., ove l'A. espressamente discorre di “accoglienza” e “integrazione” interrogandosi su quali siano le “prestazioni di solidarietà” attese dagli immigrati e quelle che dagli stessi si attendono, viceversa, i cittadini in occasione della emersione di conflitti di natura interculturale sostenendo che «[u]na delle più emblematiche e impegnative prestazioni di solidarietà è [...] quella che (non già tollera ma di più) favorisce il mantenimento da parte degli immigrati della loro identità culturale, allo stesso tempo sollecitandoli a prestare la massima attenzione nei riguardi della nostra. La soluzione ottimale è, poi, quella che può esser fatta propria specialmente dalle generazioni più giovani, tanto più se composte da coloro che sono nati nel nostro territorio o vi sono pervenuti in tenera età, e che si concreta nell'acquisizione di una doppia identità culturale, quella di origine e l'altra del Paese in cui si trovano: un Paese originariamente visto come “ospitante” e quindi sentito anche come proprio». Per ulteriori notazioni, cfr. M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 208 ss.; ID., *Costituzione italiana: articolo 12*, Roma, 2018, p. 9 ss.; A. ALGOSTINO, *I diritti politici dello straniero*, Napoli, 2006; G. AZZARITI, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 2, p. 425 ss.; E. CONDINI, *La cittadinanza. Uno studio sulla disciplina italiana nel contesto dell'immigrazione*, Torino, 2017; mentre, per quanto concernegli orientamenti della giurisprudenza (costituzionale) spagnola, v. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Il contenuto essenziale dei diritti costituzionali e il regime giuridico dell'immigrazione in Spagna*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2018, 1, p. 33 ss.

²² Su cosa sia da intendere per dignità dell'uomo con specifico riferimento alle cure mediche - specie nella fase terminale dell'esistenza - se ne discorre da tempo e con diversità di vedute: sul punto cfr. V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, p. 93 ss.; V. PAGLIA, *Sorella morte. La dignità del vivere e del morire*, Milano 2017; G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014; S. GAMBINO, *Diritto alla vita, libertà di morire con dignità, tutela della salute. Le garanzie dell'art. 32 della Costituzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2011; L. RISICATO, *Dal “diritto di vivere” al “diritto di morire”. Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalista*, Torino 2008. Di diritto a un'esistenza dignitosa come “diritto pregiudiziale” a

Siffatta impostazione è presente nella nostra Costituzione il cui art. 32 dispone: «La Repubblica Italiana tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»²³.

Inoltre, l'art. 2 Cost. sancisce il rispetto dei “diritti inviolabili dell'uomo” nonché “l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”; sicché la Costituzione stabilisce il principio del diritto alla tutela della salute²⁴, diritto riconosciuto a tutti gli individui, siano essi cittadini italiani o altri soggetti comunque presenti nel nostro territorio.

È tuttavia nelle pieghe della legislazione speciale che deve ricercarsi il più opportuno bilanciamento tra esigenze di prevenzione e tutela e “valorizzazione”²⁵ dei diritti umani.

Punto di partenza obbligato, sotto questo aspetto, è l'analisi delle differenti tipologie di permessi che legittimano il cittadino straniero alla fruizione dei servizi di pubblica utilità erogati dallo Stato italiano.

poter usufruire di altri diritti discorre M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli 2012, p. 200 ss. Pressoché obbligatorio, sul punto, il riferimento a S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bologna-Roma, 2013; P. PERLINGIERI, *I valori e il sistema ordinamentale “aperto”*, in *Rassegna di diritto civile*, 2014, p. 1 ss. e, da ultimo, ad A. RUGGERI, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consulta OnLine*, 2/2018, 3 giugno 2018, p. 392 ss.

²³ In argomento, senza pretesa alcuna di esaustività, cfr. L. CHIEFFI, *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Torino, 2003; A. D'ALOIA, *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005; E. BALBONI, *Scienza medica e diritto costituzionale*, in *Justitia*, 2006, p. 15 ss. E, per una ricostruzione dogmatica del diritto in esame, alla luce del quadro costituzionale vigente, D. MORANA, *La salute nella Costituzione Italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002; M. LUCIANI, *Diritto alla salute (dir. Cost.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1989, vol. XI, pp. 1-14; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Sub art. 32*, in *Commentario alla Costituzione Bifulco-Celotto-Olivetti*, Torino, 2006, vol. I, pp. 655-674; C. TRIPODINA, *Sub art. 32*, in *Commentario breve alla Costituzione Bartole-Bin*, Padova, 2008, pp. 321-332; V. ZAGREBELSKY, *Un'introduzione al diritto fondamentale alla salute*, in C. BOTTARI, L.S. ROSSI (a cura di) *Sanità e diritti fondamentali in ambito europeo e italiano*, Santarcangelo di Romagna, 2013, p. 11 ss. Valutando la prospettiva indicata dall'art. 117 Cost, secondo comma, lettera m, riguardo ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali v. R. BALDUZZI, *Livelli essenziali e risorse disponibili: la sanità come paradigma*, in F. ROVERSI MONACO, C. BOTTARI (a cura di) *La tutela della salute tra garanzie degli utenti ed esigenze di bilancio*, Rimini, 2012, p. 79 ss.; D. NATALI, *Le fondamenta normative del welfare state: lo stato dell'arte e nuove prospettive di ricerca. Un commento*, in *Stato e Mercato*, 97, 2013, p. 81 ss.

²⁴ Tra le tante pronunce della Corte costituzionale in tema di diritto alla salute cfr., Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27; Corte cost., 12 luglio 1979, n. 88; Corte cost., 12 ottobre 1988, n. 992; Corte cost., 11 luglio 1991, n. 356; Corte cost., 16 aprile 2012, n. 107; ed ancora, Corte cost., 24 maggio 1977, n. 103; Corte cost. 25 ottobre 1982, n. 175. Per la massima espansione del diritto alla salute, che si riverbera nei rapporti inter-privati si veda Corte cost., 10 dicembre 1987, n. 559; Corte cost., 30 giugno 1986, n. 184; Corte cost., 14 giugno 1990, n. 307; Corte cost., 23 aprile 1991, n. 202; Corte cost., 23 aprile 1993, n. 184 (tutte consultabili in *Giurcost.it*).

²⁵ Secondo una condivisibile ricostruzione: «[...] il carattere vieppiù multiculturale della società in cui viviamo sollecita vigorosamente la formazione di nuove o rinnovate consuetudini culturali e delle loro rappresentazioni ad opera di leggi e pronunzie dei giudici, tanto più poi se si tiene conto della tendenza espressa dal carattere suddetto a convertirsi in “interculturale” [...], vale a dire a favorire quella integrazione delle culture che è l'obiettivo verso il quale soprattutto gli Stati maggiormente esposti al flusso immigratorio devono risolutamente puntare: una integrazione che, nondimeno, non può (e non deve) risolversi nel sacrificio o nell'appiattimento dell'identità culturale dei gruppi minoritari ma nella salvaguardia di tutte le identità attraverso il loro reciproco confronto e rispetto, illuminato e alimentato dal valore “superconstituzionale” della dignità della persona umana» (Così, testualmente, A. RUGGERI, *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, cit., p. 11).

Viene in rilievo, innanzitutto, il così detto permesso di soggiorno, unico documento che consente la permanenza dello straniero non comunitario sul territorio nazionale e che viene rilasciato per i motivi indicati nel prodromico visto di ingresso.

I requisiti richiesti per l'ingresso regolare e il conseguente rilascio del permesso sono fissati dalla normativa nazionale. In assenza di detta documentazione l'immigrato presente sul suolo italiano versa in condizione di irregolarità, egli potrà essere in concreto un clandestino, ossia un individuo che ha fatto ingresso nello Stato eludendo i controlli di frontiera ovvero un soggetto che non ha richiesto il permesso di soggiorno dopo l'ingresso regolare ovvero che non lo abbia rinnovato dopo la scadenza.

La normativa in tema di immigrazione e di condizione giuridica dello straniero è stata caratterizzata, negli anni, da una forte instabilità politico-normativa.

I vari interventi legislativi, dalla legge Martelli (legge n. 39 del 1990) alla legge Turco-Napolitano (confluita, poi, nel Testo Unico sull'Immigrazione di cui al d.lgs. n. 286 del 1998), dalla legge Bossi-Fini (legge n. 189 del 2002) ai più recenti decreti Salvini (cc.dd. "decreto sicurezza" - d.l. n. 113 del 2018 e "decreto sicurezza bis" - d.l. n. 53 del 2019), hanno, con modalità e tecniche differenti, orientato e temperato esigenze di accoglienza e di controllo dei flussi migratori, non disconoscendo, in parallelo, l'adesione a logiche di natura propriamente contenitivo-repressiva.

La legge Bossi-Fini introducendo la disciplina del così detto "contratto di soggiorno" aveva collegato indissolubilmente la presenza di un regolare rapporto di lavoro al soggiorno sul territorio nazionale.

Il datore di lavoro che aveva interesse ad assumere un cittadino straniero doveva infatti presentare una richiesta di nulla osta all'ingresso di tale soggetto nel rispetto delle quote fissate dai decreti ministeriali; detta autorizzazione, successivamente inviata allo straniero nel proprio Paese di origine, consentiva il rilascio del visto all'ingresso da parte del nostro Consolato.

Il cittadino straniero, che avesse ricevuto il visto per motivi di lavoro, poteva quindi entrare e richiedere, entro otto giorni dall'arrivo, il permesso di soggiorno alla competente questura territoriale. L'eccessiva burocratizzazione della procedura segnalata aveva, nei fatti, contribuito a rendere necessaria l'adozione di provvedimenti correttivi di natura emergenziale.

Con cadenza periodica il nostro Governo ha emanato, negli ultimi anni, norme di regolarizzazione in deroga alle vigenti disposizioni con ciò contribuendo ad aumentare la "confusione informazionale" anche in ambito internazionale.

Era, poi, prevista, la possibilità di un ingresso in Italia anche per motivi diversi da quelli lavorativi grazie ad appositi visti per ragioni di studio, affari e turismo ed ancora per motivi religiosi, di ricongiungimento familiare o di sottoposizione a terapie mediche e procedure diagnostiche.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, il visto per cure mediche veniva richiesto, nello specifico, dal cittadino straniero che avesse necessità di sottoporsi ad un determinato trattamento terapeutico in Italia; in tal caso era necessario esibire un'apposita dichiarazione di disponibilità da parte della struttura sanitaria italiana (c.d. ospitante) con la quale la stessa si rendeva disponibile a svolgere la prestazione, versando alla struttura stessa il trenta per cento del costo presunto della prestazione eroganda e mostrando una dichiarazione di ospitalità nel nostro Paese; ottenuto il visto, lo straniero era abilitato a richiedere in Italia il permesso di soggiorno per cure mediche, permesso di natura speciale e transitoria che non

dava diritto, né all'iscrizione presso il S.S.N. né alla futura conversione in un permesso per ragioni di lavoro.

Viceversa, se il cittadino immigrato contraeva una malattia nel nostro Paese era, invece, prevista la possibilità di una proroga del suo permesso di soggiorno per motivi di salute; la proroga *de qua* era, tuttavia, concessa allo straniero nei soli casi in cui quest'ultimo avesse contratto una malattia (o comunque patito un infortunio o una malattia professionale) che non gli consentissero di lasciare il nostro Stato al giorno in cui si verificava la scadenza del permesso di soggiorno originariamente concesso.

La situazione è profondamente mutata dopo il 4 ottobre 2018, data nella quale è stato emanato il d.l. n. 113, c.d. "decreto sicurezza" (recante "Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata"). La rubrica del provvedimento tradisce inequivocabilmente la sua mal celata finalità repressiva ponendo sullo stesso piano d'intervento discipline non sovrapponibili quali quella della protezione internazionale con il tema dell'immigrazione, della pubblica sicurezza, del funzionamento del Ministero dell'interno e con l'organizzazione della struttura amministrativa preposta alla gestione dei beni sequestrati e confiscati alle mafie.

Nella parte che ci riguarda, il provvedimento ha lo scopo di ridurre la discrezionalità nella concessione della tutela umanitaria²⁶ introducendo una tipizzazione dei casi di tutela e il possesso di specifici requisiti per i soggetti richiedenti.

L'obiettivo è quello di compensare una (presunta) sproporzione tra il riconoscimento delle forme di tutela riconosciute nell'ambito della protezione internazionale (*status* di rifugiato e protezione sussidiaria) e l'emaneazione dei permessi di soggiorno per motivi umanitari che vengono eliminati per essere sostituiti da "permessi speciali temporanei"²⁷.

²⁶ Di fatto, con la cancellazione della protezione per ragioni umanitarie: a) la platea di coloro che possono beneficiare del permesso di soggiorno si è significativamente ristretta; b) la maggior parte dei rifugiati che otterrà il permesso di soggiorno secondo la nuova casistica, si troverà in condizione di maggiore precarietà e minori tutele giuridiche e assistenziali; c) molti degli attuali rifugiati con il permesso di soggiorno per motivi umanitari non avranno i requisiti per il rinnovo, per cui alla sua scadenza si troveranno in una condizione di irregolarità, anche quelli che nel frattempo si erano regolarmente e proficuamente inseriti nel contesto socio-economico italiano. Nel complesso, secondo stime conservative, nel prossimo biennio, a seguito del decreto sicurezza, il numero di irregolari presenti in Italia potrebbe aumentare notevolmente: 60.000-70.000 persone rischiano di trovarsi prive della possibilità di lavorare e di fruire di qualsiasi forma di tutela giuridica e assistenza socio-sanitaria, destinate dunque ad una condizione di grave marginalità, ulteriormente favorita dal depotenziamento – anch'esso introdotto con il medesimo decreto (art. 12) – del sistema SPRAR (Sistema di Protezione per Richiedenti Asilo e Rifugiati – le strutture di accoglienza che in questi anni hanno operato come fondamentale risorsa per l'integrazione dei migranti).

²⁷ In chiave critica può farsi notare che dal momento che la condizione di marginalità sociale tende ad alimentare comportamenti antisociali e devianti in coloro che la subiscono, è probabile che l'incremento di immigrati in condizione di irregolarità possa avere quale conseguenza diretta un aumento, piuttosto che una riduzione, dell'incidenza di fenomeni di micro-criminalità, degrado urbano, segregazione territoriale, con ovvie conseguenze negative sulla qualità della vita della popolazione italiana generale. È noto che, là dove accompagnate da una forte ineguaglianza socio-economica, le differenze etniche diventano ulteriore fonte di sfiducia e minaccia per la società. Al contrario, quando le Istituzioni mettono in atto politiche utili a gestire la diversità etnica e al tempo stesso per ridurre le ineguaglianze economiche generali, non solo l'immigrazione non è più una minaccia da temere ma diventa una vera e propria risorsa per la società. L'effetto negativo più preoccupante è tuttavia quello "indiretto" e riguarda la dinamica psicosociale di cui la nuova normativa può essere considerata, al contempo, effetto e causa efficiente. L'attuale intervento governativo potrà infatti

È stata così prevista una nuova procedura per la presentazione delle domande alla frontiera dopo che il cittadino straniero sia stato fermato per avere eluso o tentato di eludere i controlli; estendendosi la previsione del trattenimento dei richiedenti asilo al fine di accertarne l'identità o la cittadinanza.

Viene inoltre ampliata la platea di reati che, in caso di condanna definitiva o nell'ipotesi di imputato ritenuto pericoloso socialmente, comportano la revoca o il diniego della protezione internazionale. Mentre, al fine di assicurare l'effettività del provvedimento di rimpatrio per i cittadini stranieri irregolari, viene prolungata da 90 a 180 giorni la durata massima del trattenimento dello straniero nei Centri di permanenza per il rimpatrio.

La linea, assunta con l'emanazione delle recenti previsioni, conferma la tendenza dell'attuale *governance* politica a far prevalere interessi di natura economico-politica sull'obbligo internazionale di rispettare i diritti umani, in palese contrasto con i principi dell'ordinamento interno e internazionale, ad esclusivo vantaggio di una deteriore e pernicioso eclissi di tutela dei diritti fondamentali²⁸.

3. La legislazione vigente in tema di stranieri regolari e irregolari

Secondo quanto previsto dall'art. 34 della Testo Unico del 1998, soltanto gli stranieri regolarmente soggiornanti hanno l'obbligo di iscriversi al S.S.N. in condizione paritetica rispetto ai cittadini italiani; tale obbligo è esteso di diritto agli immigrati detenuti, regolari e irregolari, sia in regime carcerario pieno che di semilibertà o comunque sottoposti ad altre forme di pena anche non detentiva.

Come chiarito dalla citata circolare ministeriale n. 5 del 2000, tra i permessi per motivi familiari vengono ad essere ricompresi, oltre che i titolari di permesso di soggiorno, anche coloro i quali abbiano ottenuto il permesso di soggiorno per far fronte alle esigenze di cura ed assistenza di un minore.

Parimenti, tra i permessi di soggiorno per motivi *lato sensu* umanitari rientrano, non solo i titolari di permesso di soggiorno per motivi umanitari in senso stretto (a seguito di parere favorevole della Commissione per il riconoscimento dello status di rifugiato), ma anche i titolari di permesso per motivi di salvaguardia sociale, i minori e le donne in stato di gravidanza fino a sei mesi dalla nascita del figlio.

sortire, quale reazione diffusa a livello sociale, il proliferare di un atteggiamento di natura difensivo-emozionale, caratterizzato in termini identitari e di "nematicizzazione" dell'altro, in particolare dello straniero che viene additato come una minaccia dalla quale proteggersi. Sicché accanto al noto fenomeno del "diritto penale del nemico" sembra sorgere in parallelo un altrettanto preoccupante, e non meno temibile, "diritto civile del nemico".

²⁸ Il che rafforza ulteriormente i dubbi sulla costituzionalità dell'intero decreto sicurezza n. 113 del 2018 (e della conseguenziale legge di conversione n. 132 del 2018) specie con riferimento all'abolizione del permesso di soggiorno per motivi umanitari; scelta, quest'ultima, che restringe le fattispecie legittimamente ascrivibili a esigenze tipizzate rispetto a quelle costituzionalmente necessarie in adempimento degli obblighi internazionali e che, inoltre, elidendo la possibilità di rinnovo del permesso di protezione umanitaria, riduce i diritti assistenziali, sociali e sanitari riconosciuti agli immigrati.

L'iscrizione presso il S.S.N. va effettuata nel presidio sanitario competente in base al luogo di residenza o di dimora effettiva e unicamente sulla base dell'esibizione del permesso stesso e di apposita autocertificazione del codice fiscale²⁹.

Sullo straniero sprovvisto di permesso di soggiorno – ma soggiornante transitoriamente, ad esempio per motivi di vacanza – grava, invece, l'obbligo del pagamento effettivo delle prestazioni mediche ovvero della stipula di un'apposita polizza assicurativa italiana.

Coloro i quali provengono da Paesi stranieri legati al nostro da particolari accordi, l'erogazione delle prestazioni sanitarie viene ad essere disciplinata dalle norme pattizie.

Il permesso di soggiorno per cure mediche non consente l'iscrizione al S.S.N.³⁰; esso è, infatti, un titolo di soggiorno che viene rilasciato sulla base dell'apposito visto ottenibile presso le Rappresentanze diplomatiche italiane nei paesi di origine ed ha valenza limitata per il singolo trattamento terapeutico.

Gli stranieri propriamente irregolari – cioè privi del tutto del permesso di soggiorno e dei requisiti per poterlo ottenere – hanno comunque diritto, in base alla legge Turco-Napolitano (*rectius*, al T.U.I.), non espressamente abrogata in *parte qua* dai decreti Salvini, alle cure ambulatoriali ed ospedaliere indifferibili, perché urgenti ed essenziali³¹, sebbene prolungate, per malattia o infortunio; la medesima normativa garantisce altresì, a tali soggetti, la piena tutela in stato di gravidanza, per la successiva maternità, oltre che la salute del minore, ivi incluse le vaccinazioni obbligatorie e gli interventi di profilassi, diagnosi e cura per le malattie infettive.

4. Assistenza sanitaria e protezione per gli asylum seekers

Con specifico riferimento ai problemi collegati al settore medico e sanitario, i soggetti richiedenti asilo³², presenti nei centri di identificazione, vengono di fatto equiparati agli

²⁹ In molti casi, infatti, agli stranieri vengono richiesti, dalle aziende sanitarie competenti, documenti aggiuntivi non richiesti quali buste paga e contratti di lavoro. Prassi, quest'ultima, da censurare in quanto surrettiziamente distorta verso l'assolvimento di una funzione di accertamento e controllo non prevista in capo ai presidi sanitari. Inoltre, l'iscrizione effettuata non perde efficacia in pendenza del rinnovo del permesso di soggiorno. L'iscrizione, in condizioni di successiva regolarizzazione, dovrà, pertanto, essere mantenuta e i servizi di anagrafe sanitaria non necessiteranno di alcuna variazione in tal senso. In ogni caso, il servizio di assistenza sanitaria avvantaggia anche i familiari a carico e regolarmente soggiornanti e viene comunque assicurata fin dalla nascita ai minori figli di stranieri iscritti al S.S.N.

³⁰ A tal proposito, si segnala che i permessi di soggiorno rilasciati in base alla raccomandazione del Tribunale per i minorenni, i permessi per gravidanza e i permessi per motivi di salute, ottenuti come proroga di progressi titoli di soggiorno, recano spesso la stessa dicitura "cure mediche", ma vanno tenuti ben distinti dalla tipologia di cui sopra, in quanto, non subordinati all'iscrizione al S.S.N.

³¹ Per cure indifferibili ed urgenti s'intendono quelle cure che non possono essere procrastinate senza pericolo per la vita o danno grave per la salute del paziente; per cure essenziali s'intendono le prestazioni sanitarie, a carattere diagnostico e terapeutico, relative a patologie che nel tempo potrebbero determinare un danno per la salute. Agli stranieri irregolari sono comunque garantiti i sostegni sanitari per la cura e la riabilitazione dalle tossicodipendenze, dalle malattie psichiatriche e, in generale, tutti gli interventi di natura riabilitativa.

³² Con specifico riferimento a tale profilo, un'interpretazione convenzionalmente orientata del disposto di cui all'art. 3 Cedu - rubricato "Divieto della tortura", secondo il quale: «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti» - porta a ritenere che gli Stati di accoglienza debbano fornire a tali soggetti quantomeno un alloggio e condizioni di vita materialmente dignitose. Si leggano, in questa prospettiva, le conclusioni rassegnate in Corte EDU, *M.S.S. v. Belgio et Grecia*, cit., ove la Corte ha

stranieri irregolari; hanno, pertanto, diritto alle sole cure urgenti e indifferibili, essenziali e continuative, come previsto dall'art. 35, terzo comma, del Testo Unico del 1998 e non possono agevolarsi dell'iscrizione al S.S.N., salvo richiederla successivamente allorché abbiano ottenuto il permesso di soggiorno.

Tali soggetti incontrano notevoli difficoltà nell'accesso ai servizi sanitari atteso il connaturale nomadismo e l'assenza di una stabile sistemazione abitativa³³.

Pur potendo, infatti, i richiedenti asilo, non inoltrano la richiesta di iscrizione al S.S.N. nel luogo ove hanno ottenuto il permesso di soggiorno³⁴ e, pertanto, non possono

rilevato che la Grecia non aveva rispettato i suoi obblighi ai sensi dell'articolo 3, in quanto non aveva garantito al ricorrente condizioni adeguate di accoglienza mentre la procedura d'asilo di quest'ultimo era ancora in corso. La decisione mette in luce, in primo luogo, il grave sovraffollamento e le condizioni igienico-sanitarie inadeguate del centro di accoglienza per migranti in cui il ricorrente era stato inizialmente collocato; in secondo luogo, il fatto che, dopo il suo rilascio, l'uomo aveva vissuto per molti mesi in un parco, in uno stato di estrema povertà, senza essere in grado di soddisfare i suoi bisogni più elementari e, in terzo luogo, la considerazione che la situazione del ricorrente era stata aggravata dall'aver vissuto in uno stato costante di paura di essere aggredito e derubato e dall'assenza di prospettive di miglioramento della propria situazione.

³³ Sul ruolo della corretta identificazione dello straniero al fine di garantire un concreto accesso alle cure mediche, cfr. M. BOUCHARD, *Identità culturale, uguaglianza e diversità*, in *Questione Giustizia*, 3, 2001, pp. 469-486; ed ancora, F. MANTI, *Le relazioni terapeutiche nella società pluralista. Aspetti bioetici e biopolitici per una medicina transculturale*, in R. PRODOMO (a cura di), *Medicina e multiculturalismo*, Napoli, 2000, p. 129 ss.; C. PINELLI, *Società multiculturali e Stato costituzionale*, in V. BOLDINI (a cura di) *il Multiculturalismo*, Padova, 2012, p. 91 ss.

³⁴ Al riguardo merita di essere segnalata una recente pronuncia del Tribunale fiorentino che, con ordinanza del 20 marzo 2019, fa salvo l'art. 4-bis del d.lgs. n. 142 del 2015 così come introdotto dall'art. 13 del d.l. 113 del 2018 conv. in l. n. 132 del 2018, formulando una interpretazione costituzionalmente orientata della norma, ed ordinando al Comune convenuto l'immediata iscrizione del ricorrente richiedente asilo nel registro anagrafico della popolazione residente. La decisione, particolarmente articolata, ha il pregio di trattare, con rigore dogmatico, tutte le problematiche che consentono, all'interprete ed agli operatori del diritto, di procedere all'applicazione della norma senza ledere il diritto alla residenza dei richiedenti la protezione internazionale, nel rispetto della legge. Il Tribunale di merito afferma, innanzitutto, un principio di generale portata ovvero che la norma una volta emanata «si stacca dall'organo che l'ha prodotta e non viene più in rilievo come una "decisione" legata a ragioni e fini di chi l'ha voluta, ma come un testo legislativo inserito nell'insieme dell'ordinamento giuridico» e dunque doverosamente interpretabile «in modo conforme al canone della coerenza con l'intero sistema normativo, coerenza che andrà evidentemente ricercata anche sul piano costituzionale». Ad avvalorare l'assunto il Tribunale si ricollega ad un ben noto tritico motivazionale della Cassazione (sentenze n. 3550 del 1988, n. 2454 del 1983 e n. 3276 del 1979) in base al quale, diversamente opinando, l'interprete non potrebbe «procedere alla [...] esatta comprensione [della norma] secondo i canoni ermeneutici legali previsti all'art. 12 ss. delle preleggi». Il Tribunale dà atto del fatto che «ogni richiedente asilo, una volta che abbia presentato la domanda di protezione internazionale, deve intendersi comunque regolarmente soggiornante» sul territorio dello Stato quantomeno per il tempo occorrente ad accertare il diritto alla protezione pretesa e che «la regolarità del soggiorno sul piano documentale» può essere comprovata, oltre che dal permesso di soggiorno, di cui la norma in commento esclude la spendibilità, da ulteriori e diversi documenti quali ad esempio «gli atti inerenti l'avvio del procedimento volto al riconoscimento della fondatezza della pretesa di protezione ed in particolare attraverso il cd. "modello C3", e/o mediante il documento nel quale la questura attesta che il richiedente ha formalizzato l'istanza di protezione internazionale». Il Tribunale inoltre fa rilevare come a conforto della decisione assunta milita un ulteriore argomento: l'art. art. 13, alla lett. a) fa divieto di iscrizione anagrafica esibendo il solo permesso di soggiorno per richiesta asilo e la successiva lett. c, abroga espressamente, l'istituto della c.d. convivenza anagrafica (introdotto con decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13 conv. in legge 13 aprile 2017, n. 46) che, appunto, consentiva, l'iscrizione del richiedente la protezione internazionale, su comunicazione del responsabile della struttura di accoglienza attraverso l'invio del solo permesso di soggiorno per richiesta asilo. Dunque, un'interpretazione coerente delle due disposizioni (lett. a e c dell'art. 13) porta a ritenere che il legislatore abbia sancito «l'abrogazione, non della possibilità di iscriversi al registro della popolazione residente dei titolari di un permesso per richiesta asilo, ma solo della procedura semplificata prevista nel 2017

usufruire dell'assistenza sanitaria in diverso Comune, data la territorialità dell'iscrizione stessa; per tale ragione, sono il più delle volte costretti (*rectius*, necessitati) a far ricorso alle sole forme di assistenza previste per gli irregolari.

Ben potrebbe, invero, il richiedente asilo inoltrare istanza di rinnovo del permesso di soggiorno alla competente questura territoriale, indicando il nuovo domicilio, ma una tale procedura rischierebbe di dilatare *sine die* i tempi necessari per la convocazione innanzi alla Commissione per il riconoscimento dello status di rifugiato; unica alternativa – praticabile esclusivamente nel caso in cui il soggetto abbia già ottenuto il rilascio della tessera sanitaria dall'unità sanitaria competente – è quella di richiedere un'iscrizione temporanea nel luogo del nuovo domicilio, previa ostensione delle effettive ragioni di trasferimento.

Tuttavia, le modifiche introdotte dal nuovo regolamento sulla procedura di richiesta d'asilo, escludono i richiedenti trattenuti presso i centri di identificazione dal rilascio del permesso di soggiorno e, dunque, dalla possibilità di iscriversi al S.S.N. relegandoli in una sorta di “limbo normativo” atteso che, sebbene presenti sul nostro territorio, non possono, in concreto, godere dei più basilari strumenti di accoglienza.

4.1. (*segue*) e per gli stranieri irregolari temporaneamente presenti

A prescindere dalla condizione soggettiva in cui versi lo straniero – regolare in attesa di permesso di soggiorno, soggiornante occasionale, irregolare *etc.* – l'erogazione delle singole prestazioni sanitarie è comunque subordinata al rilascio, da parte dell'unità sanitaria competente per territorio, di un codice identificativo univoco con la sigla S.T.P.³⁵, validamente riconosciuto sul nostro territorio nazionale. Il codice S.T.P. non è un documento identificativo ma assolve lo scopo di agevolare l'accesso dello straniero ai servizi sanitari, costituendo il punto di riferimento per il rendiconto (e il successivo rimborso) delle prestazioni erogate, nonché per la prescrizione, su ricettario unico regionale, delle visite medico-specialistiche e dei farmaci funzionali alla terapia prescritta; tale codice ha una validità semestrale ed è sempre rinnovabile fino all'eventuale ottenimento del permesso di soggiorno.

Aspetto particolarmente delicato della normativa in materia di erogazione delle prestazioni sanitarie agli stranieri è rappresentato dalla possibilità di una co-gestione dei servizi *de quibus* da parte di associazioni di volontariato aventi esperienza specifica nel settore medico e della immigrazione, deputate a collaborare con le strutture pubbliche all'interno degli ambulatori S.T.P. Il nodo problematico di maggiore rilievo è rappresentato dalla difficoltà di riuscire a garantire livelli di assistenza e cura adeguati.

che introduceva l'istituto della convivenza anagrafica, svincolando l'iscrizione dai controlli previsti per gli altri stranieri regolarmente residenti e per i cittadini italiani. Eliminando questa procedura il legislatore ha in qualche modo ripristinato il sistema di assoluta parità tra diversi tipologie di stranieri regolarmente soggiornanti e cittadini italiani previsto dal T.U.I.»

³⁵ Il così detto “tesserino S.T.P.” può essere rilasciato nell'ambito delle strutture deputate al servizio di “medicina del territorio” o presso alcuni presidi ospedalieri accreditati che operano, eventualmente, in collaborazione con associazioni di volontariato aventi esperienza specifica nel settore della immigrazione. Sono queste le strutture qualificate di “primo livello”, deputate a garantire l'accesso diretto al servizio sanitario, senza cioè prenotazione ed impegnativa. Le prestazioni erogate possono essere fruitte presso gli stessi ambulatori ospedalieri, ma anche in consultori familiari, laboratori e poliambulatori specialistici. Esiste, dunque, una vasta serie di strutture abilitate al rilascio del codice S.T.P., e ciò comporta un'attenta ed adeguata valutazione delle presenze di cittadini stranieri sul territorio.

Sembra, pertanto, opportuna la stipula di (rigidi) protocolli d'intesa tra struttura pubblica e associazione privata con finalità sociale al fine di garantire un più effettivo e penetrante controllo nell'erogazione dei servizi offerti.

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

Con riferimento al costo delle singole prestazioni, queste sono legate – in relazione alla normativa nazionale e regionale – allo stato patrimoniale del migrante. Lo straniero, infatti, se privo di risorse economiche, sarà tenuto a sottoscrivere una dichiarazione di incapacità patrimoniale; in tal caso, sulla base della normativa nazionale le prestazioni sono gratuite salvo l'obbligo di corrispondere, a parità di condizione con i cittadini italiani, il ticket.

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

Sovente, infatti, i migranti non si sottopongono alla prestazione medico-sanitaria per il timore di venire denunciati. Gli stessi dati sensibili registrati presso l'ambulatorio che effettua la prestazione medica vanno trattati con estrema riservatezza in sintonia con quanto disposto in generale dalla normativa sul trattamento dei dati personali; taluni dati potranno essere comunicati esclusivamente su richiesta della Procura della Repubblica; se, inoltre, l'immigrato chiede di rimanere anonimo lo stesso tesserino potrà essere rilasciato senza indicazione delle corrispondenti generalità.

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

Ulteriore profilo degno di nota è quello che concerne l'erogazione delle cure a carattere continuativo; in tal caso, lo straniero sottoposto a cure nel nostro paese, tali da non poter essere interrotte senza pregiudizio per la sua salute e in assenza della possibilità di un analogo trattamento nel suo paese di origine, può agevolarsi di un titolo di soggiorno che garantisca in maniera efficace detta continuità terapeutica, sulla base dell'art. 35 del Testo Unico del 1998.

Per di più, in caso di notifica di un provvedimento di espulsione a carico di uno straniero affetto da grave patologia, quest'ultimo ha diritto di presentare ricorso al giudice di pace, il quale potrà annullare il provvedimento impugnato e garantire così la prosecuzione della terapia.

Per tutti i cittadini comunitari non esistono, com'è noto, visti d'ingresso o nulla osta di sorta, vigendo gli opposti principi del libero transito e della libertà di stabilimento; nei confronti di tali soggetti potranno, tuttavia, essere adottati provvedimenti di espulsione (*ad personam*) dettati da motivi di ordine, sicurezza o sanità pubblica.

Per quanto concerne le modalità di accesso ai servizi sanitari, i cittadini comunitari, nell'ipotesi di soggiorno-vacanza o comunque di breve durata, utilizzeranno, quale titolo legittimante all'erogazione della prestazione medica, la tessera sanitaria europea di assicurazione e malattia.

5. *Nuove forme di protezione a beneficio di apolidi e rifugiati politici*

L'apolide stabilmente residente nel territorio italiano è soggetto alla normativa interna per quanto concerne l'esercizio dei diritti civili e per l'obbligo del servizio civile o militare; diversamente, lo straniero cui viene riconosciuto lo *status* di rifugiato sarà equiparato all'apolide con l'esclusione degli obblighi inerenti il servizio civile o militare.

Sulla base della normativa vigente, lo *status* di rifugiato viene ad essere riconosciuto al cittadino straniero che inoltra apposita "istanza motivata e, in quanto possibile, documentata all'ufficio di polizia di frontiera" (art. 1, comma 5, legge n. 39 del 1990); nulla ostando all'accoglimento di tale richiesta – e in attesa della conclusione del procedimento per il riconoscimento dello "*status* di rifugiato" – il questore del luogo in cui lo straniero dimora, rilascia un permesso di soggiorno temporaneo; ugualmente il riconoscimento del predetto *status* e del conseguente permesso temporaneo spetta al cittadino.

Gli apolidi, ovvero i soggetti comunque privi di cittadinanza, possono richiedere, pertanto, l'iscrizione presso il S.S.N. nel luogo ove essi stabilmente dimorano; sulla base delle tutele *ex lege*, inoltre, tali soggetti, se privi di risorse economiche, godono di un trattamento agevolato che consiste nella possibilità di richiedere l'iscrizione al S.S.N. senza il pagamento dei contributi di malattia e di fruire gratuitamente delle prestazioni ospedaliere urgenti per il caso di malattia, infortunio e maternità.

In sintonia con la Convenzione di Ginevra, e sulla base del regolamento attuativo della citata legge n. 39 del 1990, «coloro che hanno conseguito lo status di rifugiato fruiscono [...] dello stesso trattamento assistenziale riservato ai cittadini italiani».

6. *Conclusioni: quali prospettive per il prossimo futuro?*

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

Bisogna attingere ad un nuovo livello di consapevolezza per rendersi pienamente conto che ogni atto medico si presta, *ex ante* ed *ex post*, ad una lettura complessa e pluridimensionale; la così detta "medicina preventiva" invoca l'adesione ad una metodologia di approccio integrata che tenda a favorire e gestire, nel tempo, il rapporto tra medico e immigrato in una prospettiva non già unidimensionale ma necessariamente

partecipativa che tenga conto dei problemi del singolo migrante e di quelli della sua famiglia³⁶ e della sua comunità di appartenenza³⁷.

Una risposta adeguata, in termini di efficienza ed efficacia sanitarie, deve considerare, infatti, le molteplici difficoltà di carattere socio-culturale che una popolazione particolarmente delicata e vulnerabile, qual è quella dei migranti clandestini, porta con sé. Le strutture territoriali competenti dovranno risultare, pertanto, facilmente accessibili e dimostrare una notevole flessibilità negli orari di apertura e di gestione del servizio.

Sarà, poi, necessaria l'attivazione di specifici osservatori epidemiologici che valutino, in una prospettiva di breve, medio e lungo periodo, il fenomeno migratorio nel suo complesso, promuovendo indagini a carattere conoscitivo e studi di settore sulle principali patologie che affliggono gli stranieri. Siffatte strutture dovrebbero porsi al centro di una più articolata e vasta rete nazionale che coordini i servizi di assistenza sociale e sanitaria sul territorio; le strutture ospedaliere di secondo livello, invece, avranno il compito di garantire, là dove necessario, la continuità assistenziale, favorendo l'accesso e la fruizione dei diversi servizi da parte degli immigrati.

Ruolo fondamentale, in tale peculiare ambito d'azione, sarà svolto, in termini di filtro e di orientamento socio-sanitario, proprio da tali presidi sanitari e a favore dei pazienti stranieri; ciò dovrebbe consentire una maggiore conoscenza, da parte degli immigrati, del funzionamento del nostro S.S.N. con l'auspicabile risultato di evitare un eccessivo utilizzo dei presidi di primo soccorso, a tutto vantaggio della qualità assistenziale e con minori costi sociali.

Attività prodromica sarà quella di evidenziare, nella maniera più chiara possibile, il contenuto della disciplina normativa (nazionale e regionale) in tema di assistenza sanitaria agli stranieri, favorendo, da parte degli immigrati e degli operatori del settore, una maggiore partecipazione ed una più diffusa consapevolezza dei propri diritti e delle connesse prerogative.

A corredo di un sistema così congegnato, andrebbe previsto, sempre all'interno delle strutture anzidette, un sistema di approccio integrato nei confronti del paziente migrante: bisognerebbe valorizzare la sua diversità culturale in termini di diversità linguistica, etica, religiosa e sanitaria; ogni struttura dovrebbe dotarsi di personale specializzato per fornire le più corrette informazioni sia in ambito normativo che medico-sanitario; le strutture deputate dovrebbero altresì predisporre – a livello integrativo e complementare – corsi di formazione, di diverso livello, e tirocini teorico-pratici sia in tema di medicina transculturale che di assistenza ai migranti.

³⁶ Con riferimento alle peculiarità dei sistemi familiari in altri ordinamenti giuridici v. le puntuali notazioni di R. SACCO, *Visione del soprannaturale, diritto della famiglia, autonomia*, in T. MAZZARESE (a cura di) *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Torino, 2013, p. 143 ss. Sui caratteri fondamentali del modello tradizionale di famiglia, specie nel diritto islamico, e su alcuni, non facili, processi di riforma del diritto di famiglia nei paesi arabi in generale cfr. F. CASTRO, voce *Diritto musulmano*, in *Digesto disc. priv. sez. civile*, vol. VI, Torino, 1990, p. 284 ss., spec. p. 289 e p. 305, dove si sottolinea che comunque il processo di formalizzazione delle regole, anche di carattere terapeutico, è possibile solo attraverso il ricorso ad opinioni di giuristi islamici che possano giustificare il cambiamento di opinione, così come la recente riforma del codice della famiglia marocchino del 2004 appare riaffermare in più luoghi fedeltà alla tradizione islamica, in argomento cfr. M.C. FOGLETS, M. LOUKILI, *Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille: Quelles implications pour les Marocains en Europe?*, in *Rev. crit. DIP*, 95 (2006), p. 522 ss.

³⁷ Sul punto, cfr. D. BRADLEY, *A Family Law for Europe? Sovereignty, Political Economy and Legitimation*, in K. BOELE-WOELKI (a cura di), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Oxford-New York, 2003, p. 65 ss.

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

In tal modo sarebbe possibile tracciare, in maniera precisa, tali dati durante tutto il periodo di permanenza del migrante in Italia e negli altri Stati europei, personalizzando l'accesso alle cure ed evitando, per quanto possibile, ritardi e duplicazioni di interventi. Tali informazioni dovranno, ovviamente, essere gestite con adeguati livelli di protezione, ai sensi della regolamentazione generale sulla *privacy* sancita dal GDPR, trattandosi di dati, per loro natura, ultra-sensibili.

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

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

Tutto ciò dovrebbe portare a riconsiderare, a dispetto dell'attuale trend politico-amministrativo, l'opportunità dell'iscrizione obbligatoria al servizio sanitario dei richiedenti asilo.

Sotto altro profilo, si rende necessaria, oggi più che un tempo, la formazione interculturale di tutti gli operatori attivi nel settore che, in modo diretto o indiretto, si occuperanno della salute dei migranti.

Un aspetto cruciale per il buon esito di ogni singola fase del processo migratorio è rappresentato dal tema della tutela della salute mentale delle popolazioni migranti.

Al momento, gran parte degli interventi attuati in tale ambito guardano ancora al fenomeno migratorio come fenomeno di carattere "straordinario" ed "episodico"; ne consegue che molte delle risorse destinate vengono utilizzate per la cura di quadri clinici acutizzanti come il "disturbo post traumatico da stress" ma è al contempo riduttivo e, soprattutto, clinicamente errato ritenere che la tutela della salute mentale si possa risolvere semplicemente attraverso la cura di tali patologie per quanto numerose e preoccupanti possano essere. Sarà, dunque, necessario iniziare a tutelare la salute mentale delle popolazioni migranti recuperando modalità operative "classiche" basate su un approccio terapeutico che consenta di trascorrere dalla semplice cura alla più proficua prevenzione: guardando al disagio psichico del migrante non solo quando questo si sia già esteriorizzato ma prevenendolo *ex ante* attraverso un'attenuazione quotidiana del disagio.

Una ragione in più per "istituzionalizzare" un sistema integrato capace di mettere in rete in modo continuo e strutturato tutti i servizi, le strutture e le organizzazioni che, a vario titolo e con differente competenza, si occupano della salute delle popolazioni migranti. Una strategia condivisibile è quella che punta alla creazione di un portale istituzionale delle migrazioni, dove fare confluire tutte le informazioni relative all'area della salute delle popolazioni migranti e dal quale ciascun operatore potrebbe attingere, con relativa facilità, informazioni utili a migliorare l'offerta assistenziale *pro migrantes*.

È, poi, essenziale riconsiderare il tema della vulnerabilità e della prevenzione nella logica di una buona accoglienza non discriminatoria e non stigmatizzante.

Particolarmente opportune, sotto questo profilo, delle linee guida operazionali che abbiano il compito di definire ed aggiornare le *best practices* sulla presa in carico e sulla gestione dei migranti facilitando l'interscambio delle competenze e la condivisione continua dei processi formativi più virtuosi.

Ciò significa, in altri termini, creare le condizioni perché il diritto alla salute sia fruibile dal maggior numero di soggetti possibili, a cominciare dalle persone che più dimostrano di averne bisogno. In definitiva non è (soltanto) un problema di erogazione della prestazione medica ma di “organizzazione complessiva delle risorse” nell’ottica di una sempre più attenta disponibilità relazionale in un contesto socio-culturale più aperto ed accogliente.

La strada da seguire sembra essere, pertanto, quella di una costante valorizzazione del principio di certezza del diritto³⁸ con riferimento al tema della salute e della protezione dei migranti; in adesione a tale intento si renderà necessaria un’intensa attività di programmazione nella gestione dell’accesso alle strutture sanitarie ed una più incisiva attività di controllo in relazione alle prestazioni mediche di primo e secondo livello.

L’efficacia concreta di un siffatto percorso di politiche di integrazione poggia le sue basi su una ferma “volontà di rinnovamento culturale”³⁹ orientata a far sentire lo straniero immigrato “nuovo cittadino”, pienamente consapevole del suo diverso – ma non per questo deteriore – *status sociale*⁴⁰.

ABSTRACT: *Right to immigration and health issues: the new frontiers of reception*

The exponential increase in migratory flows poses the problem of revising therapeutic protocols from an ethical and legal standpoint. In a multicultural context, doctor and patient can easily belong to very different social and cultural environments. This phenomenon gives rise to “complex therapeutic relationships”, within which health care providers know that patients do not always share scientific references and some key concepts such as illness, health, diagnosis and prognosis, because of their culture of origin. There is no natural “social contract” in this area between those who suffer and those who should provide care. The doctor must therefore try out innovative and unconventional

³⁸ Per un inquadramento di ordine generale, necessariamente al di là del ristretto ambito cui è circoscritta la presente trattazione, si rinvia ai fondamentali contributi di F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, (Roma 1942), Milano, 1968, spec. p. 161 ss. ove l’A. mette in evidenza che: «La giustizia non può realizzarsi che nella norma rigida ed astratta, che deve essere certa. In questa astrattezza è la precisa concretezza dell’esperienza giuridica, e solo attraverso questa certezza è possibile che essa realizzi la giustizia. Nella certezza consiste dunque la specifica eticità del diritto»; F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, p. 81 ss.; N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, p. 146 ss.; M. CORSALE, *La certezza del diritto*, Milano, 1970; G. ALPA, *La certezza del diritto nell’età dell’incertezza*, Napoli, 2006. Sull’argomento si vedano, tra gli altri, anche qui a titolo orientativo, U. BRECCIA, *Discorsi sul diritto. Appunti per un corso di “teoria generale del diritto”*, Pisa 2019, spec. p. 146 s.; S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009; M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Bari, 2006.

³⁹ Sulla “forza aggregatrice” dei processi di mediazione culturale si rinvia a P. PAROLARI, *Diritti fondamentali. Prospettive transculturali e percorsi interculturali*, in T. MAZZARESE (a cura di) *Diritto, tradizioni, traduzioni...*, cit., p. 217 ss., spec. p. 223.

⁴⁰ Per opportuni riferimenti, cfr. P. CHIARELLA, *Il terzo incluso: problemi del fenomeno migratorio in Europa*, in *Federalismi.it*, 2017, 7, 5 aprile 2017; e, con riferimento alla giurisprudenza della Corte dell’Unione Europea, R. PALLADINO, *‘Ravvicinamento’ dello status di immigrato regolare e di cittadino europeo nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea*, in *Dir. um. dir. int.*, 2016, 3, p. 728 ss.

approaches. As such, an articulated, gnoseological and multidisciplinary reflection is required to address the therapeutic-relational issues signaled, considering them from different standpoints. There are intuitive levels of misunderstanding, some of which are very easy to imagine, such as those related to linguistic and religious diversity. The encounter with the “other” creates dependent “relational short circuits”, as well as specific cultural diversity (e.g. rare or little-known illnesses) and a profound discontinuity of the organizational models of Western medicine. At first, it is easy to perceive foreigners as if they were potential “pathogenic agents”, the result of a disadvantaged life in an unhealthy environment, treated inadequately or not in compliance with the canons of modern medicine. The paradoxical ambiguity of a medical operator who wants to provide aid but is keen not to waste time is contrasted with the attitude of the migrant who generates relational conflict. The health care worker must adopt a multiculturally compatible and effective approach, and should be as open as possible to varying their clinical and scientific contribution, linking their work to that of other individuals capable of bridging the existing situational gap. From a strictly legal point of view, protection of every human being's health responds to an intimate need for human solidarity and, at the same time, to a logic of public health-related prevention. It's necessary engage specific epidemiological observers to assess the phenomenon of migration.

“LA SPONDA SUD”: *DO WE REALLY CARE ABOUT THEM?*

FRANCESCO ANGELONE* – ANGELA CARUSO**

SOMMARIO: Preambolo. – 1. Dalla parusia sperata alla solitudine. – 2. “Per una sponda Sud da scoprire ancor”. – 3. Uno sguardo “dentro e fuori” di sé. – 4. Il gatto del *Cheshire*. – 5. Il caso Rackete.

Preambolo

Mentre gli episodi di popoli infedeli che si convertono alla fede di Cristo hanno avuto luogo molte volte sia nella parte settentrionale sia in quella occidentale del mondo, non è mai avvenuto di sentire notizie del genere per le regioni orientali e meridionali. Di questo fatto era stato indizio e presagio sicuro la posizione della Croce del Signore, quando da essa sul Calvario pendeva il Salvatore. Mentre, infatti, dietro la testa del Crocifisso si trovava allora l'Oriente con le sue genti crudeli, dinanzi ai suoi occhi stava l'Occidente, destinato a illuminarsi con la luce della fede; il cenno della sua destra onnipotente, aperta alle opere di misericordia, fu accolto dal settentrione, addolcito dalla fede nella parola divina, mentre la sua sinistra toccò al mezzogiorno, ribollente di popoli barbarici ¹.

1. Dalla parusia sperata alla solitudine

L'adattamento all'ambiente degli organismi viventi è subordinato alla necessità di reperire i mezzi di sostentamento e di assimilarli in modo utile alla sopravvivenza: basti pensare al pollice opponibile dell'uomo, alla dentatura delle tigri e dell'uomo, al becco di determinati uccelli pescatori.

È noto, infatti, che gli organismi hanno l'attitudine a sviluppare estensioni del loro corpo che aumentano e organizzano la loro capacità di sfruttamento dell'ambiente.

Mutuando il medesimo ragionamento logico all'essere umano, può dirsi che l'intera cultura è assimilabile, per certi versi, ad un'espansione della capacità di sfruttamento non solo del territorio, ma anche dello spazio ².

Proprio l'approfondimento di ogni forma di conoscenza costituisce il presupposto dello sfruttamento di tempo e spazio, poiché impone alla *communitas* e al singolo soggetto l'esigenza di individuare tecniche nuove di sopravvivenza.

* Phd Student in Diritto Costituzionale, Scuola Internazionale Ceindo-Madrid.

** Avvocato penalista, Cultore di Diritto processuale penale, Università "Mediterranea" di Reggio Calabria.

Benché il presente lavoro sia frutto di idee integralmente condivise, la paternità del Preambolo e dei §§ 1-2 è di Francesco Angelone, la maternità dei §§ 3-5 è di Angela Caruso.

¹ R. il GLABRO, *Historiae*, I, 5, 24.

² C. TUGNOLI, *Perché la Violenza, Mimetismo, Conflitto, Sacrificio*, Verona, 2005, p. 55.

Del resto, è risaputo che l'intera umanità, con il percorso storico condotto nel corso dei secoli, ha dimostrato di riuscire a proiettarsi in un futuro, anche molto lontano, ed a progettare la colonizzazione di certe aree dello spazio in alternativa o in subordine rispetto all'esaurirsi delle condizioni di vita sullo spazio territoriale già occupato e le cui risorse risultano ampiamente sfruttate.

Ma tale proiezione è possibile esclusivamente grazie alla conoscenza del passato biologico e geologico dell'umanità. È, dunque, il passato che insegna che il processo di sviluppo di ogni organismo è subordinato a un processo evolutivo di adattamento alle mutate condizioni ambientali e sociali. Ne deriva che l'alternativa all'adattamento è l'estinzione.

Tuttavia, è bene ricordare che la linfa vitale che consente tale processo di adattamento passa attraverso la scrittura e la comunicazione ossia attraverso due forme di conservazione dei linguaggi evolutivi e degli sviluppi conoscitivi che vengono tramandati di generazione in generazione e la cui pregnanza risiede nel valore dell'esperienza nata da tale conoscenza: conoscenza esplicativa non solo della realtà esterna, ma anche dell'uomo inteso quale oggetto di questo sviluppo.

Siffatta analisi non può prescindere dall'indagine del pensiero di Jared Diamond: la causa del grande balzo evolutivo dalla scimmia antropomorfa all'uomo deve essere ricercata nei cambiamenti anatomici delle corde vocali, da cui è scaturita la genesi del linguaggio e da cui dipende l'esercizio della comunicazione. Secondo altri esperti il balzo sarebbe stato l'effetto di una modificazione della struttura del cervello, che avrebbe permesso l'articolazione delle parole.

Stuzzicante appare anche il legame di causa/effetto tra il tipo di cultura e l'organizzazione sociale e politica in cui un dato popolo radica le proprie radici di civiltà. Nelle società di cacciatori-raccoglitori, in cui è assente ogni forma di potere accentrato, come monarchie o apparati burocratici, l'organizzazione politica è destinata a chiudersi entro le barriere sociali di una banda o della tribù.

Diversamente, la vita della comunità è destinata a divenire più complessa tutte le volte in cui vengono introdotti meccanismi aggregativi ed organizzativi in grado di sviluppare forme di conoscenza, esperienza e dati di consapevolezza della vita comunitaria, che fuoriescono dal circuito chiuso della comunità di appartenenza e disposte a inserire elementi di estraneità che fortificano ed arricchiscono il bagaglio culturale della stessa.

Si tratta di concetti come la divisione del lavoro, le guerre di conquista e la conseguente riduzione in schiavitù delle popolazioni assoggettate, che inevitabilmente danno vita a forme di commistione culturale in grado di espandere il nucleo della vita della *communitas* di riferimento.

D'altro canto, Diamond rammenta che, a riprova della fondatezza di tale assunto, lo strumento più potente delle guerre di espansione furono le malattie, che comparvero nelle società agricole a causa della presenza di animali domestici: il virus del vaiolo, del morbillo, dell'influenza, della peste e di altre malattie rappresentano mutazioni di virus ancestrali che inizialmente colpivano gli animali. Una popolazione resistente a un virus, conquistando o entrando in contatto con una popolazione in cui tale virus è ignoto, provoca un tasso di mortalità pari al 99%. Tali malattie, ereditate dai nostri animali domestici, furono decisive nella conquista delle Americhe, dell'Australia, del Sudafrica e della Polinesia³.

³ J. DIAMOND, *Guns, Germs, and Steel. The Fates of Human Societies*, New York-London 1997, trad. it., *Armi, acciaio e malattie. Breve storia del mondo negli ultimi tredicimila anni*, di L. Civalleri, Introduzione di Luca e Francesco Cavalli-Sforza, Torino, 1998, sec. ed., 2000, p. 67.

Un aspetto interessante della storia della civiltà è rappresentato dal sistema sociale, che Diamond rappresenta come il passaggio da società di cacciatori-raccoglitori in cui regna l'uguaglianza, alle società agricole, molto più numerose e strutturate gerarchicamente, caratterizzate dalla cleptocrazia, cioè da un “governo di ladri”, in cui è presente un'articolata e predominante stratificazione sociale. In un tale contesto comunitario, ove la popolazione è organizzata secondo l'appartenenza all'uno o all'altro ceto sociale, si ritiene assolutamente normale che un'élite parassitaria si impadronisca di una parte della ricchezza prodotta dal resto della società.

Questa rappresentazione piramidale della società non si riverbera esclusivamente sul piano sociale o prettamente politico, interessando ogni settore in cui si articola e si estrinseca la vita della *communitas*, come quello religioso, nell'ambito del quale il sistema gerarchico viene legittimato, fornendo un legame inscindibile tra esseri umani che va oltre il rapporto di parentela e contribuendo così a risolvere il problema della convivenza tra estranei in virtù di valori idealistici mossi da intenti solidaristici e votati al sacrificio della propria vita per il bene dei propri simili. Ne è un esempio emblematico il comportamento dei soldati, che, in ossequio allo spirito di sacrificio che anima le loro valorose condotte, sono disposti a morire in battaglia in nome di uno più efficiente sfruttamento delle risorse della società di appartenenza come nelle conquiste e nella resistenza agli attacchi esterni ⁴.

Del resto, ricorda Diamond⁵, la perfetta sovrapposizione tra il potere politico e il potere religioso in capo ai monarchi delle prime forme nazionalistiche degli Stati trova la sua intima giustificazione nella funzione profonda e nel ruolo decisivo che la religione ha svolto nella costituzione delle prime manifestazioni di società, nella creazione e nel mantenimento della sua coesione interna, dovuta al carattere unitario e al consenso unanime di cui doveva godere l'autorità centrale per svolgere efficacemente la sua funzione politico-amministrativa.

È chiaro, infatti, che, oggi come in passato, la difficoltà della vita comunitaria alberga nell'esigenza di tollerare l'altrui approccio alle decisioni quotidiane, alla vita associata, che non è esente da profili di criticità dettati dagli aspetti coercitivi così poco sopportabili da determinare sentimenti di ribellione, di repulsione e di rifiuto antisociale in tutti i componenti della comunità. Per stare insieme e collaborare, nonostante il «disagio della civiltà» ⁶, gli individui devono avere ragioni sufficienti, devono percepire che la loro appartenenza alla società è di gran lunga più comoda, vantaggiosa e sensata rispetto alla vita isolata.

Ciò nonostante, una riflessione è doverosa: si ritiene che proprio la modernità del pensiero sociologico, mosso da iniziative socializzanti in vista della migliore organizzazione della vita in comune, costituisca l'*humus* grazie al quale i primi uomini della società primordiale hanno inteso giustificare e legittimare, prima sul piano etico e successivamente secondo norme giuridiche, tali forme di aggregazione, cosicché proprio la comunità è chiamata ad indossare un abito intellettuale e una coscienza razionale a loro riconducibile, sebbene operando in modo inconscio, impegnati com'erano nella soluzione di problematiche concrete rispetto alle quali la cooperazione di più individui associati arrecava enormi vantaggi.

L'appartenenza ad un nucleo familiare, ad un contesto socio-culturale o ad altra qualsivoglia istituzione naturale prima che giuridica della comunità, come quella di uno

⁴ J. DIAMOND, *Guns, Germs, and Steel. The Fates of Human Societies*, cit., p. 219 s.

⁵ C. TUGNOLI, *Perché la Violenza, Mimetismo, Conflitto, Sacrificio*, cit., p. 59.

⁶ E. SAGITTARIO, in S. FREUD, *Il disagio della civiltà e altri saggi*, Torino, 1971, p. 231 s.

Stato, è un bene per tutti gli individui. Infatti, dall'appartenenza ad una data comunità sorge una pleora di diritti e doveri che aiutano l'individuo a fuoriuscire dal contesto di isolamento in cui sarebbe destinato a rimanere senza mai progredire. L'individuo, dunque, finisce per abbracciare una forma di conoscenza maggiore ed in linea con il proprio sviluppo personale, consentita grazie all'arricchimento culturale ed esperienziale della conoscenza altrui, pur sempre nel rispetto della diversità e delle alternative forme di manifestazione del pensiero, ancorché difforni, se non addirittura collidenti, con la propria impostazione culturale.

Non può revocarsi in dubbio, del resto, che far parte di un gruppo piuttosto che di un altro condiziona sensibilmente l'approccio del soggetto verso tutti gli aspetti della sua vita, incidendo in modo rilevante sulle scelte personali e sui soggetti con i quali decide di condividere quelle scelte.

Sicché, secondo una formula di reciproco scambio di conoscenza, l'essere partecipante attivo di una comunità onera l'individuo del compito di aiutare, in misura proporzionale alle risorse di cui si dispone, tutti i membri che ne fanno parte⁷.

Da tale affermazione, discenderebbe la considerazione che gli immigrati, non essendo parte integrante di una comunità sociale, perché rispetto ad essa culturalmente e territorialmente lontani, non possono essere considerati alla stregua di cittadini.

In dottrina, Walzer sostiene che gli immigrati non possono essere ritenuti come dei cittadini né tantomeno facenti parte alla comunità. Sarebbe ingiusto nei confronti degli appartenenti alla comunità permettere agli immigrati di risiedere, lavorare, istruirsi, oltre che altamente ingiusto accordare loro la possibilità di poter decidere in maniera attiva alla politica e alla scelta del governo.

Una simile concessione renderebbe i legittimi appartenenti della comunità soggetti al volere di estranei⁸, del cui passato politico e sociale non conoscono i fondamenti.

Non si tratta di una considerazione discriminatoria, ma di una indagine in ordine alle conseguenze deleterie cui andrebbe incontro la società all'indomani della commistione tra cultura di popoli multietnici.

L'esclusione da cui parte Walzer, dunque, lungi dal basarsi da ragioni razziali o di sesso, è strettamente legata al problema della diversità culturale, che rende impossibile la pacifica convivenza.

D'altra parte, l'appartenere ad una determinata comunità implica avere una determinata cultura da preservare, difendere e trasmettere.

Tuttavia, assodato che «la gente si sposta facilmente, e molti uomini e donne cercano regolarmente di cambiare residenza e cittadinanza, spostandosi da un ambiente sfavorevole ad uno favorevole»⁹, sono i residenti delle comunità predominanti a dovere scegliere se far accedere o meno lo straniero. Se la scelta ricade in senso favorevole all'inclusione, questa deve essere totale, non devono esistere differenze tra l'individuo facente parte fin dalla nascita della comunità e l'individuo nuovo.

L'inclusione del soggetto estraneo all'interno della comunità dovrebbe comportare l'assoluto abbandono del concetto di costui come straniero.

Invero, se gli uomini non si considerassero pur sempre estranei gli uni agli altri, se non vi fossero delimitazioni spaziali della proprietà, se non vi fossero frontiere, se non vi

⁷ M. WALZER, *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, New York, 1983, p. 33.

⁸ M. WALZER, *Spheres of Justice*, cit., pp. 45-48, 50-55.

⁹ M. WALZER, *Spheres of Justice*, cit., p. 42.

fosse appartenenza, non vi sarebbe neanche la necessità di andare a discutere di politiche di accesso e di regolamentazione dell’immigrazione, ma non è questo il caso.

Nondimeno, è proprio il sentimento di appartenenza ad una comunità a definire la separazione tra l’essere dentro e l’esserne fuori.

L’autorizzazione o la negazione dell’ingresso ai migranti può essere compresa soltanto come atto in cui la collettività pone se stessa come un’unità storica, fondata sulla condivisione di un passato, un presente e un futuro. È l’identità collettiva temporalmente determinata, secondo Lindahl, a definire la separazione spaziale tra “dentro” e “fuori”; ed è un atto allo stesso tempo di autopercezione e di autorappresentazione a costituirne il fondamento¹⁰.

La tesi menzionata, pur dimostrandosi pienamente aderente ad un tasso di realtà che si mantiene standardizzato ad una maggiore inclusione, presenta non poche problematiche concrete.

Oggi l’umanità deve fare i conti con la difesa dell’intero pianeta, il solo territorio la cui interezza sia veramente decisiva per la sua sopravvivenza. I nemici di questo territorio globalmente inteso, che è di tutti e di nessuno, sono proprio gli stati Nazionali, che considerano ancora di primaria importanza la difesa esclusiva, costi quel che costi, dei propri interessi materiali immediati.

Come nel regno animale, anche gli uomini sono stati costretti a disciplinare le relazioni interpersonali nell’ottica dell’organizzazione comunitaria, regolata mediante la predisposizione di divieti e di norme di diritto, col precipuo scopo di garantire il mantenimento della pace sociale, la difesa del gruppo dalla minaccia rappresentata dalle diverse forme di assalto alla comunità, sia interna che esterna.

Di qui nasce l’istituzione di una rigida gerarchia tra i componenti di uno stesso gruppo.

Tuttavia, sebbene all’interno una società di piccole dimensioni, in cui tutti gli individui si conoscono personalmente, il problema dello status e del predominio è controllabile, nelle società di grandi dimensioni lo scenario assume connotazioni più complesse in quanto i rapporti interpersonali¹¹ danno vita a problematiche di proporzioni maggiori, con conseguente difficoltà di gestire e neutralizzare le conflittualità presenti.

Ed è proprio in questo momento che l’idea della condivisione spinge l’uomo ad autodeterminarsi ed a sviluppare la propria personalità all’interno di nuclei organizzati di uomini riuniti in comunità, non solo allo scopo di realizzare se stesso, ma quale soggetto facente parte di un disegno comunitario.

Se tale integrazione non si realizza, il mutamento da una concezione del “Sé” che svanisce al ritrovamento del “Sé” nella *communitas* criminale, la quale appare più raggiungibile rispetto alla *communitas* di aspettativa, apre inevitabilmente le porte all’identificazione dell’Uomo – per dirla alla Beltroux¹² – nella «razza sfuggente». Da un lato, il fenomeno di collasso che è succeduto al seguire di una prolungata tensione, imposta per esempio dalla guerra, dall’altro, in uno al crollo dei valori e degli ideali a cui fino a ieri si è creduto, sono per Beltroux due fattori che hanno propiziato la formazione del tipo sfuggente.

¹⁰ C. DEL BO’, *Indicalità, Eguaglianza e Titoli Validi. Considerazioni in margine a Hans Lindahl*, in Quaderni n. 2, 2007, Centro Studi “Teoria e Critica della Regolazione sociale”, Università di Catania, p. 4.

¹¹ D. MORRIS, *The Human Zoo*, trad. it, *Lo Zoo Umano*, di E. Capriolo, Milano, 1970, edizione 2005, p. 48.

¹² J. EVOLA, *I testi del Roma*, a cura di V. Campagna, Padova, 2008, p. 105 s.

Sfuggente dalla comunità cui l'individuo estraneo ha anelato di appartenere, nell'ambito della quale l'elemento di estraneità è stato considerato dai suoi membri come un dato negativo, tale da impedirne l'inclusione, e che è in grado di generare sentimenti di asperità verso il diverso. Ecco la ragione per la quale si mette in atto un processo parallelo che da una parte vede sviluppare in modo progressivo la comunità dei membri che accettano di crescere all'interno di una società multietnica, cosparsa di integrazione e che si arricchisce e gode dei vantaggi della diversità, e dall'altro il declino della società esclusiva, che intercetta i fenomeni delinquenziali come risposte della mancata adesione dell'estraneo all'interno della comunità di aspettativa.

2. *“Per una sponda Sud da scoprire ancor”*

Il motivo per il quale si è deciso di invocare la “sponda Sud” per questo congresso internazionale risiede nella musica e nel testo sapientemente scritti da Eugenio Bennato, cantautore napoletano. Se Tu, raffinato Lettore, avrai voglia e tempo di ascoltarla, ti renderai conto del magico mix tra le voci bianche e le voci nere di un vero e proprio concerto di navi senza bandiere. E magari, un istante dopo, nella eco della tua mente, canticchieresti pure sulle note di Peter Gabriel e dei suoi *“Games without frontiers”* dolcemente.

Chissà, poi, se domandi a Te stesso quali “Memorie” ispirino davvero i «Naviganti infiniti che sanno parlare con il cielo»¹³: se “dal sottosuolo”, citando Fëdor Dostoevskij, o “del Mediterraneo”, perché – sulle onde di Fernand Braudel – questo mare non è altro che una «enorme pianura».

Sarà forse questa la ragione per cui i rifugiandi *de iure, not better than the other ones de facto*, mutano “destinazione” per mutar “destino”; ché, poi, non convince affatto questo gerundio, poiché lo *status* di “rifugiato” – parafrasando il pensiero di Paulo Pinto de Albuquerque¹⁴, autore di alcune tra le più belle opinioni concorrenti e dissenzienti che siano mai state scritte a corredo delle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo – non “ha da esser concesso” ma semplicemente “dichiarato”.

3. *Uno sguardo “dentro e fuori” di sé*

Quanto poc'anzi evidenziato risulta ulteriormente confermato dalla Corte di Giustizia UE del Lussemburgo che, con sentenza emessa dalla Grande Sezione il 14 maggio 2019¹⁵ nelle tre cause riunite, ha precisato: fintanto che il cittadino di un Paese extra-UE o un apolide abbia un fondato timore di essere perseguitato nel suo Paese d'origine o di

¹³ Verso tratto dalla canzone *Sogna, ragazzo, sogna* di Roberto Vecchioni.

¹⁴ Cfr. P. PINTO de ALBUQUERQUE, *I diritti umani in una prospettiva europea, Opinions concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*, a cura e con un saggio di D. GALLIANI, Torino, 2016, p. 363.

¹⁵ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 14 maggio 2019, cause riunite C-391/16, C-77/17 e C-78/17, consultabile sul sito www.giurisprudenzapenale.com/2019/05/14/la-cgue-sulla-revo-ca-dello-status-di-rifugiato-per-motivi-legati-alla-protezione-della-sicurezza-nel-caso-di-rischio-di-persecuzione-nel-paese-dorigine/

residenza, questa persona deve essere qualificata come “rifugiato” ai sensi della direttiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio e della Convenzione di Ginevra del 1951; ciò, si badi bene, indipendentemente dal fatto che lo *status* di rifugiato ai sensi della direttiva le sia stato formalmente assegnato. Ed infatti, la predetta condizione è definita dalla direttiva come un atto di riconoscimento di natura meramente ricognitiva di tale qualità, non già costitutiva. Peraltro, se la Convenzione di Ginevra del 1951 contempla all’art. 33, § 2, la possibilità di derogare al divieto di respingimento laddove la persona risulti pericolosa per il Paese in cui si trova, la direttiva 2011/95/UE deve essere interpretata ed applicata nel rispetto dei diritti garantiti dalla Carta di Nizza del 2000, i quali escludono qualsiasi possibilità di deroga al divieto di respingimento verso un Paese ove esista un rischio serio che la persona del caso sia sottoposta a tortura, pene e trattamenti inumani o degradanti.

Va, peraltro, ricordato che anche l’art. 4, Protocollo 4, CEDU, prevede il divieto di respingimento di massa e che tale divieto, così come previsto su scala internazionale, vale anche per le operazioni extraterritoriali, comprese quelle in mare aperto. Ciò viene stabilito, in particolare, dalla Commissione interamericana dei diritti dell’uomo, dall’Alto Commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati, dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite, dalla Camera dei Lord e dalle interpretazioni del Comitato ONU contro la tortura e, infine, dal Comitato ONU sui diritti umani.

E la Corte europea dei diritti dell’uomo ciò ha stabilito anche nel caso *Chahal c. Regno Unito*¹⁶: nessuna circostanza, incluse la minaccia di terrorismo o le preoccupazioni per la sicurezza nazionale, può giustificare l’esposizione di un individuo al rischio concreto di tali violazioni di diritti umani.

Tali sono il tenore e la robustezza dell’austero art. 3 CEDU.

Si ricordi, poi, anche l’*affair Haitian Centre for Human Rights e altri vs. Stati Uniti* del 13 marzo 1997¹⁷ ove, al paragrafo 157, si dice che non vi è «alcuna limitazione geografica» agli obblighi di non respingimento derivanti dall’art. 33 della Convenzione di Ginevra; analogamente, la Commissione interamericana ha affermato che le operazioni di respingimento condotte dagli Stati Uniti avevano violato l’art. XXVII della Dichiarazione Americana dei diritti umani. L’art. XXVII, rubricato “Diritto di asilo”, stabilisce quanto segue: «Ogni persona ha il diritto, nel caso in cui la ricerca non derivi dall’aver commesso reati comuni, di chiedere e ricevere asilo in territorio straniero, in conformità con le leggi di ogni paese e con gli accordi internazionali».

Meritano di essere segnalate, inoltre, le Conclusioni e Raccomandazioni del Comitato per la prevenzione della tortura riguardanti il secondo rapporto sugli Stati Uniti d’America del 2006¹⁸ le quali, *sub* paragrafi 15 e 20, affermano che lo Stato deve vigilare affinché l’obbligo di non respingimento «possa essere fruito da tutte le persone poste sotto il controllo effettivo delle Autorità (...) ovunque esse si trovino nel mondo».

Si consideri, poi, anche il procedimento *J.H.A. vs. Spagna* del 2007¹⁹, all’esito del quale è stata ritenuta sussistente la violazione degli obblighi di non respingimento, in particolare

¹⁶ Corte E.d.u., Grande Camera, 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito*, ric. n. 22414/93, in *Massima redazionale*, 2008.

¹⁷ Causa n. 10675, rapporto n. 51/96, OEA/Ser.L./V/II.95, Doc. 7 rev., 13 marzo 1997.

¹⁸ Cfr. P. PINTO de ALBUQUERQUE, *I diritti umani in una prospettiva europea, Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*, cit., p. 366, nota 24.

¹⁹ V. ancora P. PINTO de ALBUQUERQUE, cit., p. 366, nota 24: CAT/C/41//D/323/2007 (2008).

quando la nazione iberica intercettava i migranti arrivati via mare ed avviava procedure extraterritoriali di determinazione dello stato di rifugiato.

Ci si domanda, a questo punto, se non origini da ciò anche la ulteriore condanna della Spagna, da parte della Corte di Strasburgo – intervenuta nell'ottobre 2017²⁰ – nel caso di due migranti respinti in Marocco alla frontiera fortificata della città di Melilla, enclave di Madrid in terra d'Africa. I due soggetti, provenienti rispettivamente dal Mali e dalla Costa d'Avorio, nel 2014 erano stati colti “in flagranza di reato” (quale?), mentre erano intenti ad oltrepassare la barriera confinaria fra i due Paesi e quindi erano stati immediatamente riportati in territorio marocchino. Gli avvocati di Madrid avevano tentato di argomentare che l'espulsione era avvenuta fuori dal territorio spagnolo e, cioè, in terra marocchina e che, pertanto, non poteva trattarsi di una violazione della CEDU.

Ed invece, la Corte di Strasburgo ha statuito quanto segue: «non è necessario stabilire se i due uomini si trovassero o meno sul territorio spagnolo dato che dal momento che sono scesi dalle barriere sono stati sotto l'esclusivo controllo delle forze dell'ordine spagnole». In particolare, la Corte ha condannato la Spagna per aver realizzato i c.d. “respingimenti a caldo” nei territori di Ceuta e Melilla, poiché illegali ed infatti, l'espulsione immediata dei due cittadini sub-sahariani verso il Marocco ha violato la C.E.D.U. che vieta i rimpatri collettivi ed obbliga a garantire il diritto ad un ricorso effettivo alle persone respinte. Una volta scesi dalla *valla*, dopo essere rimasti per ore sulla sommità della stessa, gli agenti spagnoli li consegnarono alle forze marocchine senza neppure chiedere loro il proprio nome.

4. *Il gatto del* Cheshire

E Tu, caro Lettore, scopri di avere l'entusiasmo di Alice, quando leggi per la seconda volta il n. 4. Solo che laddove hai poggiate il tuo piede è il CSPA di Lampedusa, non già il Paese delle Meraviglie. E passano tanti, troppi giorni, finché il Brucaliffo-Matt(e)o, al termine del suo statico peregrinar, all'“altro” e “diverso” da sé, scrutandolo, giunge a domandar: «*COSA ESSERE TU?*».

Ed infatti sai, in quella storia, nessuno chiese neppure “cosa” – piuttosto che “chi” – fossero loro; non furono identificati, né fu garantito loro il diritto di interloquire con avvocati ed interpreti, come invece stabiliscono la Convenzione di Ginevra e la allora vigente *Ley de Extranjería* 4/2000.

Dunque, la Corte ha condannato la Spagna a corrispondere 5.000 euro a ciascuna vittima dichiarando che «i ricorrenti non ebbero la possibilità di chiarire il proprio stato per ricevere assistenza di avvocati, interpreti o personale medico»²¹.

²⁰ *Migranti: Spagna condannata dalla Corte di Strasburgo per respingimenti*, 4 ottobre 2017, in <https://centroastalli.it/migranti-spagna-condannata-dalla-corte-di-strasburgo-per-respingimenti/>

²¹ Corte E.d.u., 3 ottobre 2017, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ricorsi n. 8675/15 e n. 8697/15, in www.echr.coe.int. Inoltre, secondo G. SÁNCHEZ, *La Corte di Strasburgo stabilisce che i “respingimenti a caldo” del Governo sono illegali, Desalambre (El Diario)*, 3 ottobre 2017, in <https://www.meltingpot.org/Spagna-La-Corte-di-Strasburgo-stabilisce-che-i.html#.XSrpeegzBIU>, «La pratica dei respingimenti immediati è una prassi che alla frontiera tra le enclaves di Ceuta e Melilla ed il Marocco si ripete da diversi anni, nonostante si tratti di una pratica attuata in diretta violazione della normativa vigente a livello internazionale. Al fine di fornirle una copertura legale nell'ordinamento interno, il Governo spagnolo decise di intervenire sulla *Ley de Extranjería* 4/2000 (che rappresentava il testo-quadro in materia di regolazione dello status degli stranieri) in maniera indiretta, ossia

In particolare, la Corte ha osservato che «i ricorrenti sono stati espulsi e consegnati al Marocco contro la propria volontà, (...) le misure furono adottate in assenza di qualsiasi intervento amministrativo o legale previo», aggiungendo realisticamente quanto segue: «esiste un nesso chiaro tra l’espulsione collettiva e il fatto che sia stato loro impedito l’accesso ad un ricorso che, invece, avrebbe consentito loro di presentare la denuncia ad un’autorità competente ed ottenere una minuziosa valutazione delle loro istanze prima del respingimento»²².

Qualcosa di sostanzialmente identico a quanto accadde nel caso dei cittadini tunisini, respinti dopo essere stati trattenuti per un tempo smisurato nel CSPA di Lampedusa e privati della possibilità di godere della stessa procedura giurisdizionalizzata che solo i Centri di identificazione ed espulsione di cui all’art. 14 del T.U. n. 286/98 prevedono ed impongono (con buona pace del primo decreto immigrazione, n. 113/2018 convertito dalla 132 del 1° dicembre scorso, che ha aumentato da 90 a 180 giorni il termine massimo di relativa permanenza). Ci si riferisce agli *affairs Klabifja ed altri*²³ così come *Hirsi Jamaa ed altri vs. Italia*²⁴ del 2015 e 2012, rispettivamente, ove fu pure acclarata la violazione del principio di sostanziale irretroattività degli accordi bilaterali del 2001 tra Italia e Tunisia in materia di rimpatri, perché non erano stati previamente pubblicati e, dunque, i cittadini tunisini notiziati.

Ché, poi – lo si ricordi ancor’ ora – ove avvistati, al “porto sicuro” i migranti devono comunque essere accompagnati.

E ciò, anche se gli abbrustoliti viaggiatori giungono in tanti, forse (?) troppi.

Pertanto, anche nelle situazioni di eccezionale grandezza di afflusso, l’offerta di una protezione ausiliaria, in luogo di quella da rifugiato, proprio non si confà all’uomo italiano di “buona volontà”: è la Piattaforma costituzionale che vieta, con rigore “svizzero”, di “rifiutare” e “respingere” le mandrie.

inserendo un’apposita disposizione nel progetto di riforma della *Ley de Seguridad Ciudadana* (L.O. 4/2015, più nota come “*Ley mordaza*”). In questo testo, l’aspetto della legalizzazione dei respingimenti immediati fu trattato nella *Disposición Final Primera*, che oltre a stabilire una sorta di regime speciale per le enclave di Ceuta e Melilla rispetto al resto del territorio spagnolo, stabilì che alla *Ley de Extranjería* vigente fosse aggiunta una disposizione integrativa nella quale si prevedeva espressamente che gli stranieri individuati nella linea di demarcazione territoriale delle enclave avrebbero potuto essere “*rechazados*” (rifiutati) al fine di impedirne l’ingresso illegale in Spagna. Ciò comportò che, dall’entrata in vigore della legge, si sia proceduto sistematicamente al respingimento immediato dei migranti verso il Marocco o alla loro diretta consegna alle autorità marocchine, omettendo completamente l’obbligo, già di rado rispettato, di adempiere a quello che fino ad allora era stato il processo legale di respingimento (che prevedeva il compimento di una serie di passaggi di carattere amministrativo finalizzati a garantire ai migranti un minimo livello di tutele).

²² Questa condanna è giunta all’esito di una delle Estati più *calienti* per il Marocco, che si trovò ad affrontare una intensa rivolta antigovernativa nella regione settentrionale del Rif. Secondo alcuni analisti, per sedare la rivolta, il governo marocchino si trovò costretto a ricollocare numerosi agenti della Gendarmeria nazionale a nord, spostandoli dalla zona di frontiera; secondo altri, invece, il Marocco avrebbe diminuito *ad hoc* il controllo sui flussi migratori, al fine di ottenere delle concessioni dalla Spagna e dall’U.E., con cui ha alcune questioni in *stand-by*, come quella del pieno riconoscimento della sovranità marocchina sulla regione del Sahara occidentale, in <https://www.ilpost.it/2018/06/13/cosa-fa-la-spagna-con-i-migranti-via-mare/>

²³ Corte E.d.u., Sezione Seconda, *Klabifja ed altri c. Italia*, 1° settembre 2015, ricorso n. 16483/12, in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?facetNode_1=0_8_1_41&facetNode_4=1_2%2820150901%29&facetNode_3=1_2%28201509%29&facetNode_2=1_2%282015%29&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU1187525

²⁴ Corte E.d.u., Grande Camera, *Hirsi Jamaa ed Altri c. Italia*, 23 febbraio 2012, ricorso n. 27765/09, in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?facetNode_1=0_8_1_60&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU743291

Pardon! Le masse di uomini, donne e bambini che poi così “altri” e “diversi” da noi non sono davvero. Quattro paroline si insinuano nella mente con la stessa frenesia di una danza tribale: Aristides de Sousa Mendes.

Così come il 4 è il numero scelto per stigmatizzare il “divieto di espulsioni collettive”: si... “muore” proprio dalla voglia di “salpare” in direzione del Protocollo C.E.D.U. ad esso dedicato.

Eppure, caro passeggero che di sogni ne facevi tanti quando pur Ti trovavi su di instabili natanti; sì, proprio quando “consentivi” di rimanere “ristretto” su quel barcone, desideravi e “prevedevi” che ovunque fossi stato avvistato, anche in mare aperto, *your place of safety* avresti trovato.

Non... “ostativo”, *rectius*: ostile, ma spazioso e comprensibile – l’angelo in terra mediando la babele umana – obbligatoriamente pronto ad accoglierti.

Poi il brusco incendio è divampato e Tu ti sei ad un tratto svegliato, ringraziando l’anima “Christian(i)a” di Nansen che *certa* ha reso la tua rotta e Ti ha liberato, dirigendoti a Strasburgo... “Vincente” e “Audace”. Non tutti hanno ricevuto la stessa *grazia* dalla *Cour...* celeste: sarà perché spesso «Nel mare ci sono i coccodrilli».

D'altronde, Enaiatollah Akbari lo aveva detto: «I trafficanti, be', loro non potevano portarmi all'ospedale o da un dottore, è chiaro. È il più grande problema di essere clandestini, questo: sei illegale anche nella salute»²⁵.

5. Il caso Rackete

Ha fatto discutere – assai e non poco – il recentissimo caso di Carola Rackete, comandante della nave “Sea Watch 3” attraccata al Porto di Lampedusa il 29 giugno 2019, accendendo gli animi – assai e non poco – del popolo.

Ciò che, infatti, ha destato – e desta – maggiore preoccupazione è il polverone, mediatico e mediaticamente offensivo nei confronti dell’A.G. di Agrigento che di tale procedimento si è... “potuta” occupare²⁶ e destato dalle fazioni politiche molto più che dal fronte giuridico.

Com’è noto, l’Ufficio G.I.P. del Tribunale siciliano ha rigettato, e la richiesta di convalida, e la richiesta di misura cautelare – *sub specie* del divieto di dimora nell’Agrigentino – avanzate dalla Procura della Repubblica per i reati pp. e pp. dagli artt. 1100 cod. navigazione, perché, «quale Comandante della motonave Sea Watch 3 (...), compiva atti di resistenza e di violenza nei confronti della nave da guerra “Vedetta V.808” della Guardia di Finanza» e 337 c.p., perché, nella stessa qualità, «usava violenza per opporsi ai pubblici ufficiali presenti a bordo delle Vedetta V.808 della Guardia di Finanza mentre compivano atti di polizia marittima».

Orbene, all’esito di un’analisi logica, tecnica, equilibrata e, dunque – a parere di chi scrive – “giusta”, il G.i.p. ha evidenziato quanto segue: dal combinato disposto degli artt.

²⁵ F. GEDA, *Nel mare ci sono i coccodrilli*, Storia vera di Enaiatollah Akbari, Milano, 2010, p. 53.

²⁶ Severo quanto equilibrato è stato il monito di Margherita Cassano che ha chiesto formalmente l’intervento del CSM, a seguito della divulgazione di una *black list* di magistrati “sgraditi” al Ministro dell’Interno. V. *La Corte d’Appello di Firenze al Viminale: “Linciaggio morale verso un nostro giudice”*, 6 giugno 2019, in <https://iltirreno.gelocal.it/regione/toscana/2019/06/06/news/la-corte-d-appello-di-firenze-al-viminale-linciaggio-morale-verso-un-nostro-giudice-1.33481339>

10 e 117 Cost., si ricava il principio imperativo per lo Stato italiano di uniformarsi agli obblighi internazionali (*pacta sunt servanda*); dalla Convenzione ONU sul diritto del mare di Montego Bay del 10 dicembre 1982 (c.d. UNCLOS) e dalla Convenzione SAR (*Search and Rescue*) adottata ad Amburgo sulla ricerca e soccorso in mare, discende l’obbligo per il Comandante di una nave di prestare assistenza a chiunque si trovi in pericolo in mare. Convenzioni ratificate e rese esecutive in Italia nel 1994 e nel 1989, rispettivamente.

Senonché, la Convenzione SAR prevede che, in base al principio della cooperazione internazionale, il riparto delle zone di ricerca e salvataggio abbia luogo d’intesa con gli altri Stati interessati.

Orbene, alla luce delle dichiarazioni rese dalla Rackete in sede di interrogatorio, la situazione di pericolo in mare era certamente integrata, posto che, quando il gommone è stato individuato al largo della costa libica – porto notoriamente ed indiscutibilmente tutt’altro che “sicuro” – il natante si presentava «“in condizioni precarie e nessuno aveva giubbotto di salvataggio, non avevano benzina per raggiungere alcun posto, non avevano esperienza nautica, né avevano un equipaggio”»²⁷.

Inoltre, non v’è dubbio che il principio fatto proprio dalla Convenzione SAR sia stato violato dalle altre Autorità nazionali, giacché dalla motonave, battente bandiera olandese, erano stati richiesti – via mail – il coordinamento delle operazioni e la indicazione di un porto sicuro a Libia – scelta discutibile – Olanda, Italia e Malta, proprio perché erano i centri più vicini.

Tuttavia, l’unica risposta giunta – in termini “positivi” – era proprio dalla guardia costiera libica che aveva comunicato alla motonave di indirizzarsi verso Tripoli.

La stessa Tripoli o, meglio, la stessa Tajoura che si trova nella periferia orientale della capitale libica, dove il 3 luglio 2019 è stato bombardato un centro di detenzione per migranti.

Si sono contati almeno quaranta morti ed ottanta feriti²⁸.

Sic!

Certo, la comandante ben avrebbe potuto/dovuto evitare l’impatto con la nave della G.d.F., anche perché risultava dotata del c.d. *blow thruster*, cioè, il motore che permette al natante il moto laterale.

²⁷ Tribunale di Agrigento, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, ordinanza sulla richiesta di convalida di arresto e di applicazione della misura cautelare, proc. nn. 3169/19 R.G.N.R. – 2592/19 R.G.G.I.P., 2 luglio 2019, contestualmente depositata, p. 8, in <http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2019/07/Rachete-Carola-Ordinanza-sulla-richiesta-di-convalida-di-arresto.pdf>

²⁸ M. INDELICATO, *Oim ed Unhcr al fianco delle Ong: “Devono continuare ad operare nel Mediterraneo”*, 12 luglio 2019, consultabile sul sito <http://www.ilgiornale.it/news/politica/oim-ed-unhcr-fianco-delle-ong-devono-continuare-ad-operare-1725510.html>. Il giornalista riferisce ulteriormente quanto segue: «La nota di Oim ed Unhcr assume una posizione contraria alle attuali mosse del governo italiano, quando si parla di respingimenti verso la Libia ed Ong. Pur senza citare espressamente il nostro paese, ben si intuisce come le agenzie dell’Onu non vedono di buon grado quanto deciso di recente dall’Italia: «La detenzione di quanti sono fatti sbarcare in Libia dopo essere stati soccorsi in mare deve terminare – affermano le due organizzazioni – esistono alternative pratiche: dovrebbe essere consentito loro di vivere nelle comunità locali o in centri di accoglienza aperti e si dovrebbero stabilire le relative modalità di registrazione. È possibile istituire centri sicuri e semiaperti simili a quello di raccolta e partenza dell’Unhcr». Dunque, la linea delle Nazioni Unite è opposta a quella italiana ed in particolar modo a quella del ministro Matteo Salvini, il quale invece sostiene l’opportunità di sostenere la guardia costiera libica al fine di riportare nel paese africano coloro che vengono soccorsi in mare. Sulle Ong, sia l’Oim che l’Unhcr appaiono poi ancora più decise: «Queste organizzazioni – scrivono ancora le agenzie – dovrebbero poter riprendere a svolgere questo compito vitale e si dovrebbe istituire con urgenza un meccanismo di sbarco temporaneo che consenta una condivisione di responsabilità a livello europeo».

A tal proposito, si legge nella richiesta dell'Ufficio di Procura: «secondo quanto indicato dal verbale di arresto della Guardia di Finanza, il Comandante della Sea Watch 3 non effettuava, nonostante le segnalazioni operate dall'Unità V.808, alcuna manovra per evitare la collisione tra le due unità, collisione che effettivamente si verificava»²⁹.

Senonché, riguardo a tale non secondario aspetto, nulla si legge nella ordinanza emessa ai sensi dell'art. 391 c.p.p. in relazione agli artt. 272 e ss. c.p.p.

Quel che, invece, è stato scritto è il dato seguente: «(...) la convenzione di Amburgo del 1979 prevede che gli sbarchi dei naufraghi soccorsi in mare debbano avvenire nel “porto sicuro” più vicino al luogo di soccorso. Questo significa che le persone tratte in salvo devono essere portate dove: 1) la sicurezza della vita dei naufraghi non è più in pericolo; le necessità primarie (cibo, alloggio e cure mediche) sono assicurate; 3) può essere organizzato il trasferimento dei naufraghi verso una destinazione finale».

Orbene, rileggendo le “clausole” contenute nella convenzione siglata nella umanissima Germania³⁰, ciò che carpisce maggiormente l'attenzione neuronale è il seguente polinomio: sbarchi – “porto sicuro” – persone tratte in salvo – alloggio – trasferimento.

Non v'è dubbio che, dall'*ensemble* degli elementi testé evidenziati, “emerge” un concetto nitido ed inequivoco: “approdo”.

Il tutto è accaduto, peraltro, dopo che il 15 giugno, mentre la Sea Watch si trovava ancora in acque internazionali, è entrato in vigore il decreto legge n. 53/2019 (c.d. decreto *sicurezza-bis*); in base all'art. 1 di detto decreto – che ha modificato l'art. 11 del T.U. n. 286/98, cui è stato inserito il c. 1-*ter* – il Ministro dell'Interno ha il potere di adottare provvedimenti volti a vietare o limitare l'ingresso di imbarcazioni nelle acque territoriali per finalità di contrasto all'immigrazione irregolare.

Intanto, ci si limiti ad evidenziare che nessun provvedimento ministeriale può entrare in insanabile... rotta di collisione con la Convenzione di Palermo contro il crimine transnazionale ed i suoi Protocolli aventi ad oggetto la tratta ed il traffico di esseri umani e che collocano al posto... zero la salvaguardia della vita umana in mare alla lotta contro la immigrazione “illegale”.

Proprio così; il verdetto che dal consueto *balancing* esita non può essere messo in discussione. Mai e da nessuno.

Tuttavia, se questo è il rischio di una opinabile scelta politica e partitica, quel che stupisce ed anzi delude enormemente è che a tale risultato sia sostanzialmente (mal) approdata anche la Corte EDU, *id est*: Corte Europea (vocata alla tutela) dei diritti dell'uomo.

Già.

Ed essa, pur adita in via d'urgenza – ai sensi dell'art. 39 del suo Regolamento di procedura – ha negato lo sbarco, imponendo comunque allo Stato italiano di dare l'assistenza necessaria³¹.

²⁹ V. richiesta di convalida dell'arresto e di applicazione di misura cautelare della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento del 30 giugno 2019, contestualmente depositata, p. 8, in <http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2019/07/Richiesta-convalida-arresto-RACKETE.pdf>

³⁰ La Germania, infatti, rientra tra i cinque Paesi che hanno dato la disponibilità ad accogliere i migranti. Insieme ad essa: Francia, Finlandia, Lussemburgo e Portogallo, in https://www.agi.it/estero/sea_watch_5_paesi_accolgono_migranti-5739353/news/2019-06-28/

³¹ Il Fatto Quotidiano, *Sea Watch, Corte europea respinge il ricorso: no allo sbarco in Italia. “Dare comunque assistenza necessaria”*, in <https://www.ilfattoquotidiano.it/2019/06/25/sea-watch-corte-europea-respinge-il-ricorso-no-allo-sbarco-in-italia-dare-comunque-assistenza-necessaria/5281601/>

Strano ossimoro logico- concettuale, probabile frutto di un atteggiamento molto *politically* ma assai poco *conventionally correct*.

Sicché, consola di certo – ma non soddisfa – ragionare come segue: «La circostanza che la richiesta di misure provvisorie sia stata respinta, se da un lato suscita preoccupazione per le sempre più precarie condizioni umanitarie a bordo della Sea Watch, dall’altro non sembra discostarsi da quanto normalmente accade nell’ambito delle procedure d’urgenza dinanzi alla Corte di Strasburgo; proprio per tale ragione – questo il punto che vorremmo evidenziare – non deve essere interpretata né come un’anticipazione della posizione della Corte rispetto ad un eventuale ricorso proposto dalle stesse persone per violazione dei propri diritti fondamentali; né, tanto meno, come autorevole avallo sovranazionale della politica dei porti chiusi che sta portando avanti il Governo italiano.

La portata della pronuncia deve essere infatti contestualizzata nel quadro di un consolidato orientamento restrittivo in materia di misure provvisorie, le quali vengono concesse soltanto a fronte di un imminente rischio di danno irreparabile («*an imminent risk of irreparable harm*»). Si consideri a tal proposito che, in base agli ultimi dati disponibili, la Corte accoglie le richieste di *interim measures* soltanto nel 20% dei casi. Del resto, l’efficacia delle misure in questione, che sono a tutti gli effetti vincolanti per gli Stati, discende proprio dal loro carattere eccezionale, che favorisce il contenimento del loro numero assoluto e consente così alla Corte di evaderle con priorità assoluta nel giro di pochissime ore. Si noti, infine, che più della metà delle richieste accolte provengono da persone in procinto di essere espulse o estradate verso Paesi dove rischiano di subire trattamenti contrari all’art. 3 o di perdere la vita, situazione almeno in parte diversa da quella qui in esame, dove non è in corso un respingimento verso la Libia, i naufraghi essendo pur sempre nelle mani dei loro soccorritori»³².

Sarà.

Anche perché, faceva opportunamente notare la Rackete, «la situazione psicologica stava peggiorando ogni giorno, molte persone soffrivano lo stress post traumatico, quindi quando abbiamo detto alle persone che l’esito era negativo la pressione psicologica era diventata intensa perché non avevamo nessuna soluzione e le condizioni mediche peggioravano. Abbiamo deciso di dichiarare lo stato di necessità e di entrare nelle acque territoriali. Questo il 26 giugno, quindi noi abbiamo cercato per 14 giorni di non infrangere la legge».

Sic... again!

Senonché, correttamente il G.i.p. ha così concluso: «Ritiene, peraltro, questo Giudice che, in forza della natura sovraordinata delle fonti convenzionali e normative sopra richiamate, nessuna idoneità a comprimere gli obblighi gravanti sul capitano della Sea Watch 3, oltre che delle autorità nazionali, potevano rivestire le direttive ministeriali in materia di “porti chiusi” o il provvedimento (del 15 giugno 2019) del Ministro degli Interni di concerto con il Ministro della Difesa e delle Infrastrutture (*ex art. 11, c. 1-ter T.U. Imm.*) (...)».

Tant’è.

Qui non si tratta di orientamento politico, men che meno di consenso populistico; si tratta di carte giuridiche che ognuno – Uomini del Governo compresi – “hanno da rispettare”.

Et de hoc satis... right now!

ABSTRACT: “The South shore”: Do we really care about them?

Respect of others, the recognition of human dignity, the feeling of brotherhood, the sense of communion find their origin in the early forms of religiosity. Religion, expression of a

³² S. ZIRULIA, F. CANCELLARO, *Caso Sea Watch: cosa ha detto e cosa non ha detto la Corte di Strasburgo nella decisione sulle misure provvisorie*, 26 giugno 2019, in <https://www.penalecontemporaneo.it/d/6760-caso-sea-watch-cosa-ha-detto-e-cosa-non-ha-detto-la-corte-di-strasburgo-nella-decisione-sulle-misur>

shared feeling, was born as a model of manifestation of shared individual consciousness. Just the sharing's idea pushes man to self-determination and to develop their own personality within organized groups of men gathered in community, with the aim to realize himself, not only individually but as a subject forming part of a Community project.

The change from a conception of the "Self" that vanishes in the face of rediscovery of the "Self" in the criminal communitas, which appears more achievable than the community of expectation, could open up the identification of Man - to put it in Beltroux - by the "elusive race". On the one hand, the widespread collapse that occurred as a result of lingering strain, imposed for example from the war, on the other, combined with the collapse of the values and ideals to which it was believed until yesterday, they are for Beltroux two factors that have propitiated the formation of the elusive type. Anyway, sadly this phenomenon is real. Moreover, the mentioned insubstantiality does not exclusively concern higher ethical problems but the elementary forms of daily life, whose apathy gives vital breath to the "Cain" sleeping inside each individual.

The reason for whom we have decided to invoke the "South shore" is based on the music and the text wisely composed by Eugenio Bennato. And if you decide to listen to it, I'm sure you will remark the magic mix between white and black voices - it's a children choir - who song at a real concert of ships without flags. I think and ask to myself if the "Memories" which inspire the «never-ending Navigators who are able to speak to the Sky» come from subsoil, as Fëdor Dostoevskij wrote, in spite of coming from the Mediterranean Sea, because - upon Fernand Braudel's waves - that sea is nothing else than an «enormous plain». Probably that's why the refugees de jure not better than the other ones de facto, change the final destination in order to change their own destiny; and in my opinion, according to Paulo Pinto de Albuquerque, the status of refugee doesn't need to be allowed but simply declared. The article number 4 of the 4th Protocol of the E.C.H.R. provides the prohibition of mass refoulement on every extraterritorial operation, including the ones into high seas. And this is it, even if the toasted travellers come in large quantities, probably too many people. So, at the place of safety, you imagine to discover the equal enthusiasm of Alice in Wonderland, and when you weak up, your first desire is to thank heaven, because you're alive.

What about the others?

**GESTIONE DEI FLUSSI MIGRATORI E OBBLIGO DI *NON REFOULEMENT*:
CENNI SULLA RECENTE PRASSI ITALIANA IN MATERIA DI RESPINGIMENTO ED
ESPULSIONE DI PRESUNTI MIGRANTI IRREGOLARI**

EUGENIO CARLI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'obbligo di *non refoulement*: contenuto e ambito di applicazione. – 3. Le misure italiane di contrasto all'immigrazione. – 3.1. Gli accordi con la Libia. – 3.2. Il Decreto Sicurezza. – 3.3. La “chiusura” dei porti nazionali e la criminalizzazione del soccorso in mare. – 3.4 La direttiva sul controllo delle frontiere marittime. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

La gestione dei flussi migratori lungo la rotta del Mediterraneo centrale è una delle questioni più controverse e dibattute nel dibattito politico europeo e, in modo particolare, italiano. Il nostro Paese è, come noto, uno dei principali luoghi di destinazione dei c.d. “barconi”, i natanti di fortuna che trasportano i migranti in fuga dai territori di origine e che intraprendono la via del mare in cerca di condizioni di vita migliori. Rispetto ai dati registrati fino a pochi anni fa, gli sbarchi sulle coste europee, e italiane in particolare, sono drasticamente diminuiti¹. Se questo può essere interpretato, da una parte, come un segnale positivo a testimonianza dei risultati che la politica di contrasto all'immigrazione illegale in atto nel Vecchio Continente sta cominciando a ottenere, dall'altra si presta a critiche, soprattutto per quanto riguarda il rispetto dei diritti umani dei migranti.

La strategia adottata dall'Italia, indicativamente nell'ultimo decennio, è stata, in particolare, quella di una sostanziale esternalizzazione della gestione dei flussi migratori via mare, consistente nel fornire assistenza ai Paesi di origine², segnatamente la Libia, affinché siano questi ultimi a dare attuazione alle misure di sorveglianza, pattugliamento in mare e controllo delle imbarcazioni che trasportano migranti, al fine di impedire quanto più possibile l'arrivo di cittadini stranieri sul suolo italiano. Tale strategia solleva numerose questioni di diritto internazionale, riguardanti settori diversi³. In questo contributo ci

* Borsista di ricerca in Diritto e politiche internazionali, Università di Siena.

¹ Secondo dati dell'UNHCR, tra il 1 gennaio e il 31 maggio 2019 sono sbarcate in Italia 1.551 persone. Nei primi cinque mesi del 2018 arrivarono 13.000 migranti, addirittura 60.000 nel 2017. A maggio c'è stata una notevole impennata rispetto ai mesi precedenti, poiché sono arrivate 772 persone, tante quante nei quattro mesi precedenti. Se consideriamo gli arrivi su tutte le coste europee, tra il 1 gennaio e il 31 maggio 2019 sono arrivati via mare in Europa circa 25.000 migranti (nei primi cinque mesi del 2018 furono circa 35.000). La Grecia è tornata ad essere l'approdo più significativo, con 13.500 arrivi nel 2019, di cui 9.500 via mare e 4.000 via terra. In Spagna sono arrivate circa 10.000 persone nei primi cinque mesi del 2019, contro le 11.000 di inizio 2018. Si consulti <https://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean>.

² Con questa locuzione ci riferiamo ai Paesi dalle cui coste sono soliti partire le imbarcazioni con a bordo i migranti e non agli Stati di nazionalità di questi.

³ Per un interessante contributo sul tema si veda, tra gli altri, F. DE VITTOR, *Respingimenti in mare ed 'esternalizzazione' della protezione: il confine territoriale come limite agli obblighi di tutela*, in M. MECCARELLI, P.

vogliamo soffermare, in particolare, sulle varie misure intraprese dall'Italia nel solco della suddetta politica e la loro conformità rispetto all'obbligo di *non refoulement* (in questo articolo, anche "non respingimento"). La scelta di incentrare l'analisi su tale norma è dettata soprattutto dal fatto che essa assume un rilievo particolare nel quadro della gestione dei flussi migratori via mare e delle misure previste (espulsione, respingimento alla frontiera, rimpatrio, ecc.), presentando numerosi profili di criticità rispetto a quanto messo in atto dal nostro Paese, sia sul piano nazionale che internazionale.

Dopo aver brevemente accennato al contenuto e alla portata dell'obbligo in parola, con riferimento ai vari strumenti normativi che, a diversi livelli giuridici (internazionale, diritto dell'Unione europea, diritto interno), lo prevedono, prenderemo in esame alcune delle misure di contrasto all'immigrazione (irregolare)⁴ varate dall'Italia, al fine di valutarne possibili profili di incompatibilità. In particolare, ci soffermeremo dapprima sugli accordi sottoscritti con la Libia, culminati con la firma del Memorandum d'intesa del febbraio 2017, e sulle riforme e provvedimenti più recenti di rilievo interno (il Decreto Sicurezza dell'ottobre 2018, la politica dei "porti chiusi", la criminalizzazione del soccorso marittimo svolto dalle organizzazioni non governative e la direttiva sul controllo delle frontiere marittime del marzo 2019). Seguiranno, infine, alcune considerazioni conclusive.

2. L'obbligo di non refoulement: contenuto e ambito di applicazione

L'obbligo di non respingimento è un principio-cardine dell'ordinamento internazionale in tema di trattamento dei rifugiati e dei richiedenti asilo ed è normato a tutti i livelli giuridici (internazionale, europeo e interno). Per quanto riguarda il diritto internazionale pattizio, esso costituisce un elemento fondamentale, definito quale *cornerstone*, sia del sistema di protezione dei rifugiati, sia del diritto internazionale sui diritti umani.

In merito al primo settore, l'obbligo in parola è innanzitutto sancito dall'art. 33, par. 1, della Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati del 1951 cui l'Italia è parte⁵ ("Divieto d'espulsione e di rinvio al confine"), il quale dispone: «1. Nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche». La disposizione non si applica qualora vi siano seri motivi per ritenere che il rifugiato costituisca «un pericolo per la sicurezza del paese in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto paese» (art. 33, par. 2).

La portata dell'obbligo ivi sancito è piuttosto ampia. Il linguaggio usato, infatti, («in qualsiasi modo»), indica chiaramente che il divieto si applica a qualsiasi atto di rimozione

PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Macerata, 2012, pp. 183-205.

⁴ Una delle conseguenze più immediate delle misure di contrasto all'immigrazione è stata l'aumento degli immigrati irregolari presenti sul territorio italiano, a causa del netto incremento della percentuale di coloro che ricevono risposta negativa alla domanda di asilo (c.d. diniegati). Secondo uno studio, da giugno 2018 a gennaio 2019 sono circa 45.000 i diniegati. Considerato che i rimpatri sono stati circa 5.000, si sono prodotti 40.000 irregolari in più. Si veda M. VILLA, "I nuovi irregolari in Italia", ISPI, 18 dicembre 2018.

⁵ Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati, Ginevra, 28 luglio 1951, in vigore dal 22 aprile 1954 e, per l'Italia, dal 13 febbraio 1955 (provvedimento di esecuzione: legge 24 luglio 1954 n. 722).

forzata o respingimento che metta l'individuo a rischio di persecuzione. La natura giuridica dell'atto (espulsione, deportazione, estradizione, non ammissione, respingimento alla frontiera, trasferimento, consegna, ecc.) non è pertanto rilevante, mentre lo è esclusivamente la conseguenza che questo produce⁶. Poiché, secondo l'interpretazione fornita dall'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani (UNHCR)⁷ e accolta da gran parte della dottrina⁸, il riconoscimento dello *status* di rifugiato ha natura declaratoria e non costitutiva, il principio in esame riguarda anche i richiedenti asilo, anche se entrati illegalmente in un territorio, posto che si trovino sottoposti alla giurisdizione di uno degli Stati parti. Inoltre, come rilevato in dottrina, sebbene la Convenzione di Ginevra non contenga alcuna disposizione che obbliga gli Stati parti a concedere l'asilo, quest'ultimo è, generalmente, l'unico mezzo concreto per rispettare l'art. 33⁹. Difatti, al fine di valutare se lo Stato di destinazione dia tutte le garanzie del caso e costituisca un "luogo sicuro", sarà necessario fornire all'individuo una qualche forma di accoglienza temporanea sul proprio territorio nazionale. In sostanza, uno Stato può conformarsi all'obbligo di non respingimento ai sensi dell'art. 33, par. 1, della Convenzione di Ginevra in due modi: concedendo asilo temporaneo ad un individuo per avere il tempo di valutare se, nello Stato di destinazione, la sua vita o la sua libertà possano essere in qualche modo minacciate, oppure respingendolo verso un Paese sicuro¹⁰. Questa precisazione è molto importante ai nostri fini, poiché vedremo in seguito che l'Italia, attraverso misure che restringono la possibilità per una persona di accedere a una qualche forma di protezione internazionale, presta potenzialmente il fianco a possibili violazioni del divieto di respingimento sancito dalla Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati, nonché dagli altri accordi internazionali che vedremo qui di seguito.

Secondo l'UNHCR, inoltre, uno Stato parte ha la responsabilità di assicurarsi che il rifugiato espulso non andrà incontro a situazioni di pericolo in nessuno dei Paesi in cui potrebbe essere trasferito, con l'obbligo di evitare quindi non solo il *refoulement* diretto, ma anche indiretto¹¹. Ciò significa che, per rispettare il principio di *non-refoulement*, gli Stati devono evitare, in ogni caso, che un rifugiato venga espulso o rimpatriato senza un preventivo ed esaustivo esame della domanda d'asilo, al fine di evitare il perpetrarsi dei c.d. "refoulement a catena".

Per quanto riguarda il diritto internazionale pattizio sui diritti umani cui l'Italia è giuridicamente vincolata, l'obbligo in esame è normato, a livello universale, dall'art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici¹², dall'art. 3 della Convenzione delle Nazioni

⁶ V. CHETAİL, *Are Refugee Rights Human Rights? An Unorthodox Questioning of the Relations between Refugee Law and Human Rights Law*, in R. RUBIO-MARIN (ed.), *Human Rights and Immigration, Collected Courses of the Academy of European Law*, Oxford, 2014, pp. 29-30.

⁷ Si veda, ad es., Comitato esecutivo dell'UNHCR, Conclusione n. 6 (XXVIII), *Non-refoulement*, 12 ottobre 1977.

⁸ Si vedano, tra gli altri, E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The scope and content of the principle of non-refoulement: opinion*, in E. FELLER, V. TÜRK, F. NICHOLSON (eds.), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge, 2005, pp. 126-127; G. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford, 2007, p. 232.

⁹ V. CHETAİL, *Are Refugee Rights Human Rights?*, cit., pp. 29-30.

¹⁰ *Ivi*, p. 32.

¹¹ UNHCR, *Observations on the European Commission's Proposal for a Council Regulation establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third country national*. February 2002, par. 6.

¹² Patto internazionale sui diritti civili e politici, New York, 16 dicembre 1966, in vigore dal 23 marzo 1976, per l'Italia dal 15 dicembre 1978 (provvedimento di esecuzione: legge 25 ottobre 1977, n. 881).

Unite contro la tortura¹³ e dall'art. 16 della Convenzione delle Nazioni Unite contro le sparizioni forzate¹⁴, mentre, a livello regionale, l'obbligo è indirettamente affermato dall'art. 3 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo (CEDU)¹⁵. In quest'ultimo caso, l'obbligo di non respingimento si sostanzia nel divieto di tortura o trattamenti inumani e degradanti, attraverso una protezione *par ricochet* ("di riflesso") della disposizione, sancita da un'interpretazione evolutiva della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁶. In tutti gli altri strumenti internazionali di protezione dei diritti dell'uomo richiamati, il principio di *non refoulement* è formulato in termini simili, essendo sempre necessaria la presenza di "seri motivi" (o "fondate ragioni") per ritenere che vi sia un pericolo di subire le relative persecuzioni (tortura, sparizione forzata, trattamenti inumani o degradanti).

La differenza tra il principio così come sancito dalla Convenzione di Ginevra del 1951 e quello che si trova negli accordi internazionali di salvaguardia dei diritti umani riguarda l'ampiezza della protezione accordata. Mentre, infatti, nel primo caso l'obbligo di non respingimento riguarda soltanto coloro i quali rientrano nella definizione di rifugiato ai sensi dell'art. 1 della Convenzione di Ginevra¹⁷, ivi compresi i richiedenti asilo, nei trattati sui diritti umani qualsiasi individuo gode della protezione dal respingimento, a prescindere dalla sua qualificazione giuridica, ivi comprese le persone che sono invece escluse dalla protezione per effetto dell'art. 33, par. 2, della Convenzione sullo *status* dei rifugiati.

La ripetizione di tale principio in numerosi accordi internazionali¹⁸ e nella prassi degli Stati ha permesso di qualificarlo quale norma di diritto consuetudinario. Tale carattere è stato riconosciuto anche dall'UNHCR¹⁹ e da alcuni giudici internazionali²⁰, nonché

¹³ Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti, New York, 10 dicembre 1984, in vigore dal 26 giugno 1987, per l'Italia dall'11 febbraio 1989 (provvedimento di esecuzione: legge 3 novembre 1988, n. 498).

¹⁴ Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata, New York, 20 dicembre 2006, in vigore dal 23 dicembre 2010, per l'Italia dall'8 ottobre 2015 (provvedimento di esecuzione: legge 29 luglio 2015, n. 131).

¹⁵ Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Roma, 4 novembre 1950, in vigore dal 3 settembre 1953, per l'Italia dal 26 ottobre 1955 (provvedimento di esecuzione: legge 4 agosto 1955, n. 848).

¹⁶ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 7 luglio 1989, ricorso n. 14038/88, *Soering c. Regno Unito*, par. 88.

¹⁷ Ai sensi dell'art. 1, A(2), un rifugiato è una persona che «nel giustificato timore d'essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole domandare la protezione di detto Stato; oppure a chiunque, essendo apolide e trovandosi fuori del suo Stato di domicilio in seguito a tali avvenimenti, non può o, per il timore sopra indicato, non vuole ritornarvi». Pertanto, gli elementi costitutivi della definizione di rifugiato sono sostanzialmente cinque: la presenza della persona al di fuori dello Stato di nazionalità o di residenza; l'impossibilità o la mancanza di volontà di avvalersi della protezione del proprio Stato di nazionalità o di residenza; il fondato timore di essere perseguitato; l'atto stesso della persecuzione; i motivi di tale persecuzione.

¹⁸ Esso è codificato anche dall'art. 22, par. 8, della Convenzione americana dei diritti dell'uomo del 1969 e dall'art. 5 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981.

¹⁹ Si veda UNHCR, *The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law, Response to the Questions posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93*, consultabile su <http://www.unhcr.org/home/RSDLEGAL/437b6db64.html>; UNHCR, *Note on the Principle of Non-Refoulement, EU Seminar on the Implementation of the 1995 EU Resolution on Minimum Guarantees for Asylum Procedures*, 1° November 1997, consultabile su <http://www.unhcr.org/home/RSDLEGAL/438c6d972.html>.

²⁰ Corte interamericana dei diritti dell'uomo, Parere consultivo del 17 settembre 2003, *Judicial Condition and Rights of the Undocumented Migrant*, OC-18/03, opinione concorrente del giudice A.A. Cançado Trindade, par.

confermato dalla più gran parte della dottrina²¹. Secondo alcuni autori²², il principio di *non refoulement* costituisce, inoltre, una norma cogente, con la conseguenza che essa dovrebbe essere inderogabile²³ e prevalere su qualsiasi altra norma pattizia o consuetudinaria. Tale posizione, adottata anche dal Comitato Esecutivo dell'UNHCR in più occasioni²⁴, ci sembra al momento non ancora suffragata da una prassi sufficiente (soprattutto per quanto riguarda l'elemento essenziale dell'inderogabilità²⁵), né trova riscontro nella giurisprudenza internazionale.

Nell'ambito del diritto primario dell'Unione europea (UE), l'obbligo di non respingimento è sancito dall'art. 19, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (Carta UE)²⁶ ("Protezione in caso di allontanamento, di espulsione e di estradizione"), che recita: «[n]essuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti». Il principio è inoltre richiamato dall'art. 78, par. 1, del Trattato sul funzionamento dell'UE²⁷. Con riferimento al diritto secondario, il principio è espressamente menzionato, *inter alia*, nella "Direttiva rimpatri" del 2008²⁸ e nella "Direttiva procedure" del 2013²⁹. Come vedremo in seguito, la portata dell'obbligo così come previsto

217 ss.; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa et al. c. Italia*, opinione concorrente del giudice Pinto de Albuquerque.

²¹ Si vedano, tra gli altri, F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani: l'evoluzione del diritto di asilo nel diritto internazionale*, Milano, 2009, p. 379; J. COPPENS, *Interception of seaborne migrants: the applicability of the non-refoulement principle at sea*, in *German Yearbook of International Law*, n. 56, 2013, p. 452; E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The scope*, cit., p. 87; G. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee*, cit., pp. 345-354; S. TREVISANUT, *The principle of non-refoulement at sea and the effectiveness of asylum protection*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, n. 12, 2008, p. 215; F. MORRONE, *L'asilo nel diritto internazionale*, in B.M. BILOTTA, F.A. CAPPELLETTI (eds.), *Il diritto d'asilo*, Padova, 2006, p. 68; J.C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge, 2005, pp. 363-367.

²² E. PAPASTAVRIDIS, *The EU and the obligation of non-refoulement at sea*, in F. IPPOLITO, S. TREVISANUT (eds.), *Migration in the Mediterranean. Mechanisms of International Cooperation*, Cambridge, 2015, p. 241; J. ALLAIN, *The jus cogens nature of non-refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, n. 13, 2001, p. 533; H. HONGIU KOH, *The Haitian Centers Council case: reflections on refoulement and Haitian Centers Council*, in *Harvard International Law Journal*, n. 35, 1994, p. 30; F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani*, cit., p. 387.

²³ Se non da una norma avente pari carattere, secondo quanto stabilito dall'art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969.

²⁴ Comitato Esecutivo dell'UNHCR, *General Conclusion on International Protection*, n. 25 (XXXIII), 20 ottobre 1982, par. (b); *General Conclusion on International Protection*, n. 55 (XL), 13 ottobre 1989, par. (d); *General Conclusion on International Protection*, n. 79 (XLVII), 11 ottobre 1996, par. (i).

²⁵ Né è un esempio la condotta stessa dell'Italia, oggetto di questo contributo, che sembra derogare al principio di *non refoulement* per far fronte a una presunta situazione emergenziale costituita dall'arrivo massiccio di immigrati sul proprio territorio.

²⁶ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, 7 dicembre 2000, in *GUUE* C202, 7 giugno 2016, p. 390.

²⁷ «L'Unione sviluppa una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno *status* appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento».

²⁸ Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 *recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*, in *GUUE* L348 del 24 dicembre 2008, p. 98, art. 5. Il principio di *non refoulement* è inoltre richiamato nel considerando n. 8 e nell'art. 4, par. 4, lett. b, della medesima direttiva.

²⁹ Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 *recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione)*, in *GUUE* L180 del 29 giugno 2013, p. 60, art. 28. Il principio di *non refoulement* è inoltre richiamato nel considerando n. 3, nell'art. 38, par. 1, lett. c e nell'art. 41, par. 1, della medesima direttiva.

dal diritto UE è più ampia rispetto alla norma contenuta nella Convenzione di Ginevra del 1951, non incontrando nessuna eccezione³⁰.

Per quanto riguarda, infine, la legislazione italiana, l'obbligo di non respingimento si trova espresso all'interno del Testo Unico sull'Immigrazione (TUI)³¹, che costituisce il "codice" nazionale contenente tutte le regole e procedure in merito al trattamento dei cittadini di Stati non appartenenti all'UE e degli apolidi. L'art. 19 ("Divieti di espulsione e di respingimento. Disposizioni in materia di categorie vulnerabili") prevede che «[i]n nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione (par. 1)». Inoltre, «[n]on sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani» (par. 1.1). Inoltre, l'articolo vieta l'espulsione per alcune categorie di persone³² e salvaguarda le modalità di espulsione per altre³³. Queste disposizioni costituiscono una traduzione legislativa del principio di *non refoulement* nella sua accezione *ratione materiae* più ampia, poiché comprendente sia i casi di persecuzione, sia quelli di tortura, e prevedono criteri *ratione personae* che estendono ulteriormente il livello di protezione.

Da questa breve disamina, si evince come l'obbligo di *non refoulement* costituisca un parametro giuridico essenziale nell'ambito del quadro normativo internazionale, europeo e italiano, relativo al trattamento dei cittadini stranieri e, più in generale, alle politiche migratorie. La ripetizione costante e pressoché uniforme all'interno di atti legislativi di diversa natura ne evidenzia l'importanza e ne corrobora, al contempo, il contenuto. Ai nostri fini, è a questo punto necessario accennare alla portata extraterritoriale dell'obbligo in parola. Questo perché, come vedremo meglio più avanti, alcune delle misure adottate dall'Italia, che sono suscettibili di violare tale obbligo, sono messe in pratica in acque internazionali o in acque territoriali straniere³⁴.

A tal riguardo, è stato più volte ribadito dall'UNHCR che l'obbligo di *non refoulement* contenuto nella Convenzione di Ginevra del 1951 trova applicazione anche al di fuori del territorio di uno Stato parte, purché quest'ultimo eserciti la propria giurisdizione attraverso

³⁰ Si veda *sub*, § 3.2.

³¹ Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286.

³² Minori stranieri non accompagnati; stranieri minori di anni diciotto, salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi; stranieri in possesso della carta di soggiorno; stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge, di nazionalità italiana; donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono; stranieri che versano in condizioni di salute di particolare gravità, tali da determinare un rilevante pregiudizio alla salute degli stessi, in caso di rientro nel Paese di origine o di provenienza. TUI, art. 19, par. 1 *bis* e 2.

³³ TUI, art. 19, par. 2 *bis*.

³⁴ Il principio di *non refoulement* formulato nei vari accordi internazionali menzionati trova applicazione nel mare territoriale, ovvero in quello spazio che si estende per un massimo di 12 miglia marine dalla costa e che è, ai sensi del diritto internazionale, sottoposto alla giurisdizione dello Stato costiero. Si veda A. FISCHER-LESCANO, T. LÖHR, *Border Controls at Sea: Requirements under International Human Rights and Refugee Law*, parere legale, settembre 2007, pp. 5-7.

una qualche forma di controllo ed autorità³⁵. La medesima conclusione può essere raggiunta anche con riferimento all'obbligo di non respingimento previsto dall'art. 3 CEDU. A tal proposito, nella nota sentenza *Hirsi* del 2012, i giudici hanno condannato l'Italia per la violazione dell'art. 3 CEDU e dell'art. 4 del Protocollo n. 4³⁶ per aver intercettato, in acque internazionali, un'imbarcazione che trasportava migranti e averla respinta verso la Libia, senza aver proceduto all'identificazione e alla valutazione dello *status* degli individui che si trovavano a bordo. La Corte di Strasburgo ha ritenuto che vi fosse un esercizio di giurisdizione da parte dell'Italia ai sensi dell'art. 1 CEDU, poiché i ricorrenti, durante le operazioni di intercettazione e trasferimento, si trovavano sotto il controllo continuo *de iure* e *de facto* delle autorità italiane³⁷. Infine, anche gli obblighi di *non refoulement* rispettivamente sanciti dalla Convenzione contro la tortura³⁸ e dal Patto internazionale sui diritti civili e politici³⁹ sono suscettibili di applicazione extraterritoriale.

Anche l'obbligo di *non refoulement* previsto dalla Carta UE può avere, a nostro parere, portata extraterritoriale, in quanto, ai sensi dell'art. 51, le disposizioni ivi previste si applicano agli Stati membri «nell'attuazione del diritto dell'Unione». Non è possibile in questa sede soffermarci sul contenuto della disposizione⁴⁰, ma basti qui dire che tutte le misure adottate dall'Italia per effetto di un atto dell'Unione, indipendentemente dal luogo in cui queste sono intraprese, devono conformarsi alle norme della Carta UE⁴¹. Ad esempio, i rimpatri effettuati dall'Italia ai sensi della summenzionata Direttiva 2008/115/CE devono rispettare l'art. 19, par. 2, Carta UE. Infine, anche il divieto di respingimento sancito dal TUI ha effetto in acque internazionali, in quanto, ai sensi del suo art. 1, il testo unico, «in attuazione dell'articolo 10, secondo comma della Costituzione, si applica [...] ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi». Il criterio di applicazione è quindi *ratione personae* e non trova limitazioni di carattere spaziale. Inoltre, l'espresso richiamo al testo costituzionale, secondo cui «[l]a condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali»,

³⁵ Si veda, in particolare, UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligation under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 26 gennaio 2007, par. 24. Sul concetto di giurisdizione si veda UNHCR, *Maritime interception operations and the processing of international protection claims: legal standards and policy considerations with respect to extraterritorial processing*, novembre 2010, par. 9.

³⁶ «Divieto di espulsioni collettive di stranieri?».

³⁷ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 23 febbraio 2012, ricorso n. 27765/09, *Hirsi et al. c. Italia*, par. 81.

³⁸ Il Comitato contro la tortura, in particolare, ha chiarito che l'obbligo di *non refoulement* previsto dall'art. 3 della relativa Convenzione ha carattere assoluto e si applica in qualunque luogo sottoposto alla giurisdizione di uno Stato parte o in qualsiasi area sottoposta al suo controllo o autorità, ivi incluso su imbarcazioni o velivoli registrati nello Stato parte. Comitato contro la tortura, *General comment No. 4 (2017) on the implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22*, CAT/C/GC/4, 4 settembre 2018, par. 10.

³⁹ Il Comitato per i diritti umani ha specificato che gli Stati parti devono rispettare e tutelare i diritti riconosciuti nel Patto di ogni individuo posto sotto l'autorità o il controllo effettivo di quello Stato, anche se situati al di fuori del territorio nazionale, e che il godimento dei diritti riconosciuti spetta a tutti gli individui, indipendentemente dalla nazionalità o *status* giuridico, ivi compresi rifugiati e richiedenti asilo. Comitato per i diritti umani, *General Comment No. 31 – The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 maggio 2004, par. 10.

⁴⁰ In dottrina, si veda V. MORENO-LAX, C. COSTELLO, *The Extraterritorial Application of the EU Charter of Fundamental Rights: From Territoriality to Facticity, the Effectiveness Model*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, Oxford, 2014, pp. 1657-1683.

⁴¹ Le misure di contrasto all'immigrazione qui analizzate rientrano nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia che, ai sensi dell'art. 4, par. 2, TFUE, è una materia a competenza concorrente.

presuppone che il principio in parola debba essere appunto interpretato alla stregua del diritto internazionale cui l'Italia è vincolata.

In conclusione, l'obbligo di non respingimento vieta qualsiasi atto che comporti per un individuo il pericolo di subire persecuzioni, tortura, o qualsiasi atto disumano o degradante in un altro Stato. In ragione della sua importanza e al fine di estenderne al massimo la portata e l'efficacia, esso trova generalmente applicazione non solo sul territorio statale, ma anche ai confini, nel mare territoriale e nelle zone in cui uno Stato esercita la propria giurisdizione, ivi comprese le acque internazionali.

3. *Le misure italiane di contrasto all'immigrazione*

3.1. *Gli accordi con la Libia*

La conclusione di accordi di riammissione (o di rimpatrio) con i Paesi di nazionalità dei migranti è un tema fondamentale nel quadro della politica migratoria poiché, com'è noto, uno Stato non può, ai sensi del diritto internazionale, espellere e rimpatriare un cittadino straniero verso il Paese di origine, laddove quest'ultimo non abbia previamente prestato il proprio consenso a tal fine. L'Italia, da parte sua, ha concluso accordi di riammissione con alcuni Paesi di provenienza di migranti⁴², mentre molti sono gli accordi di rimpatrio conclusi dall'UE vincolanti per il nostro Paese⁴³. Alcuni di questi accordi, tuttavia, sollevano questioni in merito alla loro compatibilità rispetto alla normativa internazionale in materia di diritti umani, soprattutto per quanto riguarda il principio di *non refoulement*⁴⁴. Nel presente paragrafo, ci concentreremo sugli accordi conclusi con la Libia, che, a nostro parere, sono più di altri suscettibili di violare il suddetto obbligo.

A tal riguardo, è noto che l'Italia, a partire dal 6 maggio 2009, successivamente all'entrata in vigore del Trattato di amicizia concluso con la Libia⁴⁵, ha adottato la prassi dei respingimenti in mare, rispedendo verso il Paese nordafricano tutti gli individui che cercano di approdare sulle nostre coste e ottenere una qualche forma di protezione internazionale (c.d. politica dei *push-backs*)⁴⁶. Il Trattato del 2008 stabilisce, infatti, una collaborazione tra le due parti in tema, tra le altre cose, di lotta all'immigrazione "clandestina" (sic!) prevedendo, a tal fine, «la realizzazione di un sistema di controllo delle frontiere terrestri libiche, da affidare a società italiane in possesso delle necessarie competenze tecnologiche» e la «definizione di iniziative, sia bilaterali, sia in ambito regionale, per prevenire il fenomeno dell'immigrazione clandestina nei Paesi di origine dei flussi migratori» (art. 19, parr. 2 e 3).

⁴² Tra questi: Albania, Algeria, Marocco, Tunisia, Egitto, Turchia, Ghana, Niger, Nigeria, Senegal, Sudan, Gambia, India, Pakistan, Filippine. Per un resoconto sugli accordi di riammissione stipulati dall'Italia, si veda *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2016, vol. XVIII, nn. 1-2, in part. p. 373 ss.

⁴³ Sugli accordi di riammissione conclusi dall'UE e alcune questioni di diritto internazionale, si veda, tra gli altri, E. CARLI, *EU Readmission Agreements as Tools for Fighting Irregular Migration: An Appraisal Twenty Years on from the Tampere European Council*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 2019, n. 1, pp. 11-29.

⁴⁴ Ad es., il *Memorandum d'intesa tra il Dipartimento della Pubblica Sicurezza del Ministero dell'Interno italiano e la Polizia Nazionale del Ministero dell'Interno sudanese per la lotta alla criminalità, gestione delle frontiere e dei flussi migratori ed in materia di rimpatrio*, Roma, 3 agosto 2016, in vigore dal 3 agosto 2016 per una durata illimitata.

⁴⁵ *Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamariria araba libica popolare socialista*, 30 agosto 2008, ratificato dall'Italia con legge n. 7/90 del 6 febbraio 2009.

⁴⁶ Tale politica era stata già oggetto di critiche da parte, tra gli altri, della Commissione internazionale dei giuristi in un rapporto del 2014 intitolato "*Undocumented*" *Justice for Migrants In Italy – A mission report*, in part. pp. 27-28.

Tale prassi ha portato, come abbiamo visto in precedenza, alla condanna dell'Italia da parte della Corte di Strasburgo per la violazione dell'obbligo di *non refoulement* sancito dall'art. 3 CEDU. In attuazione del Trattato del 2008, nel febbraio 2017 il Governo italiano ha sottoscritto un Memorandum d'intesa⁴⁷ con il Governo di Riconciliazione Nazionale libico, che ha impegnato le autorità italiane a fornire assistenza, principalmente di tipo finanziario, a quelle libiche, attraverso varie forme di sostegno non ben definite (artt. 1 e 2 del Memorandum), sostanzialmente al fine di incrementare la capacità di quest'ultime di intercettare i migranti e riportarli in Libia⁴⁸. Quest'ultimo accordo accentua la strategia di esternalizzazione della gestione dei flussi migratori attuata dall'Italia e ne costituisce una sorta di "evoluzione", nella misura in cui si tenta con esso di impedire, all'origine, gli sbarchi dei migranti e l'intervento da parte delle autorità italiane in acque internazionali (c.d. politica dei *pull-backs*)⁴⁹.

È tuttavia altrettanto noto che la Libia non possa essere considerato un Paese sicuro ai sensi del diritto internazionale⁵⁰. Da un punto di vista giuridico, innanzitutto, essa non è parte della Convenzione sullo *status* dei rifugiati del 1951⁵¹, né ha una legislazione in tema di asilo, né prevede misure in grado di accordare la protezione internazionale, con la conseguenza che a tutti gli individui non di nazionalità libica, inclusi richiedenti asilo e rifugiati, che sono rintracciati in mare, sono applicate le leggi nazionali in materia di immigrazione, in virtù delle quali questi sono identificati come criminali e incarcerati⁵². Da un punto di vista fattuale, inoltre, è ampiamente documentato che i migranti in Libia sono sottoposti a numerose forme di violazione dei diritti umani, anche fondamentali, compresa tortura, maltrattamenti, abusi sessuali, violenza e sfruttamento⁵³.

La politica di collaborazione con la Libia messa in atto dall'Italia e codificata negli accordi summenzionati non ha mancato di ricevere importanti critiche. In particolare, nel settembre 2017 il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa Nils Muižnieks

⁴⁷ 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, Roma, 2 febbraio 2017, in vigore dal 2 febbraio 2017. L'accordo resterà in vigore per tre anni e sarà «tacitamente rinnovato alla scadenza per un periodo equivalente, salvo notifica per iscritto di una delle due Parti contraenti, almeno tre mesi prima della scadenza del periodo di validità» (art. 8).

⁴⁸ Un altro Memorandum d'intesa era stato firmato tra le due parti il 17 giugno 2011, nel quale si prevedeva espressamente la «reciproca assistenza e cooperazione nella lotta all'immigrazione illegale, incluso il rimpatrio di immigrati in posizione irregolare». Il testo dell'accordo non è, tuttavia, mai stato reso pubblico.

Inoltre, il 3 aprile 2012 era stato sottoscritto un altro accordo – sotto forma di processo verbale della riunione tra le delegazioni italiana e libica – in tema, tra le altre cose, di formazione delle forze di sicurezza libiche, monitoraggio dei confini e rimpatri.

⁴⁹ In realtà, entrambi gli accordi sottoscritti con la Libia, se interpretati alla lettera, non si qualificano come accordi di rimpatrio, in quanto non prevedono in maniera esplicita misure per la riammissione dei rispettivi cittadini (né di quelli intercettati in alto mare), quanto piuttosto come accordi di cooperazione tra i due Stati. Tuttavia, nella prassi, la riammissione è avvenuta sulla base di intese più o meno segrete tra i governi dei due Paesi. Sul punto si veda S. TREVISANUT, *La collaborazione Italia-Libia in materia di contrasto all'immigrazione clandestina via mare: profili di diritto del mare*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 609 ss.

⁵⁰ Si veda, su tutti, UNHCR, *UNHCR Position On Returns to Libya (Update II)*, settembre 2018.

⁵¹ La Libia ha tuttavia ratificato la Convenzione contro la tortura del 1984 e il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966.

⁵² UNHCR, *UNHCR Position On Returns to Libya*, cit., p. 10.

⁵³ Si veda, tra gli altri, il rapporto congiunto dell'UNHCR e della Missione delle Nazioni Unite di Supporto in Libia (UNSMIL), *Desperate and Dangerous: Report on the human rights situation of migrants and refugees in Libya*, 20 dicembre 2018.

ha inviato una lettera all'allora Ministro dell'Interno italiano Minniti⁵⁴, in cui, dopo aver richiamato i punti essenziali della sentenza *Hirsi*, ha sostenuto che «handing over individuals to the Lybian authorities or other groups in Lybia would expose them to a real risk of torture or inhumane or degrading treatment or punishment» e che il fatto che tali respingimenti avvenissero nelle acque territoriali libiche, e non in acque internazionali come nel caso *Hirsi*, non esimeva l'Italia dal rispetto degli obblighi previsti dalla CEDU. Secondo il Commissario, infatti, quando le imbarcazioni italiane intercettano altri natanti in acque territoriali libiche, esse esercitano un controllo effettivo e un'autorità sulle persone rinvenute a bordo, tali da integrare l'applicazione degli obblighi sanciti dalla Convenzione. In sostanza, anche nel mare territoriale di uno Stato straniero, secondo Muižnieks, si applicano i medesimi criteri utilizzati dai giudici di Strasburgo nella sentenza *Hirsi* per ritenere applicabile la CEDU. La conclusione ci sembra condivisibile, nella misura in cui il criterio scelto dai giudici della Corte EDU per valutare se un fatto avvenga entro la giurisdizione di uno Stato parte non è di tipo spaziale o geografico, bensì puramente fattuale: anche all'interno di un'area sottoposta alla sovranità di uno Stato straniero, qual è il mare territoriale, un altro Stato parte può esercitare la propria giurisdizione ai sensi dell'art. 1 CEDU.

Se i respingimenti verso le coste libiche attuati in acque internazionali da parte dell'Italia ai danni dei "barconi" possono pertanto qualificarsi, e sono stati appunto qualificati, come condotte non conformi al principio di non respingimento, più incerto è stabilire se il supporto fornito alle autorità libiche al fine di impedire la partenza e fermare le imbarcazioni che trasportano migranti, previsto dal Memorandum del 2017, possa ugualmente costituire una violazione del suddetto obbligo. Alcuni autori ritengono, a questo proposito, che la responsabilità internazionale dell'Italia potrebbe scattare ai sensi dell'art. 16 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati del 2001 elaborato dalla Commissione del diritto internazionale (CDI)⁵⁵, secondo cui l'aiuto e l'assistenza forniti da uno Stato ad un altro nella commissione di un atto internazionalmente illecito comportano la responsabilità del primo se questo è consapevole delle «circostanze dell'atto internazionalmente illecito» e se l'atto sarebbe internazionalmente illecito se compiuto dal primo Stato⁵⁶. Altri autori parlano, più in generale, di una violazione *de facto*, o "indiretta", del divieto di respingimento⁵⁷. Seguendo l'interpretazione della Corte EDU proprio in merito alla portata dell'art. 3 CEDU, potremmo ipotizzare che qualsivoglia condotta di uno Stato (respingimento, espulsione, rimpatrio, ecc.) che abbia come conseguenza, più o meno diretta, quella di sottoporre un individuo al rischio di subire persecuzioni, maltrattamenti o

⁵⁴ Consiglio d'Europa, Commissario per i diritti umani, CommHR/INM/sf 0345-2017, 28 settembre 2017.

⁵⁵ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, UN Doc A/56/10 (2001).

⁵⁶ Si vedano, ad es., M. MANCINI, *Italy's New Migration Control Policy: Stemming the Flow of Migrants from Libya without Regard for their Human Rights*, in *Italian Yearbook of International Law*, vol. 27, 2017, pp. 259-281; G. PASCALE, *Is Italy Internationally Responsible for the Gross Human Rights Violations against Migrants in Libya?*, in *Questions of International Law*, 28 febbraio 2019; A. PALM, *The Italy-Libya Memorandum of Understanding: The baseline of a policy approach aimed at closing all doors to Europe*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy Blog*, 2 ottobre 2017.

⁵⁷ Si veda, ad es., Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione (ASGI), *The EU and Italy de facto violate the principle of non-refoulement*, 6 febbraio 2017, disponibile su <https://www.asgi.it/english/libya-cu-italy-asylum-migration/>.

La questione è interessante e non può essere approfondita in questa sede. Con ogni probabilità, la strategia italiana è proprio quella di eludere l'obbligo internazionale in parola, tentando di spostare l'onere sulla controparte libica, e sfruttare eventuali lacune del sistema giuridico in tema di responsabilità internazionale.

atti di tortura in territorio straniero, posto che lo Stato sia consapevole di tale rischio, può far scattare la violazione dell'obbligo di non respingimento. A prescindere dalla bontà delle soluzioni prospettate, è indubbio rilevare che la prassi italo-libica di contrasto all'immigrazione appena descritta è suscettibile di violare l'obbligo di non respingimento⁵⁸.

3.2. Il Decreto Sicurezza

Tra i provvedimenti di natura interna adottati dall'Italia, il Decreto Sicurezza del novembre 2018⁵⁹ solleva profili di incompatibilità rispetto all'obbligo di non respingimento. Tra le misure ivi previste, infatti, figura l'abolizione della protezione per motivi umanitari⁶⁰. Prima dell'entrata in vigore del provvedimento, la Questura concedeva un permesso di soggiorno ai cittadini stranieri che presentavano «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano»⁶¹, oppure alle persone che fuggivano da emergenze come conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità in Paesi non appartenenti all'UE. La protezione umanitaria era riconosciuta anche a cittadini stranieri che non era possibile espellere perché sarebbero andati incontro, per l'appunto, a persecuzione o divenuti vittime di sfruttamento lavorativo o di tratta nei Paesi di origine.

Con la legge dello scorso dicembre, la protezione umanitaria è stata abrogata e sostituita con un permesso di soggiorno rilasciato per “casi speciali”, ovvero per alcune categorie di persone⁶². Come correttamente rilevato dal Consiglio italiano per i rifugiati (CIR), a seguito dell'eliminazione della protezione umanitaria restano escluse tutte quelle ipotesi in cui, in caso di rimpatrio, il richiedente asilo rischi di subire trattamenti disumani o degradanti o, semplicemente, gli sia impedito l'esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana e dei diritti sanciti a livello internazionale⁶³. In buona sostanza, se è vero che per rispettare l'obbligo di non respingimento una delle due soluzioni a disposizione di uno Stato è quella di accordare un permesso temporaneo di soggiorno all'individuo giunto sul proprio territorio, con questo provvedimento l'Italia restringe notevolmente la possibilità di concedere l'asilo ai cittadini stranieri, ivi inclusi i migranti, e, in maniera indiretta, favorisce il loro rimpatrio verso i Paesi di origine, esponendoli al rischio di persecuzioni e maltrattamenti.

Un'altra misura in grado di incidere sull'obbligo di non respingimento prevista dal suddetto decreto è l'estensione della lista dei reati che comportano la revoca dello *status* di

⁵⁸ In questo senso, tra gli altri, M. MANCINI, *Italy's New Migration Control Policy*, cit.; A. CAMILLI, *Perché l'accordo tra l'Italia e la Libia sui migranti potrebbe essere illegale*, 2 febbraio 2017, disponibile su <https://www.internazionale.it/notizie/annalisa-camilli/2017/02/20/italia-libia-migranti-accordo-illegale>; M.G. GIUFFRÉ, *From Turkey to Libya: The EU Migration Partnership from Bad to Worse*, in *Eurojus.it*, 20 marzo 2017.

⁵⁹ Decreto legge 113/2018 del 4 ottobre 2018 recante disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, convertito dalla legge n. 132/18 del 1° dicembre 2018.

⁶⁰ Rimangono, invece, immutate le altre due forme di protezione internazionale previste dalla legislazione italiana, ovvero lo *status* di rifugiato e la protezione sussidiaria.

⁶¹ Decreto legislativo 286/1998 del 25 luglio 1998, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, art. 5, co. 6.

⁶² Vittime di violenza domestica o grave sfruttamento lavorativo; chi ha bisogno di cure mediche perché si trova in uno stato di salute gravemente compromesso; chi proviene da un paese che si trova in una situazione di «contingente ed eccezionale calamità» (TUI, art. 20-bis).

⁶³ CIR, *Nota legale sul Disegno di Legge-A.S. N. 840/2018: problematiche e limiti*.

rifugiato o della protezione sussidiaria⁶⁴. Questo avviene quando il rifugiato è condannato in via definitiva per alcuni reati quali minaccia o violenza a pubblico ufficiale, lesioni personali gravi e gravissime, pratiche di mutilazione dei genitali femminili, furto aggravato, furto in abitazione e furto con strappo. La domanda potrà inoltre essere sospesa quando il richiedente abbia in corso un procedimento penale per uno dei reati che in caso di condanna definitiva comporterebbe il diniego dell'asilo. Per queste tipologie di reati si prevede, in caso di condanna in primo grado, la sospensione del procedimento per la concessione della protezione e l'espulsione del cittadino straniero. Inoltre, se il rifugiato tornerà nel Paese d'origine, anche temporaneamente, perderà la protezione internazionale e quella sussidiaria⁶⁵. Come sostenuto⁶⁶, l'ipotesi per cui il richiedente asilo, sottoposto a procedimento penale per determinati reati commessi in Italia, debba vedersi sospeso il procedimento di esame della sua domanda di protezione e, intanto, sia espulso con accompagnamento alla frontiera, oltre a presentare possibili profili di incostituzionalità, appare contrario al principio di *non refoulement* laddove l'individuo rischi di subire trattamenti inumani o degradanti nel Paese di destinazione.

A tal riguardo, in una recente sentenza⁶⁷, i giudici della Corte di Giustizia dell'UE hanno stabilito che lo straniero vada tutelato dai rischi che correrebbe tornando in patria e che, pertanto, anche laddove abbia perso la qualifica di rifugiato⁶⁸, questo non potrà comunque essere espulso⁶⁹. Tale sentenza, sebbene ribadisca un principio ampiamente consolidato qual è quello di non respingimento, è interessante nella misura in cui chiarisce alcuni principi essenziali – *in primis* quello per cui il rimpatrio verso un Paese non sicuro deve essere vietato in ogni caso – rispetto ai quali le novità proposte nel Decreto Sicurezza potrebbero teoricamente porsi in contrasto⁷⁰.

⁶⁴ Decreto legge 113/2018 del 4 ottobre 2018, cit., art. 7.

⁶⁵ *Ivi*, art. 8.

⁶⁶ Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione (ASGI), *Lampante la volontà di restringere i diritti e le libertà degli individui e di creare nuove forme di tensione sociale*, nota giuridica, settembre 2018.

⁶⁷ Sentenza della Corte del 14 maggio 2019, Cause riunite C-391/16, C-77/17 e C-78/17, *M. c. Ministerstvo vnitra e X. e X. C. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, ECLI:EU:C:2019:403.

⁶⁸ Tale qualifica, avendo natura ricognitiva e non dichiarativa, non osterà comunque al riconoscimento in capo allo straniero dei requisiti materiali da cui dipende tale qualità e la conseguente titolarità dei diritti riconosciuti dalla Convenzione di Ginevra e dalla Carta UE. *Ivi*, par. 85-86.

⁶⁹ I giudici europei sono stati chiamati a interpretare la direttiva 2011/95/UE, in tema di protezione internazionale, la quale consente di revocare o negare il riconoscimento dello *status* di rifugiato a chi, per seri motivi, rappresenti un pericolo per la sicurezza dello Stato in cui si trova oppure, a causa di una sentenza definitiva per un reato di particolare gravità, costituisca un pericolo per la collettività, ma vieta che egli possa essere espulso se nel luogo di destinazione rischia di essere sottoposto a tortura o a pene e trattamenti inumani o degradanti (in conformità, appunto, al principio di non respingimento sancito dalla Carta UE). Dall'altro lato, la Convenzione di Ginevra, la cui conformità ad alcune disposizioni della suddetta direttiva era stata messa in dubbio dai ricorrenti, legittima, come abbiamo visto, l'allontanamento anche verso Paesi non sicuri se lo straniero rappresenta un pericolo o una minaccia per lo Stato ospitante. Secondo la Corte, il diritto dell'Unione prevede una protezione internazionale dei rifugiati interessati più ampia di quella garantita dalla Convenzione di Ginevra e le disposizioni della direttiva contestate sono pertanto conformi alla Convenzione di Ginevra e alle norme della Carta e del TFUE che impongono il rispetto di tale Convenzione.

⁷⁰ Per un'analisi della sentenza e della sua portata nell'ordinamento italiano, si veda S. MARCHISIO, *Nessuna eccezione ai respingimenti e rimpatri di rifugiati e richiedenti asilo: la sentenza della CGUE del 14 maggio 2019 conferma che il diritto dell'UE ha esteso la garanzia di non refoulement prevista dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra*, Approfondimento 20/2019, 21 maggio 2019, disponibile su <http://www.masterdirittumanisapienza.it/nessuna-eccezione-ai-respingimenti-e-rimpatri-di-rifugiati-e-richiedenti-asilo-la-sentenza-della>.

3.3. La “chiusura” dei porti nazionali e la criminalizzazione del soccorso in mare

Tra le misure in potenziale conflitto con l'obbligo di *non refoulement* che sono state recentemente adottate dal Governo italiano vi è anche la decisione di impedire l'ingresso nei porti italiani alle navi che trasportano migranti⁷¹ e il contemporaneo divieto alle imbarcazioni appartenenti a organizzazioni non governative (ONG) di far sbarcare migranti stranieri soccorsi in mare sul territorio nazionale. Per quanto riguarda la c.d. “politica dei porti chiusi”, annunciata a più riprese dal Ministro dell'Interno Salvini, occorre evidenziare che non è stato (ancora) adottato alcun provvedimento formale di tal senso, né da parte del Viminale, né, tanto meno, del Ministero dei trasporti e delle infrastrutture, cui la decisione in merito dovrebbe spettare ai sensi dell'art. 83 del codice della navigazione italiano⁷². Da un punto di vista giuridico, pertanto, affermare che i porti italiani sono chiusi non è corretto. Ciò che il Ministero dell'Interno può fare ai sensi del diritto, e ha effettivamente fatto, è negare l'autorizzazione allo sbarco di una nave⁷³ e limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, ad eccezione di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale⁷⁴, qualora il passaggio di questa, in base all'art. 19 della Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare⁷⁵, cui l'Italia è parte, sia considerato «pregiudizievole alla pace, al buon ordine e alla sicurezza dello Stato costiero». Tale pregiudizio può derivare, *inter alia*, dal «carico o [dal]lo scarico di materiali, valuta o persone in violazione delle leggi e dei regolamenti doganali, fiscali, sanitari o di immigrazione vigenti nello Stato costiero». Nei fatti, il Ministero dell'Interno «può limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale, per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero quando si concretizzano le condizioni di cui all'articolo 19,

⁷¹ Emblematico è il caso relativo alla nave della guardia costiera italiana Ubaldo Diciotti, che il 16 agosto 2018 ha soccorso 190 persone, tra cui dieci donne e 37 minori, nelle acque internazionali al largo dell'isola di Malta. Tredici persone sono subito state evacuate dalla nave e trasferite a Lampedusa d'urgenza per ragioni sanitarie, mentre le altre sono state trasportate fino al porto di Catania, dove la nave è approdata il 20 agosto dopo diversi giorni di stallo nelle trattative tra l'Italia e Malta per indicare un porto di sbarco alla nave. L'Italia, infatti, avrebbe voluto che la nave fosse fatta sbarcare a Malta, essendo stato il natante intercettato nella zona SAR maltese, ma Malta non ha autorizzato lo sbarco (questo Stato non ha firmato, tra le altre, le convenzioni SAR e SOLAS sul soccorso e la salvaguardia della vita umana in mare). Il 20 agosto, al momento dell'approdo nel porto di Catania, il comandante della Diciotti ha ricevuto l'ordine di non calare la passerella per far scendere i migranti dalla nave, arrivato direttamente dal Ministero dell'Interno, come è stato ricostruito dalla procura di Agrigento, che ha subito aperto un fascicolo sulla vicenda e dopo qualche giorno il Ministro Salvini nel registro degli indagati. I migranti sono stati autorizzati a sbarcare solo a mezzanotte del 26 agosto.

⁷² *Divieto di transito e di sosta*. «Il ministro dei trasporti può limitare o vietare, per motivi di ordine pubblico, il transito e la sosta di navi mercantili nel mare territoriale, per motivi di ordine pubblico, di sicurezza della navigazione e, di concerto con il ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, per motivi di protezione dell'ambiente, determinando le zone alle quali il divieto si estende». Codice della navigazione, approvato con regio decreto 30 marzo 1942, n. 327.

⁷³ Ai sensi del diritto internazionale, uno Stato è libero di impedire l'accesso ai propri porti e lo sbarco di navi straniere, nell'esercizio della piena sovranità sul mare territoriale. Come dimostra il caso di specie, tuttavia, la “chiusura” dei porti nazionali può, in determinate circostanze, comportare la violazione, tra le altre, delle norme internazionali sui diritti umani e sulla protezione dei rifugiati.

⁷⁴ Si veda, da ultimo, decreto legge n. 53, *Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica* (“decreto sicurezza bis”), in vigore dal 14 giugno 2019.

⁷⁵ Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, New York, 10 dicembre 1982, in vigore dal 16 novembre 1994, per l'Italia dal 12 febbraio 1995 (provvedimento di esecuzione: legge 2 dicembre 1994, n. 689).

comma 2, lettera g), limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare»⁷⁶.

Più sostanziale da un punto di vista giuridico è il divieto imposto alle navi ONG che trasportano migranti soccorsi in mare di sbarcare sulle coste italiane. L'imposizione nel luglio 2017 di un codice di condotta alle imbarcazioni impegnate nelle c.d. operazioni di *search and rescue* (SAR)⁷⁷ e l'avvio di procedimenti penali nei confronti delle organizzazioni stesse e dei relativi equipaggi, indagati per il reato di favoreggiamento all'immigrazione clandestina previsto dall'art. 12 TUI⁷⁸, testimoniano l'adozione di una vera e propria politica atta ad impedire l'arrivo di tali navi e, di conseguenza, dei migranti. Nei fatti, i recenti casi relativi alla mancata autorizzazione allo sbarco nei confronti delle navi ONG *Open Arms*, *Aquarius* e *Sea Watch* concernono tale misura e non hanno mancato di ricevere commenti e, in certi casi, critiche in dottrina⁷⁹. Sebbene le vicende sollevino questioni soprattutto per quanto riguarda il (mancato) rispetto del diritto internazionale del mare da parte dell'Italia, crediamo che la politica di criminalizzazione nei confronti delle ONG adottata dal nostro Paese possa senz'altro contribuire alla violazione del principio di *non refoulement*, qualora le navi respinte non abbiano altra scelta che quella di riportare i migranti nei rispettivi Paesi di origine.

La prassi della criminalizzazione delle attività di ricerca e soccorso di migranti realizzate dalle ONG nel Mediterraneo è stata fortemente criticata da dieci relatori speciali delle Nazioni Unite, che il 21 novembre 2018 hanno inviato al Governo italiano una comunicazione⁸⁰ nella quale manifestavano preoccupazione per la situazione dei diritti fondamentali in Italia e chiedevano, tra le altre cose, chiarimenti proprio in merito a tale

⁷⁶ Questo è quanto in particolare disposto dal decreto-legge n. 53 del 14 giugno 2019 (c.d. “decreto sicurezza bis”), *Decreto-legge recante disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica*, art. 1.

⁷⁷ Il testo del documento è reperibile su http://www.interno.gov.it/sites/default/files/codice_condotta_ong.pdf.

⁷⁸ Si veda, da ultimo, l'indagine aperta dalla Procura di Agrigento nei confronti di ignoti per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina sul caso della *Sea Watch 3*, l'imbarcazione ONG tedesca che dal 12 giugno si trova, ancora nel momento in cui scriviamo (luglio 2019), al confine con le acque territoriali italiane, con una quarantina di migranti a bordo. Peraltro, il 24 giugno il Capitano e molti dei migranti a bordo dell'imbarcazione avevano richiesto alla Corte europea dei diritti dell'uomo l'adozione di “misure provvisorie”, previste dall'art. 39 del Regolamento della Corte, che ne consentisse lo sbarco sulle coste italiane. I giudici di Strasburgo hanno tuttavia rigettato la richiesta. Si veda *Rackete e altri c. Italia*, ricorso n. 32969/19, 25 giugno 2019. La *Sea Watch 3* ha adito la Corte EDU dopo che il Tar del Lazio aveva respinto il ricorso della ONG tedesca contro il divieto di ingresso imposto dall'Italia il 15 giugno, in applicazione del summenzionato decreto sicurezza bis.

⁷⁹ Si vedano, tra gli altri, in merito alla vicenda della nave *Aquarius*, E. PAPASTAVRIDIS, *The Aquarius Incident and the Law of the Sea: Is Italy in Violation of the Relevant Rules?*, 27 giugno 2018 e M. FINK, K. GOMBEER, *The Aquarius Incident: Navigating the Turbulent Waters of International Law*, 14 giugno 2018 e, sulla vicenda della *Open Arms*, V. PASSALAQUA, *The 'Open Arms' case: Reconciling the notion of 'place of safety' with the human rights of migrants*, 21 maggio 2018, tutti disponibili su *ejiltalk*. Si veda, inoltre, Osservatorio Solidarietà della Carta di Milano, Steering Group, *The seizure of the Open Arms boat as a paradigm of the European Union's war against human rights*, aprile 2018.

⁸⁰ OHCHR, *Mandates of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression; the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association; the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders; the Independent Expert on human rights and international solidarity; the Special Rapporteur on the human rights of migrants; the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance; the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences; the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children; and the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences*, AI ITA 2/2018, 12 novembre 2018.

questione. Nella missiva, in particolare, si chiede al Governo italiano di indicare le modalità con le quali il Paese pensa di adempiere all'obbligo di non respingimento nell'attività di coordinamento delle operazioni SAR che coinvolgono la guardia costiera libica⁸¹. Il testo si sofferma anche sul contenuto dell'obbligo alla luce del diritto internazionale, sottolineando, similmente a quanto fatto dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa nella summenzionata lettera del 2017, che «handing over individuals to Libyan authorities, including the Libyan coastguard, allegedly involved in ill-treatment and other human rights violations, including slavery, forced labour and other forms of exploitation, does not exempt Italy from its international human rights obligations, including the customary international law obligation of non-refoulement»⁸².

In questo caso, la violazione della norma in questione appare, tuttavia, di più difficile realizzazione. A differenza, infatti, dell'aiuto finanziario prestato a favore della Libia e risultante nel respingimento dei migranti rintracciati in mare verso questo Stato – fattispecie per la quale si può ipotizzare il ricorso all'art. 16 del Progetto sulla responsabilità degli Stati – per la criminalizzazione del soccorso in mare tale norma non rileva, né si possono utilizzare le altre disposizioni del Progetto in tema di responsabilità di uno Stato connessa all'atto di un altro Stato. Il divieto di sbarco imposto alle navi ONG è, infatti, una condotta di per sé lecita e non direttamente collegata al respingimento dei migranti in territori non sicuri. In altre parole, il fatto che l'Italia neghi lo sbarco di queste persone non significa che le stesse saranno necessariamente riportate verso il proprio Stato di origine, *in primis* la Libia, in quanto potrebbero farsene carico altri Stati membri dell'UE. Solo ove si dimostri che l'Italia sia consapevole che, a seguito dell'attuazione di queste misure restrittive, i migranti saranno certamente respinti verso Paesi in cui rischiano di essere perseguitati, subire maltrattamenti o atti di tortura (necessità dell'elemento della consapevolezza), si potrebbe ipotizzare una sorta di circonvenzione dell'obbligo di *non refoulement*⁸³, in virtù del quale uno Stato adotta un comportamento di per sé lecito, ma che causa la violazione, in maniera indiretta, di un obbligo internazionale. La fattispecie della circonvenzione, tuttavia, non è regolata dal Progetto della CDI.

3.4. La direttiva sul controllo delle frontiere marittime

La recente direttiva emanata dal Ministro dell'Interno relativa alle attività di sorveglianza alla frontiera⁸⁴ solleva ulteriori problemi con riferimento al rispetto dell'obbligo di non respingimento.

Dopo aver sottolineato il dovere dell'Italia di salvaguardare la vita umana in mare, nel rispetto del diritto internazionale pertinente, il provvedimento rileva, infatti, che la prassi delle navi ONG consistente nel cercare di far sbarcare in Italia gli individui soccorsi in zone SAR non italiane sia in violazione delle norme internazionali, affermando a tal proposito che le coste italiane non sono «gli unici, possibili luoghi di approdo in caso di eventi di

⁸¹ *Ivi*, p. 8.

⁸² *Ivi*, p. 15.

⁸³ Di circonvenzione dell'obbligo di *non refoulement* parla N. FREI, *Circumventing Non-Refoulement or Fighting "Illegal Migration"?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 23 marzo 2018. Con riferimento alla circonvenzione del più ampio obbligo dell'Italia e degli Stati europei di tutelare i diritti di coloro che necessitano di protezione internazionale, si veda A. PALM, *The Italy-Libya Memorandum of Understanding*, cit.

⁸⁴ *Direttiva per il coordinamento unificato dell'attività di sorveglianza delle frontiere marittime e per il contrasto all'immigrazione illegale ex articolo 11 del d.lgs. n. 286/1998 recante il Testo Unico in materia di Immigrazione*, circolare ministeriale n. 14100/141(8), 18 marzo 2019.

soccorso, considerato che sia i porti libici, tunisini e maltesi possono offrire adeguata assistenza logistica e sanitaria»⁸⁵. Così facendo, la direttiva sembra del tutto ignorare il fatto che la Libia, come ricordato in precedenza, non costituisce un “porto sicuro” ai fini dello sbarco, né è in grado di tutelare i diritti umani dei migranti. Inoltre, nel provvedimento si sostiene che, «nel caso in cui l’evento di soccorso si sia verificato in acque di responsabilità libiche e sia stato compiuto d’iniziativa da una nave soccorritrice ovvero il *Maritime Rescue Coordination Center* di Roma del Comando Generale delle Capitanerie di Porto non abbia coordinato le attività di soccorso, non sussistono i criteri dettati dalle convenzioni internazionali per l’attribuzione di un *place of safety* in Italia»⁸⁶. Anche in questo caso, lo scopo della disposizione sembra quello di cercare di sollevare lo Stato italiano da qualsiasi onere di accoglienza. In questo modo, tuttavia, la misura diventa suscettibile di violare l’obbligo di non respingimento, soprattutto con riferimento ai soccorsi che avvengono in acque libiche, in quanto promuove indirettamente il respingimento dei migranti verso la Libia. Si tratterebbe pertanto, anche in questo caso, di una violazione *de facto* dell’obbligo in parola, come tale quindi difficilmente giustiziabile. Giova peraltro rilevare come la direttiva, pur ribadendo la necessità di rispettare le norme internazionali relative alla salvaguardia della vita umana in mare, nonché quelle in tema di diritto del mare, non fa alcun richiamo, ad esempio, alla Convenzione di Ginevra del 1951, né all’altrettanto necessaria esigenza di salvaguardare i diritti delle persone soccorse.

Tale provvedimento è stato criticato dall’Alto commissario ONU per i diritti umani, che in una recente comunicazione indirizzata al Ministro degli Esteri italiano Moavero Milanesi e firmata da sei relatori speciali ed esperti NU⁸⁷, si è concentrato sui numerosi risvolti critici sollevati dal provvedimento in oggetto. Per quanto qui interessa, in particolare, il documento contiene una sezione che, senza mezzi termini, intitola “[o]n the lack of consideration for the principle of non-refoulement”. Dopo aver ribadito che la Libia non può essere considerato un luogo sicuro ai fini dello sbarco successivo ad operazioni di salvataggio o intercettazione in mare, la comunicazione afferma, infatti, che «[p]ractices whereby countries of destination cooperate with another to prevent migrants and refugees from arriving have been characterized as ‘pullbacks’ and as violations of the principle of *non-refoulement*», invitando l’Italia ad abrogare la direttiva⁸⁸.

4. Considerazioni conclusive

La politica di esternalizzazione della gestione dei flussi migratori provenienti dall’Africa, attuata negli ultimi mesi dall’Italia, solleva numerosi dubbi circa la sua conformità, *inter alia*, alla normativa internazionale in materia di *non refoulement*. Le varie misure previste in tal senso, se, da una parte, cercano di porre un limite all’ingresso massiccio di migranti (presunti irregolari) sul territorio nazionale al fine di aumentare la sicurezza nel nostro Paese, dall’altro sfociano spesso, in concreto, nel respingimento o nella espulsione di individui verso frontiere di Paesi, primo tra tutti la Libia, che non costituiscono luoghi sicuri, senza che sia data la possibilità di verificare la posizione

⁸⁵ *Ivi*, p. 6.

⁸⁶ *Ivi*, p. 7.

⁸⁷ OHCHR, *Joint Communication from Special procedures*, AL ITA 4/2019, 15 maggio 2019.

⁸⁸ *Ivi*, p. 7.

giuridica e tutelare i relativi diritti di tali persone. Potremmo quindi dire che le disposizioni adottate a livello interno e gli accordi conclusi con la Libia qui analizzati si sostanziano, in molti casi, nell'aggiramento dell'obbligo in parola.

Per quanto riguarda quanto disposto dal Memorandum d'intesa concluso con la Libia, i mezzi giuridici attraverso cui fondare un'eventuale violazione dell'obbligo di *non refoulement* sono più chiari e accessibili rispetto a quanto possa dirsi con riferimento alle varie misure adottate a livello interno, che invece possono configurare una violazione indiretta o *de facto* di quest'obbligo, fattispecie tuttavia non prevista dal diritto internazionale e pertanto difficilmente sanzionabile.

Ad ogni modo, crediamo che questa tensione, in termini giuridici, tra misure di contrasto all'immigrazione (irregolare) e conformità della condotta alle norme internazionali in materia di diritti umani, in modo particolare all'obbligo di non respingimento, sia destinata a non cessare fintantoché l'Italia persevererà in una linea politica di estrema durezza e rigidità nei confronti dell'ammissione di cittadini stranieri⁸⁹ e continuerà a collaborare su questi temi con Paesi che violano manifestamente i diritti dei migranti, *in primis* la Libia.

ABSTRACT: The management of migration and the non refoulement obligation. Recent Italian cases on refoulement and expulsion of presumed irregular migrants

The externalization of migration control and the recent adoption by Italy of a restrictive admission policy are being the subjects of a great deal of criticisms and are raising important issues regarding compliance with international law standards. The present paper focuses on the principle of non refoulement, as a customary rule playing a pivotal role in the management of migration flows, to which Italy is legally bound under international, European Union and domestic law. In particular, the conclusion of cooperation agreements with Libya, also regulating readmission matters, and the adoption of internal measures generally aiming at deterring the arrival of (allegedly illegal) migrants, are conducts that, more or less directly, may be in breach of the principle of non refoulement and potentially trigger Italy's international responsibility. Italy should therefore re-define its migration policy in accordance with international law, with particular regard to this fundamental rule.

⁸⁹ Secondo le parole usate dai sei relatori speciali nella comunicazione congiunta del maggio 2019, in Italia è presente un «climate of hostility and xenophobia against migrants». *Ivi*, p. 3.

IL “PORTO SICURO” TRA NEGAZIONE DEI DIRITTI UMANI E OBBLIGHI INTERNAZIONALI DI PROTEZIONE

LETIZIA VALENTINA LO GIUDICE*

SOMMARIO: 1. Il fenomeno migratorio e le ragioni dell’interesse penalistico. – 2. Le fonti sovranazionali e interne. – 3. Brevi cenni alla giurisprudenza italiana ed europea. – 4. Cronistoria di un’ingiustizia: il caso Diciotti. – 5. Il carattere scriminante degli obblighi internazionali.

1. *Il fenomeno migratorio e le ragioni dell’interesse penalistico*

La crisi umanitaria correlata alla gestione dei flussi migratori attiene principalmente alle condizioni cui sono sottoposti i migranti non soltanto nei paesi di origine – dove sono spesso in corso conflitti armati e persecuzioni ai danni di specifiche minoranze politiche, etniche o religiose –, ma anche nei paesi di transito, tra i quali emerge, senz’altro, la Libia; e alla risposta – inadeguata se non discutibile - che a tale crisi hanno, sino ad ora, fornito gli stati costieri.

Malgrado alcune forze politiche italiane ed internazionali si prodighino ancora adesso per affermare che la situazione libica sia sotto controllo e che ivi siano garantiti i diritti e le libertà di ogni individuo, non può in alcun modo tacersi il fatto che i centri di detenzione presenti in quello “stato” siano, in realtà, luoghi di imprigionamento dei migranti irregolari provenienti da altre regioni dell’Africa, nei quali si perpetrano atti sistematici e feroci di aggressione e tortura.

Queste azioni criminali vengono poste in essere direttamente dagli appartenenti alle forze dell’ordine libiche, ivi compresi i membri della guardia costiera, che agiscono di concerto con i trafficanti di esseri umani e le organizzazioni criminali transnazionali impegnate nel favoreggiamento dell’immigrazione clandestina.

Le cause di questo fenomeno aberrante non sono rinvenibili, come spesso vien ripetuto da certa propaganda populista, nella massiccia ondata migratoria che ha luogo ormai da molti anni, bensì – e paradossalmente – nella sempre maggiore diffusione di politiche migratorie volte a reprimere, respingere e discriminare gli stranieri, impedendo loro di fare ingresso nel territorio europeo¹.

In proposito, il referente speciale per le Nazioni Unite, Nils Melzer a seguito di un’attenta indagine in ordine alle condizioni inumane cui sono sottoposti i migranti in Libia ha affermato: «the primary cause of for the massive abuse suffered by migrants [...]»

* Dottoranda di Ricerca in Scienze giuridiche, Università di Messina.

¹ F. DE VITTOR, *Soccorso in mare e rimpatri in Libia: tra diritto del mare e tutela internazionale dei diritti dell’uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2009; P. INNOCENTI, *Migrazioni: alcune considerazioni sul decreto legge 13/2017, l’approccio hot spot, le procedure standard per le attività operative di soccorso in mare, il rifiuto di sottoporsi ai rilievi fotodattiloscopici, la cooperazione con i paesi terzi per i rimpatri*, in *Riv. pen.*, 2017; F. PELLEGRINO (a cura di), *VI Giornata nazionale della sicurezza in mare. Atti del convegno di Messina, 6 giugno 2004*, Villa San Giovanni, 2005; F. PELLEGRINO, *I nuovi orizzonti della sicurezza marittima*, in *Scritti in onore di Francesco Berlingieri*, II, Genova, 2010; F. PELLEGRINO (a cura di), *Sviluppo sostenibile dei trasporti nel Mediterraneo*, Napoli, 2013.

including torture, rape, enslavement, trafficking and murder, is neither migration itself, nor organised crime, or the corruption of individual officials, but the growing tendency of States to base their official migration policies on deterrence, criminalization and discrimination, rather than protection, human rights and non-discrimination»².

Sulla base di queste affermazioni, appare evidente come la già pregnante necessità di trarre in salvo in acque internazionali dei migranti salpati dalle coste della Libia assuma connotati di rilevanza cruciale quando ad intervenire siano navi battenti bandiera italiana o di altri stati europei – a prescindere dalla loro natura governativa o non governativa – sottoposte alla giurisdizione di stati le cui politiche migratorie non si siano ancora adeguate alla portata della crisi umanitaria in corso. Tanto più tale problema emerge – come è emerso – se ciò avviene nella zona che, secondo le convenzioni internazionali, rientra nella responsabilità delle autorità libiche; ciò poiché dalla eventuale consegna dei migranti soccorsi ai responsabili di quella zona S.A.R. conseguirà con certezza una nuova restituzione dei superstiti ai centri di detenzione e, dunque, un'ennesima sottoposizione degli stessi a trattamenti inumani e degradanti, nonché a spregiudicati atti di tortura.

Da ciò deriva, direttamente, un'ulteriore implicazione: attraverso la riconsegna alla Libia dei migranti soccorsi nella sua zona *search and rescue* si dà luogo ad un vero e proprio respingimento collettivo che – come è noto – è vietato dalle principali convenzioni europee ed internazionali in tema di tutela dei diritti umani e trova la sua giuridica consacrazione nel principio di *non-refoulement* di cui alla Convenzione di Ginevra del 1951.

Non a caso, l'11 marzo 2018, lo stesso Melzer, con riferimento al trattamento dei migranti nei centri di detenzione libica ha affermato: «States and the ICC- Prosecutor should examine whether investigations for crimes against humanity or war crimes are warranted in view of the scale, gravity and increasingly systematic nature of torture, ill-treatment and other serious human rights violations suffered by millions of migrants in all religions of the world, as a consequence of corruption and crime, but also as a direct or indirect consequence of deliberate State policies and practices of deterrence, criminalization, arrival prevention, and refoulement».

Nulla esclude, dunque, che – qualora delle responsabilità vengano accertate sul piano dei crimini internazionali commessi nei confronti dei migranti – ad essere sottoposte a processo non saranno solo le autorità di Tripoli, nazione peraltro ancora sprovvista di un effettivo governo statale, bensì anche tutti coloro i quali cooperino e abbiano cooperato con le stesse in modo diretto o indiretto, consentendo che quei crimini continuino ad essere perpetrati.

2. Le fonti sovranazionali e interne

L'obbligo di salvataggio in mare nasce da una consuetudine marittima internazionale che ha poi trovato la propria positivizzazione nella Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare (SOLAS - *Safety of life at sea*) stipulata a Londra nel 1974.

Essa obbliga il «comandante di una nave che si trovi nella posizione di essere in grado di prestare assistenza, avendo ricevuto informazione da qualsiasi fonte circa la presenza di persone in pericolo in mare, a procedere con tutta rapidità alla loro assistenza,

² N. MELZER, *Special rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, 37th session of the Human Rights Council, Geneva, 1 march 2018, p. 10.

se possibile informando gli interessati o il servizio di ricerca e soccorso del fatto che la nave sta effettuando tale operazione [...]». La stessa Convenzione richiede agli Stati parte di «garantire che vengano presi gli accordi necessari per le comunicazioni di pericolo e per il coordinamento nella propria area di responsabilità e per il soccorso di persone in pericolo in mare lungo le loro coste. Tali accordi dovranno comprendere l'istituzione, l'attivazione ed il mantenimento di tali strutture di ricerca e soccorso, quando esse vengano ritenute praticabili e necessarie [...]» (SOLAS Cap. V, Reg. 33).

Particolare rilevanza assume, poi, la Convenzione di Amburgo (SAR - *International convention on maritime search and rescue*) del 1979 dalla quale sorge l'obbligo per i comandanti di «...garantire che sia prestata assistenza ad ogni persona in pericolo in mare [...] senza distinzioni relative alla nazionalità o allo status di tale persona o alle circostanze nelle quali tale persona viene trovata» nonché a “[...] fornirle le prime cure mediche o di altro genere ed a trasferirla in un luogo sicuro».

Nel 1982 è stata stipulata la Convenzione ONU sul diritto del mare (UNCLOS - *United Nations convention on the law of the sea*), anche conosciuta come Convenzione di Montego Bay, la quale, all'art. 98, stabilisce che «ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batte la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri: 1. presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in pericolo di vita; 2. proceda quanto più velocemente è possibile al soccorso delle persone in pericolo, se viene a conoscenza del loro bisogno di assistenza, nella misura in cui ci si può ragionevolmente aspettare da lui tale iniziativa».

L'art. 18 par. 2 della Convenzione di Montego Bay prevede, poi, che lo stato costiero titolare della zona di navigazione nella quale transita una nave straniera non può negare alla stessa l'esercizio del proprio diritto di passaggio, né obbligare l'equipaggio a riprendere il largo. Di conseguenza, allorché la nave straniera che stia esercitando quel diritto di passaggio versi in una condizione di pericolo e grave difficoltà, lo stato costiero diviene il titolare primario dell'obbligo di prestare soccorso e di assicurare la conclusione del salvataggio.

Specularmente, la nave in stato di pericolo – dal quale derivi una grave ed attuale minaccia per la vita delle persone a bordo – gode di un diritto di accesso al porto. E tale diritto – a differenza di quanto spesso sostenuto da taluni esponenti politici – non è subordinato all'accertamento dello *status* dei passeggeri che si trovino sul natante poiché, in linea teorica ed astratta, fino al momento dello sbarco e dell'identificazione, ciascun migrante soccorso è un potenziale destinatario di protezione internazionale e, come tale, soggetto tutelato dalla Convenzione di Ginevra del 1951.

Nel maggio 2004 le convenzioni SOLAS e SAR sono state sottoposte ad emendamenti – entrati in vigore il primo luglio del 2006 – volti a responsabilizzare maggiormente anche gli Stati, in modo che questi ultimi cooperassero tra loro per le attività di ricerca e salvataggio, consentendo di assicurare il buon esito delle operazioni in mare dei natanti coinvolti.

Nello specifico, si richiede agli Stati e alle Parti contraenti di coordinarsi e cooperare per consentire che i comandanti delle navi – direttamente adoperatisi per il soccorso in mare – possano prontamente trasferire i superstiti, riprendendo la propria rotta, solo con una minima ulteriore deviazione rispetto a quella originariamente prevista dalla nave, operando il trasbordo dei migranti su altre navi la cui rotta sia compatibile rispetto a quella individuata per il raggiungimento del c.d. “*place of safety*” e di organizzare lo sbarco nel più

breve tempo possibile, compatibilmente con le condizioni materiali e giuridiche che ne favoriscano l'attuazione.

Per rendere accessibile il contenuto degli emendamenti formulati nel 2004, tanto alle autorità governative quanto ai comandanti delle imbarcazioni, *International Maritime Organization* (IMO) sotto l'egida dell'ONU ha emanato le *Linee guida sul trattamento delle persone soccorse in mare*.

In particolare si prevede che il governo titolare della regione SAR in cui sono stati recuperati i sopravvissuti è responsabile di fornire un luogo sicuro o, quantomeno, di assicurarsi che tale luogo venga fornito. Nel caso della SAR libica, in virtù del fatto che essa dal 2011 continui a non avere un governo centrale effettivo, si è affermata una tendenza parzialmente differente: la responsabilità dell'individuazione del porto sicuro e dell'intera operazione di soccorso grava sul Governo che, in quella zona, ha coordinato le attività di *search and rescue*.

Il più delle volte si tratta del governo italiano per mezzo del Centro nazionale di coordinamento del soccorso marittimo (IMRCC) con sede in Roma. Tuttavia, a seguito di accordi bilaterali conclusi tra l'Italia, rappresentata dall'allora Ministro dell'Interno Marco Minniti – cui è succeduto il Ministro della Lega, Matteo Salvini – e la Libia, si è assistito ad un sempre crescente ruolo della Guardia Costiera libica nelle attività di coordinamento e soprattutto soccorso dei migranti, con annessa presa in consegna degli stessi e loro riconduzione nei centri di detenzione.

Tra l'altro, il 28 giugno 2018, l'IMO ha inserito nel proprio database l'autoproclamata zona SAR libica, con annessa attribuzione di responsabilità e coordinamento degli eventi *search and rescue* in capo alla Centrale operativa libica (IRCC) verificatisi nella sua zona di intervento.

Inutile rilevare come appaia quantomeno inverosimile che un'autorità governativa inidonea persino a controllare il solo territorio della città di Tripoli, possa essere in grado di coordinare il soccorso in mare per tutta la zona SAR originariamente attribuita dalla Convenzione.

Quanto al concetto di "porto sicuro" fornito dalle linee guida IMO, esso va inteso come quella località in cui le operazioni di soccorso si considerano concluse poiché la sicurezza e la vita dei sopravvissuti non sono più minacciate ed ivi possono essere soddisfatte le necessità primarie dei migranti in termini di cibo, alloggio e assistenza sanitaria³.

Rispetto ai richiedenti asilo e ai rifugiati recuperati in mare, le linee guida stabiliscono il divieto di condurli in territori nei quali la loro vita e la loro libertà sarebbero minacciate.

A tal proposito giova fare riferimento a un'altra fonte internazionale di portata cogente, la Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati del 1951.

Essa all'art. 33 proibisce che il rifugiato o il richiedente asilo «sia espulso o respinto – in alcun modo – verso le frontiere dei luoghi ove la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a causa della sua razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o delle sue opinioni politiche».

Sebbene ciò si riferisca in via principale al paese dal quale l'individuo è fuggito, esso – per interpretazione costantemente accolta nella prassi dei rapporti internazionali –

³ U. LEANZA, F. CAFFIO, *L'applicazione della convenzione di Amburgo del 1979 sul SAR*, in *Riv. dir. nav.*, 1, 2015, p. 420 ss.; F. DE VITTOR, *Il diritto di attraversare il Mediterraneo... o quantomeno di provarci*, in *Dir. um dir. int.*, 2014, p. 63 ss.; F. VASSALLO PALEOLOGO, *Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto sovranazionale e nell'ordinamento interno*, in *Questione giustizia*, 2, 2018, p. 215 ss.

comprende anche ogni altro territorio dove egli si trovi a fronteggiare una minaccia analoga.

Questa ultima ipotesi attiene esattamente a quanto avvenuto negli ultimi anni con riferimento ai soccorsi effettuati dalle ONG a largo delle coste libiche e, dunque, nell'ambito della SAR posta sotto il controllo della Guardia Costiera di Tripoli.

Inoltre, con espresso riferimento al ruolo delle ONG⁴, si segnala come l'art. 5 comma 1 del D.P.R. 662/94 (attuativo del paragrafo 2.4.1 del Capitolo II della Convenzione SAR) prevede che le autorità costiere responsabili del soccorso in mare richiedano ad altre amministrazioni statuali o anche a privati il concorso di mezzi navali e aerei che siano ritenuti idonei a partecipare alle operazioni di soccorso.

Da ciò discende che la nave appartenente alle organizzazioni non governative che venga a conoscenza di una situazione di pericolo abbia l'obbligo di trasmettere prontamente l'informazione all'IMRCC (la centrale operativa del corpo delle Capitanerie di Porto italiane) - che assume su di sé il coordinamento dell'evento e lo mantiene fino all'approdo dei migranti soccorsi nel porto sicuro individuato - e di porsi a disposizione dell'autorità anche ai fini dell'eventuale soccorso.

Infine, quanto alla normativa europea, si segnalano due fonti di diritto derivato immediatamente precettivo: il Regolamento 656/14/UE e il Regolamento 1624/16/UE.

Questi strumenti, oltre a prevedere e ribadire specifici obblighi di soccorso, introducono anche obblighi di monitoraggio, ricerca e coordinamento, imponendo agli stati di attivarsi per garantire in ogni circostanza il buon esito delle operazioni di salvataggio.

In particolare, il regolamento n. 656/14 prevede all'art. 2 paragrafo 1 numero 12 la definizione di luogo sicuro, inteso come «luogo in cui si ritiene che le operazioni di soccorso debbano concludersi e in cui la sicurezza per la vita dei sopravvissuti non è minacciata, dove possono essere soddisfatte le necessità umane di base e possono essere definite le modalità di trasporto dei sopravvissuti verso la destinazione successiva o finale tenendo conto della protezione dei loro diritti fondamentali nel rispetto del principio di non respingimento».

Il medesimo atto normativo, all'art. 9 paragrafo 2 enuclea la definizione di “pericolo in mare (“danger at sea”) che si caratterizza per l'essere il presupposto sul quale si innesta, poi, l'obbligo di soccorso. Nella prassi di Frontex e delle autorità di guardia costiera esso viene interpretato in senso ampio, in modo che vi rientrino non solo ipotesi che richiedano un intervento improcrastinabile, ma anche ipotesi di sovraffollamento, scarsa galleggiabilità e insufficienza di dotazioni di sicurezza. In poche parole, si tratta delle tipiche situazioni che si ravvisano nelle ipotesi dei salvataggi operati nel canale di Sicilia.

3. Brevi cenni alla giurisprudenza interna e sovranazionale

In merito alla posizione assunta dalla Corte Edu, particolare interesse rivestono i principi espressi nella sentenza resa nel caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* - con particolare riferimento alle violazioni in materia di diritti umani. Con questa pronuncia, la Grande

⁴ I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Dir. imm. citt.*, 3, 2017, p. 19 ss.; F. PELLEGRINO, *In tema di abbandono di migranti clandestini in acque internazionali per provocare interventi di soccorso*, in *Dir. mar.*, 2-4, 2014, p. 581 ss.

Camera della Corte Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo ha stabilito, in particolare, che il respingimento verso Tripoli dei 24 ricorrenti, operato dalle navi militari italiane, costituisce violazione dell'art. 3 (tortura e trattamento inumano e degradante) della Cedu. Nella specie, è stato accertato che la Libia non ha offerto – e non offre ancora oggi – alcuna garanzia di trattamento secondo gli standard internazionali dei richiedenti asilo e dei rifugiati e li ha esposti, anzi, ad un rimpatrio forzato. Inoltre, la Corte ha condannato l'Italia per aver violato il divieto di espulsioni collettive previsto dall'art. 4 protocollo 4 Cedu, nonché per aver negato ogni effettiva forma di riparazione ai ricorrenti per le violazioni subite.

In altra vicenda decisa dalla Grande Camera l'1 settembre 2015, caso *Khlaifia c. Italia*, la Corte di Strasburgo ha accolto il ricorso presentato da tre cittadini tunisini che lamentavano il trattamento subito in occasione dello sbarco sull'isola di Lampedusa nel settembre 2011. La pronuncia, per quanto incentrata sulle censure sollevate dai ricorrenti, prende in considerazione il più ampio contesto dell'emergenza sbarchi verificatasi in quell'anno, a seguito delle c.d. primavere arabe, e censura l'operato dell'Italia – sotto il profilo della violazione dell'art. 5 Cedu – per l'accoglienza dei migranti e per l'attuazione dei respingimenti, nonché per l'impossibilità per i cittadini stranieri trattenuti negli *hotspot* di poter accedere a forme di tutela giurisdizionale, poiché agli stessi è stato perfino negato di interloquire con i propri legali.

Quanto, poi, alla possibilità di configurare come reato il soccorso di migranti in pericolo di vita allorché questi siano tratti in salvo nella zona SAR di responsabilità di altro Paese⁵, giova richiamare la vicenda occorsa in occasione del sequestro preventivo della nave *Proactiva Open Arms*. Dopo l'intervento del GIP di Catania, che aveva escluso il *fumus* dell'associazione per delinquere finalizzato al traffico di migranti nei confronti dell'equipaggio della motonave, si è determinato lo spostamento di competenza in capo al GIP di Ragusa, il quale ha ritenuto indispensabile indagare sulla sussistenza del reato di cui all'art. 12, comma 3, d.lgs 286/98, e sulla permanenza delle esigenze cautelari giustificative del sequestro preventivo dell'imbarcazione. In altri termini, ci si è chiesti se il delitto in parola fosse configurabile nei confronti dei volontari impegnati nelle operazioni di soccorso pur non avendo, gli stessi, concorso nelle azioni delittuose dei trafficanti che trasportavano i migranti sui gommoni.

In linea generale, la risposta negativa sembra preferibile, stante l'operatività della causa di giustificazione di cui all'art. 54 c.p., in ragione del fatto che il comandante e l'equipaggio della ONG catalana hanno agito assumendo il controllo delle operazioni di soccorso – malgrado il diniego da parte delle autorità italiane e libiche – per evitare che i migranti salvati in mare dalla Guardia Costiera di Tripoli potessero essere ricondotti in Libia e ivi sottoposti a trattamenti inumani e degradanti.

Lo stesso ragionamento è stato seguito dal GIP che non ha convalidato il sequestro, sostenendo che i soccorritori abbiano agito in "stato di necessità".

Il maggiore pregio di questa ordinanza è quello di avere chiarito come non esista un porto libico che possa essere considerato sicuro ai sensi delle convenzioni internazionali; su questa linea, il giudice ha affermato che il comandante – venendo meno al dovere di obbedienza nei confronti del responsabile della zona SAR – ha agito perché costretto dal

⁵ F. LOMBARDI, *La giurisdizione italiana per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nel caso di soccorso di migranti in acque internazionali*, in *Cass. Pen.*, 2015, p. 1998 ss.; V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1, 2018, p. 86 ss.

pericolo attuale ed inevitabile della deportazione dei passeggeri soccorsi presso i centri di detenzione libica – dunque in applicazione dell'art. 98 della Convenzione di Montego Bay in combinato disposto con l'art. 33 Convenzione di Ginevra ed alla luce delle linee guida IMO – ponendo in essere una condotta risultata, pertanto, del tutto lecita.

I brevi cenni alle pronunce sopra indicate consentono di mettere in evidenza il contesto giuridico interno, europeo ed internazionale in cui anche lo studioso di diritto penale deve muoversi per potere rispondere ad interrogativi che stanno andando progressivamente incontro ad una crescita esponenziale, che impone una risposta punitiva rispetto a condotte potenzialmente lesive dei diritti fondamentali della persona umana, tenuto anche conto del grado di vulnerabilità delle categorie interessate e della loro provenienza.

4. *Cronistoria di un'ingiustizia: il caso Diciotti*

Con riferimento alla vicenda della Nave Diciotti, è opportuno brevemente ricordare la scansione degli eventi, sebbene avvenuti in tempi assai recenti. In data 16 agosto 2018 la motonave militare “Diciotti” CP 941, a seguito del soccorso in zona SAR maltese di n. 190 cittadini stranieri partiti dalle coste libiche, ha chiesto di poter essere autorizzata a fare ingresso nel porto di Lampedusa.

Tuttavia, dai Ministeri dell'Interno e delle Infrastrutture e Trasporti non è pervenuta alcuna indicazione in ordine all'individuazione del porto sicuro di sbarco o all'opportunità di consentire che lo stesso avvenisse proprio nell'isola di Lampedusa.

A causa delle gravissime condizioni di salute in cui versavano a bordo della nave, tredici cittadini stranieri sono stati soccorsi e portati presso i nosocomi locali per ottenere le cure necessarie. Sulla nave sono rimasti n. 177 migranti, tra i quali 29 minori non accompagnati. In mancanza di formale autorizzazione ministeriale all'approdo, il mezzo militare è stato costretto a permanere nella rada del porto dell'isola fino al 20 agosto 2018, data nella quale è stata autorizzata una sosta tecnica dell'imbarcazione presso il porto di Catania, con preciso divieto di dare luogo allo sbarco dei passeggeri.

Come è noto, dopo varie pressioni provenienti da più parti (istituzioni, associazioni, avvocati, organismi internazionali) e dopo numerosi esposti presentati prima alla Procura di Agrigento - poiché la nave si trovava originariamente a largo di Lampedusa - e successivamente alla Procura di Catania, il Ministero dell'Interno ha consentito lo sbarco delle sole donne e dei minori poiché versavano in condizioni di salute precaria.

Successivamente, solo dopo che il Vaticano e altri stati europei hanno assunto l'impegno di accogliere i restanti migranti ancora a bordo dell'imbarcazione, le operazioni di sbarco si sono concluse.

A seguito dei summenzionati fatti, è stato iscritto nel registro degli indagati per l'ipotesi delittuosa di sequestro di persona l'allora Ministro dell'Interno, Matteo Salvini.

Espletata la preliminare attività istruttoria, con decreto depositato il 16 ottobre 2018, il Tribunale dei Ministri di Palermo, esclusa la sussistenza di condotte penalmente rilevanti ascrivibili all'indagato fino alla data del 19 agosto 2018, ha dichiarato la propria incompetenza territoriale in ordine ai fatti accaduti nell'intervallo temporale successivo, corrente dall'attracco della nave “U. Diciotti” al porto di Catania – avvenuto il 20 agosto 2018 – e protrattosi fino all'autorizzato sbarco dei migranti avvenuto il 25 agosto,

rimettendo, così, gli atti al Procuratore della Repubblica di Catania per le valutazioni di competenza.

A seguito della conseguente trasmissione degli atti, il Procuratore della Repubblica di Catania, con istanza depositata presso la Cancelleria del Tribunale dei Ministri di Catania, territorialmente competente, in data 29 ottobre 2018, ai sensi dell'art. 6, comma II, legge Costituzionale 1/1989, ha chiesto «disporre l'archiviazione del procedimento iscritto nei confronti del Ministro dell'Interno Matteo Salvini per infondatezza della notizia di reato».

Il Tribunale ha proceduto allo svolgimento delle ulteriori attività di indagine all'esito delle quali, ritenendo che nella condotta posta in essere dal Ministro dell'Interno Sen. Matteo Salvini – nell'arco temporale compreso tra il 20 ed il 25 agosto 2018, con riguardo alla permanenza a bordo della nave della Guardia Costiera "U. Diciotti" ormeggiata al porto di Catania di 177 migranti, tra cui alcuni minori non accompagnati – fossero ravvisabili gli estremi del reato previsto dall'art. 605, comma I e II, n. 2, e comma III, c.p. (sequestro di persona, aggravato dalla qualifica di pubblico ufficiale, dall'abuso dei poteri inerenti alle funzioni esercitate, nonché fatto commesso in danno di soggetti minori di età).

Pertanto, ai sensi dell'art. 8 della Legge Costituzionale 1/89, il Giudice ha disposto la trasmissione degli atti al Procuratore della Repubblica di Catania affinché provvedesse alla rimessione al Presidente del Senato per l'avvio della procedura di rilascio dell'autorizzazione a procedere nei confronti del Ministro Salvini.

Ed invero, se il Tribunale dei Ministri di Palermo, con motivazione che anche il Tribunale di Catania ha ritenuto condivisibile, ha valutato l'insussistenza di profili di reato a carico del Ministro dell'Interno con riferimento a quanto accaduto nell'arco temporale compreso tra il 15 ed il 16 agosto 2018 ed il successivo 20 agosto 2018, è stata ferma e convinta opinione del predetto Tribunale che ad opposte conclusioni dovesse pervenirsi per quanto concerneva la condotta tenuta dal Ministro dell'Interno nel successivo periodo compreso tra l'arrivo della nave "Diciotti" al porto di Catania il 20 agosto 2018 e la tarda serata del 25 agosto 2018, allorquando, previa indicazione formale del POS (*Place of Safety*), è stato autorizzato lo sbarco dei migranti.

Il Tribunale dei Ministri, nell'articolato e pregevole provvedimento emesso, ha analizzato dettagliatamente la condotta posta in essere dal Ministro dell'Interno, partendo dalla previa valutazione della tipicità delle tre distinte richieste di POS diramate dall'IMRCC di Roma nei confronti del Dipartimento per le Libertà Civili e per l'Immigrazione – che è organo costituito in seno al Ministero dell'interno e funge da raccordo con il Ministro cui spetta l'indicazione del *place of safety* –.

Indubbiamente la prima richiesta di POS, del 15 agosto 2018, essendo stata avanzata in un momento in cui il barcone si trovava ancora al di fuori della SAR italiana, a parere del Tribunale non presentava i requisiti di tipicità necessari ai fini dell'attribuzione di penale rilevanza della condotta del Ministro. Ciò perché: non è stata avanzata a conclusione di un evento SAR; non è stata avanzata a seguito del recupero dei sopravvissuti, aveva natura spiccatamente preventiva e non vi era alcun obbligo effettivo per il Dipartimento di dare seguito a quella richiesta.

La seconda richiesta di POS del 17 agosto, invece, è stata qualificata – tanto dai funzionari IMRCC e dai funzionari ministeriali sentiti a sommarie informazioni dal Procuratore di Agrigento il 25 agosto 2018, quanto dallo stesso Tribunale dei Ministri – come richiesta formale e, in quanto tale, tipica in ragione del fatto che in questa ultima veniva esplicitata chiaramente la richiesta al Dipartimento affinché venisse indicato senza indugio il POS sul territorio nazionale, atteso che i migranti erano in navigazione da oltre

36 ore e la loro permanenza a bordo non poteva rischiare di protrarsi oltre nel caso in cui Malta non avesse indicato un proprio porto sicuro.

La terza richiesta di POS, oltre ad avere – naturalmente – natura formale, esordiva con l'inciso «facendo seguito alle reiterate richieste», fuggendo ogni dubbio in ordine alla propria tipicità ai fini del delitto contestato e al contempo chiarendo anche il ruolo della precedente – già tipica – richiesta POS.

Alla luce di questa preliminare ricostruzione dei presupposti oggettivi, unitamente al contributo offerto dalle sommarie informazioni raccolte dai militari della Guardia Costiera, il Tribunale ha ritenuto che nelle giornate dal 17 agosto al 25 agosto i migranti a bordo della Diciotti fossero stati sottoposti a costrizione e ad una limitazione della propria libertà personale senz'altro qualificabile come “apprezzabile” con conseguente lesione del loro equilibrio psico-fisico, attese anche le precarie condizioni che – nonostante gli sforzi dell'equipaggio – erano stati costretti a subire a bordo della nave, ammassati sul ponte, nel caldo del mese di agosto.

Quanto all'elemento soggettivo, il Tribunale dei Ministri ha individuato tre requisiti ai fini della attribuibilità del dolo in capo all'indagato: la diretta riconducibilità tanto della mancata individuazione del POS quanto il correlativo divieto di sbarco al Ministro Salvini; l'accertamento del carattere illegittimo della privazione di libertà dei passeggeri (perché *contra legem*); l'assenza di cause di giustificazione con valore scriminante (adempimento di un dovere *ex art.* 51 c.p.).

Tanto l'elemento oggettivo quanto l'elemento soggettivo sono stati ritenuti sussistenti nelle condotte perpetrate dal Ministro dell'Interno. Tuttavia, come è noto, la Camera di appartenenza di quest'ultimo, il Senato della Repubblica, ha ritenuto di dover negare l'autorizzazione a procedere, con conseguente impossibilità di determinare la prosecuzione del procedimento penale e pervenire, dunque, ad un possibile accertamento di responsabilità.

5. Il carattere scriminante degli obblighi internazionali

Come si è detto all'inizio del presente lavoro, esiste un cogente obbligo di soccorso in mare in capo ai comandanti e alle autorità nazionali che discende direttamente dalle convenzioni internazionali e, in particolare, dall'art. 98 della Convenzione di Montego Bay.

Da ciò deriva che l'azione dei soccorritori sia dovuta, proprio in forza della vincolatività di questi strumenti internazionali⁶.

Non potendo in questa sede soffermarsi sull'analisi delle singole scriminanti astrattamente applicabili a questa tipologia di condotte⁷, può sinteticamente affermarsi che,

⁶ A. RAUTI, *Il codice di condotta per le ONG ed il controllo sul mare extraterritoriale*, in *Quad. cost.*, 4, 2017, p. 899 ss.; T. SCOVAZZI, *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, Torino, 2016.

⁷ Per un'esauritiva disamina, si vedano G. AZZALI, *Stato di necessità (dir. pen.)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XVIII, Torino, 1971; F. BELLAGAMBA, *Il limite della proporzione nello stato di necessità*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 757 ss.; C. Colombo, M. PARISI, *Aspetti problematici dello stato di necessità*, in *Riv. pen.*, 2002, p. 303 ss.; E. CONTIERI, *Lo stato di necessità*, Milano, 1939; G.V. DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978; G. DEMURO, *Giustificazione e scusa: evoluzione dottrinale e giurisprudenziale*, in *Giurisprudenza di Merito*, 1995, p. 297 ss.; R. DOLCE, *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale*, Milano, 1957; M.P. LA SPINA, *Obbligo di soccorso o favoreggiamento dell'immigrazione clandestina?*, in *Rivista di diritto dell'economia dei trasporti e dell'ambiente*, 2011,

in casi di tal fatta, più che richiamare (come nel caso *Proactiva Open Arms*) l'operatività dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p. – i cui caratteri applicativi risultano essere particolarmente stringenti – sarebbe più opportuno fare riferimento alla causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere ex art. 51 c.p.

Ed in tal senso si è orientato persino il GIP di Agrigento, dott.ssa Alessandra Vella, nel recente caso *Sea Watch 3* rispetto ai fatti verificatisi in data 29 giugno 2019, in relazione allo sbarco di 53 passeggeri soccorsi dalla nave ONG, battente bandiera olandese, nella zona SAR libica, nonché alle manovre di emergenza effettuate dalla comandante, Carola Rackete, allo scopo di forzare il blocco navale operato dalla Guardia di Finanza italiana, al momento dell'ingresso necessitato nel porto di Lampedusa. In particolare, nell'ordinanza depositata in data 2 luglio 2019, relativamente alla convalida dell'arresto della Comandante eseguito dalle Fiamme Gialle e alla successiva richiesta del Pubblico Ministero di applicazione della misura cautelare del divieto di dimora nel comune di Agrigento - per i reati di resistenza e violenza nei confronti di nave da guerra (art. 1100 cod. nav.) e resistenza a pubblico ufficiale ex art. 337 c.p. – il Giudice per le indagini preliminari ha escluso la penale rilevanza delle condotte contestate alla Rackete in quanto scriminate dall'art. 51 c.p. poiché poste in essere nell'adempimento di un dovere: «l'attività del capitano della nave Sea Watch 3, di salvataggio in mare di soggetti naufraghi, deve, infatti, considerarsi adempimento degli obblighi derivanti dal complesso quadro normativo che si è sopra richiamato» (pag. 11 ordinanza del 2 luglio 2019). Proprio con riferimento al quadro normativo delineato anche in questa sede, il Giudice ha fatto richiamo proprio all'art. 18 della Convenzione di Montego Bay affermando che dalla lettura dello stesso «si desume il principio della libertà degli stati di regolare i flussi di ingresso nel suo territorio nazionale (espressione di sovranità) con i limiti – tuttavia – derivanti dal diritto consuetudinario e dai limiti che lo stato stesso si impone mediante adesione ai trattati internazionali, idonei a conformare la stessa sovranità nazionale, e tra detti limiti figurano (art. 18 sopra richiamato), il dovere di pronto soccorso alle navi in difficoltà e di soccorso ai naufraghi» (pag. 4 ordinanza del 2 luglio 2019).

Sempre volendo trarre spunto dalla recente pronuncia del GIP di Agrigento, è opportuno operare qualche breve cenno al c.d. "decreto sicurezza bis"⁸. Tale atto ha introdotto, all'art. 11 d.lgs 286/98, il comma 1^{ter} a mente del quale, si prevede in capo al Ministro dell'Interno di concerto con il Ministro della Difesa ed il Ministro delle Infrastrutture e dei trasporti (informando il Presidente del Consiglio dei Ministri, cui però non viene attribuito alcun potere di veto o di indirizzo) la possibilità di emanare un provvedimento di divieto di transito e sosta di navi nel mare territoriale italiano, allorché ricorrano motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero altri motivi rinvenibili nelle fonti convenzionali. Dalla violazione del divieto di transito e sosta nel mare territoriale discende l'applicazione di una sanzione amministrativa, prevista al successivo art. 12 comma 6 *bis* d.lgs 286/98 - da 10.000 a 50.000 euro - da comminare al comandante, all'armatore ed al proprietario della nave, nonché la possibilità di disporre la confisca - a seguito di sequestro cautelare – nel caso della reiterazione delle condotte di cui all'art. 11 comma 1^{ter} mediante l'uso della stessa imbarcazione. Inutile sottolineare come a nulla sia valso lo sforzo propagandistico propugnato dall'allora Ministro dell'Interno relativamente all'emanazione

p. 509 ss.; F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000.

⁸ Decreto Legge, del 14 giugno 2019 n° 53 del Consiglio dei Ministri recante "Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica", in G.U. n. 138 del 14 giugno 2019.

di tale strumento emergenziale⁹, atteso che nessuna natura cogente può essere attribuita ad un decreto interministeriale che – in virtù della semplice applicazione di un criterio gerarchico¹⁰ – si colloca al di sotto non soltanto delle convenzioni internazionali (fonti costituzionalmente interposte) ma perfino della stessa legge ordinaria e dalla cui violazione, discende solo una sanzione amministrativa e non potrà mai discendere la compressione degli obblighi di soccorso gravanti sul comandante alla luce della normativa sovranazionale.

Anche alla luce di tale ultimo caso, emerge come nella giurisprudenza di merito, e si auspica, a breve (nel caso *Sea Watch 3* la Procura di Agrigento ha proposto ricorso per Cassazione avverso l'ordinanza del 2 luglio 2019 allo scopo di ottenere dalla Suprema Corte l'enunciazione di un principio di diritto che possa orientare l'operato degli interpreti) anche in quella di legittimità, si sia ormai affermato il concetto in base al quale l'azione di salvataggio e conduzione in un *safety place* ad opera dei soccorritori risulta scriminata dalla vigenza di obblighi convenzionali e di diritto interno cui tutti i comandanti devono conformarsi allorché si imbattano in naufraghi in pericolo in acque internazionali. Del pari, altro principio invalso nell'applicazione giurisprudenziale interna, attiene alla pacifica esclusione della Libia – e di ogni altro paese, come la Tunisia, nel quale non sia prevista una legislazione a tutela dei rifugiati - dal concetto di “porto sicuro”.

E' auspicabile che il recente insediamento di una nuova coalizione di Governo in Italia conduca a correzioni fondamentali del “decreto sicurezza bis” (indicate dal Capo dello Stato nella lettera di accompagnamento alle Camere con cui ha firmato il decreto) e al ripristino, nel nostro paese, di un equo rapporto tra tutela dei diritti umani e (ostinata) difesa dei confini.

ABSTRACT: *Safe Harbor between Denial of Human Rights and Obligations of International Protection*

The aim of this work is to provide an analysis of international and domestic rules on which is based rescue's responsibility of coastal States in case of danger at sea. Inter alia, the main problem to deal with is the position of irregular migrants who are rescued at international sea by non-governative organizations' ships and the role of them in migration flows through Mediterranean country borders. During last two years, Italian policies about search and rescue responsibility are drastically changed because of a recent agreement signed with Libyan coast guard, who claimed his own competence on the correspondent S.A.R. zone, that established the obligation for Tripoli's authorities of picking up rescued migrants and take them back in Libya. Nonetheless, according to article 3 CEDU and article 33 of Geneva Convention, Libya could not be considered a “safe place” in which migrants are granted into their basic human rights and the policy of bringing them back to the origin country constitutes an act of refoulement and torture. These principles have been constantly stated by domestic Italian courts in main cases such as Proactiva Open Arms' one, Diciotti and Sea Watch 3.

⁹ S. ZIRULIA, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, in *Dir. pen. cont.*, www.dirittopenalecontemporaneo.it, 18 giugno 2019.

¹⁰ S. ZIRULIA, *L'ordinanza del GIP di Agrigento nel caso Sea Watch (Carola Rackete)*, in *Dir. pen. cont.*, www.dirittopenalecontemporaneo.it, 3 luglio 2019.

ORGANIZZAZIONI CRIMINALI TRANSNAZIONALI E MIGRANTI: “AGUZZINI” E “VITTIME” NEI TRAFFICI ILLECITI DI PERSONE

GIUSEPPE ROMEO*

SOMMARIO: 1. Lo sfruttamento dei flussi migratori da parte delle organizzazioni criminali per la creazione di un nuovo mercato illecito. – 2. Il traffico internazionale di persone come fenomeno transnazionale. – 3. La vittima del reato nella distinzione tra *smuggling of migrants* e *trafficking in human beings*. – 3.1. Strumenti di tutela della vittima tra panorama internazionale, sovranazionale e diritto interno. – 4. Riflessioni conclusive.

1. *Lo sfruttamento dei flussi migratori da parte delle organizzazioni criminali per la creazione di un nuovo mercato illecito*

La popolazione mondiale — è risaputo — cresce ogni anno, e così anche il volume degli scambi commerciali. Una parte di questi è legittima e si svolge entro la cornice della legalità; una buona percentuale, invece, non lo è, sia perché coinvolge merci illegali come, ad es., sostanze stupefacenti, armi, schiavi, sia perché avviene in modo occulto grazie all’intermediazione di organizzazioni criminali di dimensione realmente globale¹. L’ascesa e la conseguente, inevitabile, recrudescenza del crimine internazionale rappresenta una vera e propria minaccia allo Stato di diritto e alla genuina crescita economica sia dei Paesi industrializzati sia di quelli in via di sviluppo.

Un forte impulso all’incremento degli scambi è derivato dall’aumento, negli ultimi venticinque anni, dei flussi migratori² dall’Africa, dall’Asia, dall’Europa dell’Est e dall’America Latina verso l’Europa. Assunto il controllo delle rotte migratorie, le organizzazioni criminali sono state in grado di creare un vero e proprio “mercato illecito” volto al reclutamento, trasporto illecito e sfruttamento dei migranti in una pluralità di attività illegali, con evidente e inevitabile mercificazione della persona³.

L’Italia, ponendosi al crocevia delle principali rotte, si è trovata — come noto — particolarmente esposta al fenomeno, circostanza che ha richiesto l’individuazione di strumenti di contrasto di carattere emergenziale, e che ha provocato, contemporaneamente,

* Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche — Tutela penale e diritti della persona, Università di Messina.

¹ UNODC, *The Globalization of crime. A transnational organized crime threat assesment*, Wien, 2010, in www.unodc.org, p. 19.

² L’origine cronologica del fenomeno migratorio viene collocata negli anni novanta da G. TINEBRA, A. CENTONZE, *Il Traffico internazionale di persone ed il controllo dell’immigrazione clandestina: una prima delimitazione del campo d’indagine*, in G. TINEBRA, A. CENTONZE (a cura di), *Il traffico internazionale di persone*, Milano, 2004, p. 3; nonché da L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, p. 1.

³ La creazione di un mercato illecito dell’immigrazione clandestina veniva segnalato già da J. SALT, J. STEIN, *Migration as a business: the case of trafficking*, in *International migration*, 1997, p. 467 ss. Più recentemente, L. SHELLEY, *Human trafficking. A global perspective*. Cambridge, 2010, p. 112 s.

un abbassamento dei limiti di tolleranza sociale delle popolazioni indigene rispetto alla popolazione straniera immigrata⁴.

In questo scenario il diritto penale assume un ruolo significativo, dal momento che, da un lato, deve soddisfare le esigenze di sicurezza legate al controllo del territorio interno mediante la corretta incriminazione delle condotte che denotano un sicuro danno sociale, e, dall'altro, non può trascurare una valutazione individualizzata delle posizioni di ciascuna persona straniera arrivata sul territorio nazionale, che va trattata nel rispetto delle leggi e del valore fondamentale della dignità umana⁵.

Tra gli interrogativi che il traffico internazionale di migranti pone, particolare interesse suscita l'esame dei due poli soggettivi attorno a cui ruota tale fenomeno, e, in particolare, l'individuazione della natura transnazionale delle organizzazioni criminali e l'identificazione del migrante come persona, e, soprattutto, come vittima del reato nella difficile e sottile distinzione tra *smuggling of migrants* e *trafficking in human beings*⁶.

Emerge, così, la novità di queste forme di sfruttamento dell'immigrazione da parte della criminalità organizzata e delle sfide che si pongono sia all'interprete, sia al legislatore nazionale e, soprattutto, internazionale, chiamato ad elaborare nuove misure di contrasto, secondo un approccio necessariamente olistico e di cooperazione tra Stati.

2. Il traffico internazionale di persone come fenomeno transnazionale

Con l'espressione traffico internazionale di persone si vogliono indicare, ai fini della presente disamina, tutte e solo quelle attività delittuose organizzate caratterizzate dall'illecito trasferimento di immigrati clandestini da uno Stato a un altro con fine di profitto. Si tratta di un concetto di genere idoneo a ricomprendere le due fattispecie di *smuggling of migrants*, ossia il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, e di *trafficking in human beings*, ossia la tratta di esseri umani.

Come accennato, le organizzazioni criminali, proprio mediante il controllo dei flussi migratori, sono state in grado di costituire un vero e proprio mercato nero, che richiede l'impiego di forze in grado di impostare un'attività illecita che si sviluppa nei territori di Stati differenti mediante il coordinamento di una pluralità di soggetti, inseriti in una organizzazione più o meno strutturata⁷.

Si comprende allora come il presente fenomeno delittuoso, prima ancora di acquisire natura transnazionale, sia, innanzitutto, un crimine organizzato in quanto realizzabile solo

⁴ G. TINEBRA, A. CENTONZE, *Il Traffico internazionale di persone*, cit., p. 5

⁵ V. MILITELLO, *La Mobilità delle persone nel Mediterraneo: migranti irregolari e risposte di contrasto in Italia*, in V. MILITELLO, A. SPENA, (a cura di), *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, Torino, 2018., p. 32.

⁶ Sulla definizione e distinzione tra le due fattispecie, J. SALT, *Trafficking and human smuggling: a european perspective*, in *International migration*, 2000, p. 33; F. SPIEZIA, *La tratta di esseri umani: gli strumenti normativi di contrasto sul piano internazionale e le attività di cooperazione giudiziaria*, Relazione all'incontro organizzato dal C.S.M., Giugno 2010, in www.stranieriinitalia.it, p. 4; C. FERRARA, *Il traffico e la tratta di esseri umani*, in V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, 2015, p. 143 s.; L. GOISIS, *L'immigrazione clandestina e il delitto di tratta di esseri umani. Smuggling of migrants e trafficking in persons: la disciplina italiana*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 novembre 2016, p. 2; A. CONFALONIERI, *Delitti contro la libertà personale*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale*, Torino, 2019, p. 197 ss.

⁷ G. TINEBRA, A. CENTONZE, *I flussi migratori clandestini*, cit., p. 157.

nell’ambito di una struttura articolata⁸. Ciò si desume dalla stessa Convenzione delle Nazioni Unite sulla criminalità organizzata transnazionale, stipulata a Palermo il 15 novembre 2000⁹, che, nel definire il favoreggiamento dell’immigrazione clandestina, pone particolare enfasi sul conseguimento di una finalità di profitto, così evidenziando l’obiettivo di contrastare i sodalizi criminali e contestualmente escludere la penalizzazione di condotte analoghe commesse per scopi diversi, ad esempio finalità di carattere umanitario¹⁰.

Nella medesima ottica, la Convenzione inserisce anche nella definizione della tratta di persone¹¹ un fine di sfruttamento¹².

Ciò premesso, è possibile affrontare la principale direttrice del fenomeno in esame, ossia la sua natura transnazionale, al fine di individuarne i caratteri oggettivo-strutturali, prima, e soggettivi, poi.

La criminalità organizzata connessa al traffico di migranti è andata incontro a una progressiva internazionalizzazione. Le cause possono essere rinvenute, tra le altre cose: nella natura intrinseca delle “merci” oggetto di scambio, che provengono da Stati diversi da quelli di destinazione, e dalla globalizzazione dell’economia, processo che ha comportato il depotenziamento delle frontiere nazionali e la sempre più libera circolazione delle persone e delle cose¹³. I trafficanti, dunque, approfittando dell’esistenza di maglie più larghe negli scambi e nelle comunicazioni internazionali, hanno potuto molto più facilmente oltrepassare le frontiere nazionali e ramificarsi nei territori di Paesi diversi, così da porsi in condizione di operare nel territorio di destinazione dei flussi migratori clandestini.

A tal fine risulta indispensabile intrecciare relazioni, e spesso vere e proprie alleanze, con organizzazioni mafiose straniere che offrono i loro servizi o semplificano lo scambio delle merci illegali, in modo da soddisfare al meglio la domanda di migrazione illegale nei paesi più sottosviluppati, da un lato; e di sfruttamento economico nei paesi più industrializzati, dall’altro¹⁴.

Da ciò emerge il carattere propriamente *transnazionale* del crimine in oggetto, locuzione con cui si allude proprio alla cooperazione che i gruppi criminali di diversa nazionalità instaurano fra loro per gestire più efficacemente determinati mercati illeciti, e che, in quanto tale, differisce dalla nozione di *internazionalità* con cui si descrive la possibilità di operare non solo nel territorio dello Stato dove il gruppo è sorto, ma anche all’estero¹⁵.

⁸ V. MITSILEGAS, *The criminalisation of human smuggling as preventive justice*, in V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), *Mobilità, sicurezza*, cit., p. 12.

⁹ Per un’analisi della Convenzione di Palermo, cfr. A. GALLAGHER, *Human rights and the new UN Protocols on trafficking and migrant smuggling: a preliminary analysis*, in *Human rights quarterly*, 2001, p. 975 ss.

¹⁰ Cfr. UN General Assembly, *Report of the Ad Hoc Committee on the elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions, Addendum: Interpretative notes for the official record (travaux préparatoires) of the negotiations for the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, UN Doc. A/55/383/Add.1, 3 November 2000, p. 25.

¹¹ Art. 3, co. 1, lett. a) Protocollo addizionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini.

¹² R. E. OMODEI, *L’“impazienza del legislatore” dinanzi alle moderne sfide securitarie: il caso della tratta di persone*, in V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), *Mobilità, sicurezza*, cit., p. 155 ss., rileva come la configurazione di un dolo specifico di sfruttamento rischia di intorbidire i confini tra elementi oggettivi e soggettivi del fatto, contribuendo a rendere la fattispecie particolarmente indeterminata.

¹³ A. LAUDATI, *L’individuazione delle organizzazioni criminali*, in G. TINEBRA, A. CENTONZE (a cura di), *I flussi migratori*, cit., pp. 60 s. Cfr., altresì, UNODC, *The Globalization of crime*, cit., p. 29.

¹⁴ A. LAUDATI, *L’individuazione delle organizzazioni criminali*, cit., p. 60; G. TINEBRA, A. CENTONZE, *I flussi migratori clandestini*, cit., p. 158.

¹⁵ A. LAUDATI, *L’individuazione delle organizzazioni criminali*, cit., p. 61.

La natura *trans-statale* di questi gruppi ha inciso, inevitabilmente, sulla struttura dagli stessi assunta. L'esigenza di semplificare gli scambi tra Stati, unitamente alla presenza di ruoli in tale scenografia delittuosa che richiedono una certa indipendenza, ha indotto le consorterie, invero, a non inglobare tutte le fasi del procedimento di traffico¹⁶. Spesso i gruppi organizzati preferiscono, invece, decentrare ed esternalizzare buona parte di queste attività¹⁷: ci saranno, così, gruppi dedicati al reclutamento e al trasporto del migrante, ed altri volti unicamente allo sfruttamento economico di questi¹⁸.

Il processo di esternalizzazione caratterizza, dunque, i nuovi gruppi per una sempre maggiore fluidità ed elasticità. In proposito è stato osservato che, se tradizionalmente i sodalizi criminali si connotavano per una struttura fortemente gerarchica e territoriale, ove il gruppo prevaleva sulle attività svolte e si legava fortemente al territorio, questi nuovi soggetti, invece, pur senza privarsi del tutto di forme di controllo verticale e dirigitico, si vanno impostando secondo un'organizzazione di rete a maglie più sciolte piuttosto che secondo una struttura monolitica piramidale¹⁹.

Possiamo allora distinguere tre diverse modalità organizzative, ordinate secondo una complessità crescente. Il primo tipo si caratterizza per la presenza di trafficanti che operano individualmente (*i.e.* assenza di organizzazione)²⁰. Il secondo tipo, più diffuso, racchiude piccoli gruppi che manifestano un basso grado di specializzazione e tendono a essere coinvolti nelle operazioni di traffico internazionale di piccola scala, ovvero gestiscono singole fasi del processo. Infine, la terza categoria include le grandi organizzazioni di trafficanti, capaci di controllare il processo e di procurare l'intero ventaglio di servizi²¹.

Da ciò deriva una maggiore focalizzazione sull'attività svolta anziché sul gruppo vero e proprio, i cui componenti diventano intercambiabili, e gli stessi gruppi, se neutralizzati, vengono rapidamente sostituiti da nuovi, pronti a fagocitare quella fetta di mercato criminale lasciata dal precedente²².

Passate in rassegna le caratteristiche oggettive e strutturali dei gruppi criminali transnazionali, sarà possibile descriverne le caratteristiche soggettive, fortemente condizionate dalle prime.

La maggiore fluidità dei gruppi e la frequente esternalizzazione di intere fasi del processo incide sia sul numero dei partecipanti, spesso contenuto, sia sui rapporti fra di

¹⁶ A. ARONOWITZ, *Smuggling and trafficking in human beings: the phenomenon, the markets that drive it and the organization that promote it*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2001, p. 163 ss., e R. E. OMODEI, *L' "impazienza del legislatore"* cit., p. 147, suddividono tale processo delittuoso in quattro fasi: reclutamento della vittima mediante violenza, intimidazione, inganno; trasporto della stessa; sfruttamento nel paese di destinazione; ed infine, utilizzo dei profitti illeciti. J. SALT, J. STEIN, *Migration as a business*, cit., p. 467 ss., invece, propongono uno schema che suddivide il processo di trafficking in tre fasi: a) *mobilization*; b) *en route activities*; c) *insertion*; così trascurando la fase finale dello sfruttamento.

¹⁷ P. CAMPANA, *The structure of human trafficking: lifting the bonnet on a nigerian transnational network*, in *British Journal of Criminology*, 2015, p. 68 ss.

¹⁸ P. CAMPANA, *The structure of human trafficking*, cit., p. 86, nella disamina della struttura della rete di traffico Nigeriana, fornisce prove aneddotiche circa la frequenza dell'esternalizzazione di alcune fasi, e in particolare di quella dello sfruttamento dell'immigrato. L'A. riferisce, in particolare, del ruolo delle cc.dd. *madams*, ossia di personaggi di sesso femminile, spesso precedentemente sfruttate, che si occupano dello sfruttamento sessuale delle donne immigrate illegalmente, ruolo che si presenta del tutto autonomo rispetto alla fase del trasporto, perpetrata da attori diversi.

¹⁹ UNODC, *The Globalization of crime*, cit., p. 27.

²⁰ Si tratta senza dubbio dell'ipotesi meno frequente, considerata l'esigenza di una struttura quantomeno essenziale e di un grado minimale di organizzazione.

²¹ A. ARONOWITZ, *Human trafficking, human misery. The global trade in human beings*, Westport, 2009, p. 67.

²² UNODC, *The Globalization of crime*, cit., p. 29.

essi, che di norma condividono legami etnico-linguistici e di parentela²³, sia sui ruoli, variabili e non necessariamente tutti compresenti nella medesima struttura organizzativa. Tra essi possiamo ricordare: gli investitori che anticipano il capitale e soprassedono all'intera operazione; i reclutatori che vanno alla ricerca del potenziale migrante e ne assicurano l'impegno economico; i trasportatori; gli ufficiali pubblici corrotti (o protettori), che forniscono documentazione di viaggio ovvero consentono l'ingresso illegale del migrante mediante l'insabbiamento delle attività investigative; gli esattori del debito, che si preoccupano di garantire il pagamento dei costi di trasporto da parte del migrante nel paese di destinazione; i riciclatori, che si preoccupano di ripulire i proventi da reato allo scopo di renderli spendibili in modo lecito²⁴.

Il corretto inquadramento della nozione di gruppo organizzato transnazionale è funzionale, infine, alla comprensione della nozione di “reato transnazionale”.

Al riguardo, la Convenzione di Palermo contiene una precisa definizione della categoria delittuosa, per l'integrazione della quale sono richiesti due elementi costitutivi: il coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato, appunto (art. 3, co. 1 ult. periodo), e la sussistenza di un criterio di collegamento tra Stati (art. 3, co. 2)²⁵. Tali collegamenti si ravvisano, in particolare, quando il reato: a) è commesso in più di uno Stato; b) è commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avviene in un altro Stato; c) è commesso in uno Stato, ma in esso è implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato; d) è commesso in uno Stato ma ha effetti sostanziali in un altro Stato.

In modo analogo, la Legge 16 marzo 2006, n. 146, di ratifica ed esecuzione della Convenzione di Palermo e dei Protocolli annessi, all'art. 3 definisce come transnazionale qualsiasi reato grave (ossia punito con pena non inferiore nel massimo a 4 anni), purché sia coinvolto un gruppo criminale organizzato, e manifesti i medesimi profili di transnazionalità descritti dall'art. 3, co. 2 della Convenzione.²⁶

Ciò posto, si comprende come un cambio di prospettiva da parte del legislatore interno ed internazionale sia ormai inevitabile. La neutralizzazione del singolo gruppo non incide significativamente, infatti, sulla complessiva esistenza del sistema criminale, che va affrontato, viceversa, implementando strategie di contrasto condivise a livello

²³ A. İÇDUYGU, S. TOKTAS, *How do smuggling and trafficking operate via irregular border crossing in the Middle East? Evidence from fieldwork in Turkey*, in *International migration*, 2002, p. 35, interpretano le reti organizzative dedite al traffico internazionale di persone in funzione delle relazioni etniche e di parentela. C. E. E. OKOJIE, O. OKOJI, K. EGAPHONA, G. VINCENT-OSAGHAE, V. KALU, *Trafficking of Nigerian girls to Italy*, Torino, 2003, p. 86, parimenti, descrivono i gruppi criminali dediti al traffico di persone come frequentemente basati su affiliazioni di tipo etnico. Analogamente, R. E. OMODEI, *L' "impazienza del legislatore"*, cit., p. 147.

²⁴ A. ARONOWITZ, G. THEUERMANN, E. TYURYKANOVA, *Analysing the business model of trafficking in human beings to better prevent the crime*, consultabile al link, <https://www.osce.org/secretariat/69028?download=true>.

²⁵ E. M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, *La legge contro il crimine organizzato transnazionale. Addenda*, in M. RONCO (a cura di), *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2006, p. 9, definiscono tali elementi di transnazionalità come «criteri di collegamento per l'applicazione della legge penale nello spazio». Già, A. GALLAGHER, *Human rights*, cit. pp. 978 s., richiama, ai fini della definizione di “serious crime”, i due elementi costitutivi *de quibus*.

²⁶ Per una analisi delle questioni interpretative poste dalla formulazione dei criteri di collegamento tra Stati e in generale dalla definizione di reato transnazionale, A. DI MARTINO, *Criminalità organizzata e reato transnazionale, diritto penale nazionale: l'attuazione in Italia della cd. Convenzione di Palermo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 11 ss.

internazionale, che colpiscono il mercato illecito in sé considerato²⁷. Il legislatore dovrebbe, quindi, spostare la lente focale dai gruppi al mercato, perché solo elaborando efficaci strumenti di contrasto sarà possibile arginare il fenomeno criminale in modo adeguato e significativo.

3. *La vittima del reato nella distinzione tra smuggling of migrants e trafficking in human beings*

Individuato il primo polo soggettivo del fenomeno criminale in esame, è possibile passare all'esame del secondo, ossia del migrante visto quale vittima del reato, anch'esso meritevole di un'analisi criminologica e giuridica.

Chi è, però, in una prospettiva generale, la vittima del reato?

Dal punto di vista giuridico, essa viene identificata nel titolare dell'interesse tutelato dalla norma incriminatrice violata, leso dall'azione o omissione del colpevole²⁸, ed è spesso qualificata come «persona offesa» (art. 120, 130, 133, co. 1, n. 2 c.p.), o come «l'offeso» (art. 70, n. 2 c.p.), nozione che può coincidere o meno con il soggetto passivo della condotta e/o con il danneggiato²⁹.

Dal punto di vista criminologico, invece, la concezione della vittima è stata oggetto di una certa evoluzione: si è passati da un'accezione classica, che identificava la vittima nel soggetto passivo del reato, la cui posizione di debolezza richiede l'intervento dello Stato a sua tutela; a un'accezione dinamica, in cui l'offeso viene considerato nelle sue interrelazioni con l'autore del reato e nel suo ruolo nella genesi e successiva gestione del fenomeno criminoso³⁰, concezione che ha visto il suo epilogo nella c.d. vittimo-dogmatica³¹.

Ai nostri fini, la figura del migrante può essere qualificata e analizzata come soggetto danneggiato dai traffici internazionali di persone. Si tratta di un'operazione non facile, dal momento che il tema del trasporto irregolare di migranti sconta l'esistenza di orientamenti di politica criminale contrapposti: la protezione e l'assistenza delle persone lese, da un lato; il controllo e la sicurezza dei confini territoriali, dall'altro.

Tale duplice atteggiamento si riscontra anche nei confronti del migrante che viene trattato in modo radicalmente diverso a seconda che sia oggetto dell'una o dell'altra forma

²⁷ A. M. MAUGERI, *La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2/2012, p. 180, secondo cui soprattutto tramite strumenti come il sequestro e la confisca dei proventi illeciti possono limitarsi i patrimoni illeciti accumulati che consentono alle organizzazioni criminali di infiltrarsi e inquinare l'economia lecita. ID., *L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea" nel rispetto delle garanzie CEDU*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 3/2013, p. 252 ss.; V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 93.

²⁸ A. MANNA, *La vittima del reato; «à la recherche» di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 967, A. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 44.

²⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2017, p. 223.

³⁰ V. DEL TUFO, *Vittima del reato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1993, p. 996. Per una valutazione del ruolo della vittima nella commissione del reato, T. VITARELLI, *Manipolazione psicologica e diritto penale*, Roma, 2013, p. 149 ss.

³¹ Con la teoria della vittimo-dogmatica si realizza una forte responsabilizzazione della vittima: il reato andrebbe escluso quando questa, con i mezzi a propria disposizione, avrebbe potuto evitare il risultato lesivo. L'intervento penale sarebbe in questi casi ingiustificato sulla base dei principi di sussidiarietà e *ultima ratio*. Al riguardo, cfr. V. DEL TUFO, *Profili critici della vittimo-dogmatica: comportamento della vittima e delitto di truffa*, Napoli, 1990.

di manifestazione del traffico internazionale di persone: in caso di *trafficking in human beings*, lo statuto del migrante coincide con quello della vittima del reato da proteggere; nel caso di *smuggling of migrants*, invece, questi viene considerato come clandestino da respingere o da espellere³².

Ne deriva che, quantomeno a livello legislativo, la posizione di vittima viene riconosciuta soltanto al migrante *trafficked*, e non anche al migrante *smuggled*. Nel primo caso, infatti, lo straniero subirebbe passivamente la tratta, in quanto si ritiene venga reclutato senza il suo consenso (mediante la forza o la violenza), o in presenza di un consenso viziato³³ (perché estorto con condotte decettive e ingannatorie). Nel secondo caso sarebbe il migrante a richiedere il trasporto irregolare, ponendosi come una sorta di complice del trafficante, che si limita a soddisfare una domanda proveniente dal primo³⁴.

Come si vedrà, la distinzione tra le due fattispecie, a prima vista così netta, nel concreto finisce per assottigliarsi fino a confondersi, motivo per cui non vi dovrebbero essere ostacoli ad attribuire la qualifica di vittima anche al migrante *smuggled*.

Eppure, dal punto di vista definitorio, le due condotte presentano rilevanti elementi di differenziazione.

In primis, sono diversi i nuclei di disvalore. L'incriminazione del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, così come definito dall'art. 12 TUIIMM, è posto a tutela dei confini nazionali, e dunque a protezione di interessi pubblici³⁵. La punizione della tratta di persone, riconducibile all'art. 601 c.p. tutela un interesse individuale, ossia quello, appunto, della vittima del reato, come dimostra la sua collocazione sistematica tra i delitti contro la personalità individuale.

Inoltre, il favoreggiamento presenta carattere necessariamente transnazionale; mentre la tratta di persone, sebbene la sua forma di manifestazione tipica rispecchi tale natura, può anche esplicarsi all'interno di un singolo Paese (c.d. tratta interna).

Altro elemento di distinzione risiede nel momento della consumazione: il favoreggiamento si manifesta come reato ad offesa istantanea; la tratta presuppone un'offesa protratta nel tempo, in funzione del consolidarsi dello sfruttamento della posizione di vulnerabilità della vittima³⁶.

Infine, come già anticipato, nel favoreggiamento il migrante presta il proprio consenso; nella tratta il consenso manca del tutto o, se c'è, è viziato.

Dalle differenze indicate discende la diversità di ruolo riservato al migrante. Dall'esame delle fattispecie incriminatrici contenute nel nostro ordinamento emerge, infatti, come questi sia qualificato ora come “oggetto materiale” dell'azione criminosa, ora come “persona offesa”.

³² V. MILITELLO, A. SPENA, “La cruna dell'ago”: il migrante fra mobilità e controllo, in V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti*, cit., p. 5.

³³ M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, in V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti*, cit., p. 107.

³⁴ V. MILITELLO, A. SPENA, “La cruna dell'ago”, cit., p. 5 ss.

³⁵ E. LANZA, *La tutela penale contro il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in G. TINEBRA, A. CENTONZE (a cura di), *Il traffico internazionale di persone*, cit., p. 186; M. T. COLLICA, *Profili di diritto penale dell'immigrazione*, Messina, 2012, p. 81; V. MILITELLO, *La mobilità delle persone nel Mediterraneo: migranti irregolari e risposte di contrasto in Italia*, in V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), *Mobilità, sicurezza*, cit., p. 39.

³⁶ Su tali profili, M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti*, cit., p. 106.

Nel delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, il migrante è mero "oggetto materiale" della condotta illecita³⁷, dal momento che la fattispecie è posta, come visto, a tutela dell'interesse pubblicistico relativo alla gestione dei flussi migratori e alla difesa dei confini nazionali. Il migrante, in quanto oggetto, non è né coautore né vittima, e la sua condizione di irregolare costituisce semplice presupposto di illiceità della condotta di chi ne agevola l'ingresso o il soggiorno³⁸. Poiché si sottopone volontariamente al trasporto illegale, questi rivestirebbe una posizione, al limite, di vittima colpevole³⁹ in quanto tale non meritevole di tutela.

Il migrante inizia ad assumere la veste di vittima, pur all'interno delle fattispecie poste a tutela dei flussi migratori, solo in caso di lesione di diritti fondamentali come la vita, l'integrità fisica, la dignità⁴⁰. Ad esempio, l'art. 12, co. 3, lett. b) e c), TUIMM prevede un trattamento sanzionatorio più severo se il favoreggiamento dell'ingresso illegale sia commesso esponendo la persona trasportata a pericolo di vita o di incolumità personale, ovvero sottoponendola a trattamento inumano o degradante⁴¹. Qui il migrante diventa vero e proprio soggetto passivo del reato.

Il ruolo di vittima è indiscusso, invece, nella tratta di persone (art. 601 c.p.), dal momento che il migrante vede lesa la propria personalità individuale ed è, conseguentemente, persona offesa del reato.

La presente ricostruzione rappresenta, tuttavia, un'analisi giuridica astratta delle fattispecie incriminatrici coinvolte, dal momento che l'esclusione del ruolo di vittima nei confronti del migrante *smuggled* non è oggetto di una visione unanime all'interno della dottrina nazionale e internazionale.

In primo luogo, è stato osservato⁴² come la riduzione del migrante a mero oggetto materiale su cui l'autore dello *smuggling* opera non si accorderebbe con l'espresso riconoscimento nei suoi confronti dei diritti fondamentali da parte dall'art. 2 TUIMM⁴³.

In secondo luogo, se il delitto di tratta intende contrastare la riduzione del migrante a vero e proprio "oggetto materiale", non si comprende perché, nella diversa fattispecie di *smuggling*, essere parimenti "oggetto materiale" della condotta possa precludere il riconoscimento dello *status* di vittima⁴⁴. Detto altrimenti, considerare il migrante irregolare come oggetto del reato di *smuggling* equivale ad impostare i suoi rapporti con l'ordinamento in termini analoghi a quelli che invece la tratta di persone intende avversare. Da ciò, un'inevitabile contraddizione che non giustifica la diversità di trattamento.

Tale antinomia di inquadramento del migrante si riflette, del resto, nelle forme di manifestazione in concreto dei reati in questione ove le differenze tra le due fattispecie si

³⁷ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 105 ss.; M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti*, cit., p.108; V. MILITELLO, *La mobilità delle persone nel Mediterraneo*, cit., p. 40.

³⁸ V. MILITELLO, *La mobilità delle persone nel Mediterraneo*, cit., p. 39.

³⁹ C. FERRARA, *Il traffico e la tratta di esseri umani*, cit. p. 144, propone la distinzione, senza condividerla, tra vittime colpevoli, non meritevoli di tutela, e vittime innocenti.

⁴⁰ M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti*, cit., p. 108.

⁴¹ M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti*, cit., p. 108, osserva che la scelta di costruire una fattispecie autonoma di reato, da sostituire alle originarie circostanze aggravanti, riflette la chiara intenzione del legislatore di garantire un trattamento sanzionatorio più severo, escludendo la fattispecie dal giudizio di bilanciamento tra circostanze.

⁴² V. MILITELLO, *La mobilità delle persone nel Mediterraneo*, cit., p. 40.

⁴³ «Allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana».

⁴⁴ V. MILITELLO, *La mobilità delle persone nel Mediterraneo*, cit., p. 41.

assottigliano e si confondono. Si pensi all’eventualità che il migrante *smuggled* venga ridotto dai trafficanti in posizione di schiavitù al fine assicurarsi il pagamento del prezzo del trasporto. E’ possibile altresì che questi, non disponendo di denaro a sufficienza, venga sottoposto a sfruttamento per ripagare i trasportatori. Sono frequenti, poi, le testimonianze delle torture, delle violenze e degli abusi cui i migranti vengono sottoposti nel corso del viaggio, al punto da assumere una posizione di soggezione e di vulnerabilità analoga a quella del migrante *trafficked*⁴⁵.

Ne consegue uno stretto legame, quantomeno dal punto di vista fattuale, tra *smuggling* e *trafficking*, motivo per il quale la posizione del migrante nella prima fattispecie andrebbe opportunamente rivisitata.

Non risponde al vero, infatti, l’affermazione secondo cui il migrante si sottopone volontariamente alla migrazione, al costo della propria vita e consapevole di andare incontro a violenze e abusi da parte dei trafficanti. Questi, invero, è costretto a partire da condizioni di estrema povertà o di serio pericolo per la propria incolumità, che lo rendono meritevole di protezione al pari del migrante *trafficked*⁴⁶.

Nonostante ciò, nel panorama internazionale, si riconosce la qualifica di vittima del reato soltanto nelle ipotesi di tratta di persone. La Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, ad esempio, attribuisce tale *status* soltanto ai casi di *trafficking*, statuendo una pluralità di misure assistenziali di carattere sociale e processuale. Al contrario, il Protocollo *Smuggling*, pur prevedendo che i migranti non debbano essere incriminati per essere stati oggetto di trasporto illegale⁴⁷, non riconosce ad essi la qualifica di vittima⁴⁸.

Anche a livello europeo la situazione non è diversa, dal momento che la Direttiva 2011/36/UE — come si dirà di seguito — stabilisce un programma molto dettagliato di protezione delle sole vittime del reato di tratta.

Considerato che non sembrano esserci differenze di rilievo, in termini di vulnerabilità del migrante, tra *trafficking* e *smuggling*, ne consegue l’esigenza di estendere lo statuto di vittima e i diritti consequenziali anche alla seconda fattispecie. Il migrante *smuggled*, infatti, non ha reali alternative accettabili, se non la sottomissione agli abusi in questione. Inoltre, il reclutamento con fini di sfruttamento, tipico della nozione di tratta, può facilmente essere riscontrato anche nelle mere condotte di favoreggiamento: ed invero — come noto — i trafficanti sfruttano la posizione di debolezza dei migranti per ridurli in condizioni simili alla schiavitù anche al solo scopo di assicurarsi il profitto illecito⁴⁹.

In definitiva, considerato che le due componenti del traffico internazionale di persone, sebbene giuridicamente ben distinguibili, in concreto si presentano particolarmente nebulse, manifestando frequenti punti di contatto, non è sempre possibile

⁴⁵ Circa l’esistenza di indiscutibili profili di connessione del ruolo del migrante sia nel *trafficking* che nello *smuggling*, cfr., M. VENTRELLA, *Recognising effective legal protection to people smuggled at sea, by reviewing the EU legal framework on human trafficking and solidarity between Member States*, in *Social Inclusion*, 2015, p. 77 s. Cfr. altresì, G. TINEBRA, A. CENTONZE, *I flussi migratori clandestini*, cit., p. 155 s.

⁴⁶ Già J. SALT, *Trafficking and human smuggling*, cit., p. 32, segnalava la predominanza di *push factors* nella scelta del migrante di abbandonare il proprio paese di origine.

⁴⁷ Art. 5 Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria.

⁴⁸ Sul profilo del mancato riconoscimento dello *status* di vittima al migrante da parte del Protocollo *Smuggling*, cfr., A. T. GALLAGHER, F. DAVID, *The international law of migrant smuggling*, Cambridge, 2010, p. 555.

⁴⁹ M. VENTRELLA, *Recognising effective legal protection*, cit., p. 80 s.

discernere tra vera e propria vittima di tratta e vittima di semplice traffico; sicché entrambe risultano meritevoli di protezione.

3.1 *Strumenti di tutela della vittima tra panorama internazionale, sovranazionale e diritto interno*

Il contrasto del traffico internazionale di persone non può dirsi propriamente efficace senza la previsione di strumenti di tutela delle vittime.

Ciò rispecchia, del resto, l'esigenza di un approccio olistico al fenomeno criminale in esame che, oltre a misure di carattere repressivo, preventivo e di cooperazione internazionale, richiede altresì la protezione dei diritti umani violati.

Una strategia di contrasto fondata sulla tutela delle vittime è funzionale, d'altronde, al raggiungimento degli obiettivi legislativi contro la tratta. La volontà della persona "trafficata" di collaborare con le autorità dipende, infatti, dall'esistenza o meno di misure di protezione, di assistenza legale e sociale, dall'assenza del pericolo di essere incriminata per reati connessi o di essere espulsa, nonché dal rispetto della *privacy*⁵⁰.

A tal fine, l'identificazione delle vittime rappresenta un momento essenziale, in quanto un giusto approccio nei confronti delle stesse può scongiurare il rischio di esiti negativi dei procedimenti penali a carico dei trafficanti, a causa della difficile reperibilità di prove e della scarsa tenuta dibattimentale delle dichiarazioni eventualmente rese in fase di indagini⁵¹.

La fonte internazionale di maggiore rilievo in tema di contrasto ai traffici illeciti di persone è, come visto, la Convenzione di Palermo⁵².

Il Protocollo *Trafficking* prevede specifiche forme di assistenza e tutela della vittima di carattere processuale e sociale⁵³. Con le prime si vuole assicurare alla vittima del reato il diritto di difesa e la possibilità di intervenire nel processo contro i trafficanti al fine di contribuire all'accertamento dei fatti e, soprattutto, di ottenere forme di risarcimento del danno, senza che, con ciò, vengano lese le connesse esigenze di riservatezza e *privacy* (cfr. art. 6, co. 1, 2, 6).

Le forme di assistenza sociale sono volte, invece, a far fronte, prima, alle violazioni dei diritti fondamentali patite durante la tratta e, poi, a consentire il corretto inserimento sociale del migrante, attraverso la predisposizione di un alloggio; di forme di assistenza medica, psicologica e materiale; di opportunità di istruzione, formazione e impiego (cfr. art. 6, co. 3).

Si richiede, inoltre, la necessità di considerare l'età, il sesso e le esigenze particolari delle vittime della tratta di persone, e in particolare dei bambini, al fine di una eventuale tutela rafforzata.

Nel contesto eurounitario, il riferimento legislativo principale è costituito dalla Direttiva 2011/36/UE⁵⁴, concernente la prevenzione e repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime.

⁵⁰ D. MANCINI, *Il cammino europeo nel contrasto alla tratta di persone*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1114.

⁵¹ D. MANCINI, *Il cammino europeo*, cit. p. 1115.

⁵² Un generico riferimento alle misure predisposte dalla Convenzione di Palermo è offerto da C. FERRARA, *Il traffico e la tratta*, cit., p. 145 ss.

⁵³ A. GALLAGHER, *Human rights*, cit., p. 990, osserva come la natura prevalentemente discrezionale degli obblighi di tutela e assistenza delle vittime fosse stato acutamente criticato dall'Inter-Agency Group per la eccessiva restrittività di previsioni siffatte e per la loro difficile compatibilità con gli *standards* internazionali di tutela dei diritti umani.

⁵⁴ Sulla Direttiva 2011/36/UE, R. SICURELLA, *Prosegue l'azione dell'Unione Europea nella lotta alla tratta degli esseri umani*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 25 luglio 2011; C. FERRARA, *Il traffico e la tratta* cit., p. 162 ss.; A. GRATTERI, *Sub art. 5*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, p. 89 ss.; M. VENTUROLI, *La direttiva*

La direttiva in oggetto, dopo aver stabilito specifici obblighi di incriminazione in capo agli Stati Membri in tema di tratta di persone, agli artt. 11 e seguenti individua importanti strumenti di tutela delle vittime del reato, soprattutto se vulnerabili.

Essa predispone misure assistenziali più estese di quelle contenute nel Protocollo *Trafficking*. Si specifica, infatti, la necessità che la protezione venga garantita immediatamente (ossia non appena vi sia un ragionevole motivo per ritenere che la persona abbia subito un delitto di tratta), prima, durante e per un congruo periodo successivo alla conclusione del processo penale (art. 11). Si precisa, altresì, che l'assistenza e il sostegno alla vittima non debbano essere subordinati alla volontà di quest'ultima di collaborare nelle indagini penali, nel procedimento giudiziario o nel processo (art. 11, co. 3); viene richiesta la predisposizione di strumenti che consentano una rapida identificazione delle vittime (art. 11, co. 4), nonché la possibilità di accedere a specifici programmi di protezione (art. 12, co. 3).

Dal punto di vista strettamente processuale, si chiede l'adozione di strumenti per impedire la vittimizzazione secondaria delle vittime, evitando le ripetizioni non necessarie delle audizioni nel corso delle indagini e del procedimento penale; il contatto visivo fra le persone offese e gli imputati; le udienze pubbliche; le domande irrilevanti sulla vita privata (art. 12, co. 4).

Una tutela rafforzata viene prevista nei confronti delle vittime minorenni, a favore delle quali opera una presunzione di minore età nei casi dubbi, e nei confronti delle quali vanno adottate azioni specifiche di assistenza, sostegno e protezione, a breve e lungo termine, dirette al loro recupero fisico e psicosociale (art. 14).

A livello nazionale, infine, la protezione delle vittime dei reati di traffico illecito di persone è assicurata dal D. Lgs. 4 marzo 2014, n. 24, di attuazione della direttiva 2011/36/UE⁵⁵.

4. Riflessioni conclusive

Un approccio integrato nei confronti del fenomeno migratorio illegale, che abbia la pretesa di contrastare in modo effettivo il traffico illecito di migranti, non può prescindere da uno studio giuridico e criminologico quanto più approfondito delle sue due figure soggettive principali: le organizzazioni criminali transnazionali (considerate sia nella loro complessità, che nella singolarità degli specifici ruoli ricoperti dai propri membri) e le vittime, intendendosi tali sia il migrante *trafficked* che quello *smuggled*.

Lo studio delle prime consente di comprendere come gli strumenti di contrasto più efficaci non vadano rinvenuti nelle norme incriminatrici e negli aumenti di pena (comunque indispensabili), quanto, invece, nel contrasto dei profitti illeciti. La natura economica di tali forme di criminalità organizzata richiede, quindi, meccanismi idonei a congelare i capitali illeciti gestiti e accumulati dalle consorterie mafiose, così da rendere il traffico di migranti un crimine non redditizio. Serve, infatti, un cambio di prospettiva, che dai gruppi si sposti

2011/36/UE: uno strumento «completo» per contrastare la tratta degli esseri umani, in S. FORLATI (a cura di), *La lotta alla tratta degli esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, Napoli, 2013, p. 47 ss.

⁵⁵ Sul D. Lgs. 4 marzo 2014, n. 24, A. MADEO, *Il D. Legisl. 4 marzo 2014, n. 24, di recepimento della direttiva 2011/36/CE, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, in *Studium iuris*, 2014, pp. 1105 ss; A. PECCIOLI, *La tutela delle vittime vulnerabili nei delitti di riduzione in schiavitù e di tratta*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 879 ss.

sul mercato, unico elemento impassibile di fronte alla continua neutralizzazione delle organizzazioni di trafficanti⁵⁶.

Lo studio delle seconde consente, poi, di individuare le più efficaci modalità di approccio alle stesse, al fine di assicurarsene la cooperazione investigativa e processuale⁵⁷, oltre che di individuare i più adeguati strumenti di assistenza a fronte di gravissime lesioni di diritti fondamentali della persona da parte di condotte delittuose qualificabili come veri e propri crimini contro l'umanità⁵⁸.

ABSTRACT: Transnational criminal organizations and migrants: "Torturers" and "victims" of illegal trafficking of persons

In order to deeply understand the phenomenon of international trafficking of persons it is necessary to identify, first, and to analyze from a juridical and criminological point of view, after, the main subjects of the conduct: the trafficker and the migrant.

The trafficker does not usually operate alone. On the contrary, he is part of a bigger transnational organization which, unlike the traditional hierarchical and localized groups, are characterized by loose networks and delocalization of services, in order to best satisfy migration needs.

On the other hand, the migrant is to be considered a real victim. Despite a precise juridical and criminological distinction between the crimes of smuggling and trafficking, which led international Conventions and domestic legislation to provide specific protection and support instruments to the trafficking victims only, anecdotal evidences proved a strong connection between the two cases in reference to the submission of the migrant to his torturer. As a result, also smuggled migrants are to be considered victims, in order to extend to them the protection instruments already provided in case of trafficking.

⁵⁶ UNODC, *The globalization of crime*, cit., p. 29.

⁵⁷ D. MANCINI, *Il cammino europeo*, cit. p. 1115.

⁵⁸ V. MITSILEGAS, *The criminalisation of human smuggling*, cit., p. 21 ss; T. OBOKATA, *Trafficking in human beings from a human rights perspective: towards a more holistic approach*, Leiden, 2006, p. 133 s.; V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani*, cit., p. 91.