



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
Diretta da Claudio Zanghì, Lina Panella, Carlo Curti Gialdino

EDITORIALE
SCIENTIFICA

Gli Speciali

Luglio 2023

CRISI MIGRATORIE

Nuove sfide per i diritti umani

www.rivistaoidu.net

Rivista telematica - ISSN 2284-3531

Registrazione al Tribunale di Roma n. 46/2014 del 10 marzo 2014

ORDINE INTERNAZIONALE E DIRITTI UMANI

Gli Speciali

Direttori CLAUDIO ZANGHÌ, LINA PANELLA, CARLO CURTI GIALDINO

ORDINE INTERNAZIONALE E DIRITTI UMANI

Gli Speciali

Direttori CLAUDIO ZANGHÌ, LINA PANELLA, CARLO CURTI GIALDINO

COMITATO SCIENTIFICO

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

COMITATO DI REDAZIONE

Responsabile Osservatori: Raffaele Cadin

Coordinatore di redazione: Francesco Battaglia

Componenti: Gabriele Asta – Maria Cristina Carta – Nicola Colacino – Giulia Colavecchio – Cristina Grieco – Luigino Manca – Gianfranco Gabriele Nucera – Antonio J. Palma – Francesca Perrini – Anna Pitrone – Luigi Prospero – Valentina Zambrano

Segreteria: Marco Bolognese – Pierfrancesco Breccia – Alberto Marchese – Luigi Zuccari

Criteri di referaggio:

I contributi de *Gli Speciali* sono sottoposti, in forma assolutamente anonima, a due referees.

CRISI MIGRATORIE

Nuove sfide per i diritti umani

CRISIS MIGRATORIAS

Nuevos desafíos a los derechos humanos

© Copyright - *Ordine internazionale e diritti umani*
Supplemento al n. 3/2023
luglio 2023
ISSN 2284-3531



INDICE

| | |
|---|-----|
| DAVID CARRIZO AGUADO, <i>Presentación</i> | III |
| LINA PANELLA, <i>Presentazione</i> | V |

SEZIONE PRIMA

Crisi migratorie nella società internazionale contemporanea *Crisis migratorias en la sociedad internacional contemporánea*

| | |
|---|----|
| CÁSTOR MIGUEL DÍAZ BARRADO, <i>Regulación jurídica de las migraciones en el espacio iberoamericano</i> | 2 |
| ANNALISA GERACI, <i>L'OIM e la "policy on the full spectrum of return, readmission and reintegration": le attività, il supporto dell'organizzazione agli Stati e la protezione dei diritti dei migranti</i> | 13 |
| VÍCTOR LUIS GUTIÉRREZ CASTILLO, <i>The special regime for border in Ceuta and Melilla: a critical analysis of the regularization of border rejection under international law</i> | 27 |
| CARMEN MÁRQUEZ CARRASCO, <i>Los derechos de las personas migrantes en situación de conflicto armado: ámbitos de protección en el marco del derecho internacional humanitario</i> | 48 |
| RABIÂ M'RABET TEMSAMANI, <i>Une réflexion sur la protection des mineurs non accompagnés à la lumière du droit international et du droit européen</i> | 66 |

SEZIONE SECONDA

Cause ed effetti delle crisi migratorie in una prospettiva regionale *Causas y consecuencias de las crisis migratorias: análisis desde una perspectiva regional*

| | |
|---|-----|
| IRENE BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, <i>Crisis migratoria vs. igualdad de trato: la difícil andadura en el marco euromediterráneo</i> | 89 |
| LORENA CALLER TRAMULLAS, <i>El impacto de las políticas migratorias europeas en la criminalización de la inmigración irregular en España</i> | 104 |
| MARIA TERESA COLLICA, <i>La tutela penale del migrante nel Mediterraneo e il contrasto alle ONG</i> | 120 |
| IRENE MARCHIORO, <i>Riflessioni sull'effettività della tutela dei minori richiedenti asilo negli strumenti rimediali europei a margine della sentenza Darboe e Camara c. Italia</i> | 142 |

| | |
|--|-----|
| ANTONIO MUÑOZ AUNIÓN - GLORIMAR ALEJANDRA LEÓN SILVA, <i>La respuesta del sistema regional Interamericano de protección de los derechos humanos a los migrantes a raíz del Covid: Relato de un éxito</i> | 158 |
|--|-----|

SEZIONE TERZA

Stato di accoglienza e Paese terzo sicuro: prospettiva italo-spagnola
Estado de acogida y tercer País seguro: perspectiva italo-española

| | |
|---|-----|
| GIOVANNI CELLAMARE, <i>L'irragionevole leggerezza del concetto di Paese terzo sicuro</i> | 177 |
| EMANUELE LA ROSA, <i>“Controllo penale dei flussi migratori” vs. “Protezione dei diritti umani”</i> : il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare nel diritto penale italiano | 191 |
| FRANCESCO MARTINES, <i>Migranti, procedimento amministrativo e garanzie di partecipazione</i> | 211 |
| ALEJANDRO PASTORI FILLOL, <i>La reciente migración venezolana en el Río de la Plata</i> | 224 |
| LAURA PERGOLIZZI, <i>Fattore tempo e protezione internazionale: le procedure accelerate</i> ... | 237 |
| LORENA SALES PALLARES, <i>La nacionalidad como medida de protección de los menores migrantes</i> | 251 |
| FABRIZIO TIGANO, <i>La tutela processuale dell'immigrato</i> | 266 |

SEZIONE QUARTA

L'Europa di fronte alle crisi migratorie
Europa ante las crisis migratorias

| | |
|--|-----|
| BERNARDO CORTESE, <i>Alle frontiere dell'Unione, tra cavalli di frisia e respingimenti a catena: Europa o ...Medusa?</i> | 293 |
| JORDI HERRERA BOLAÑOS, <i>Debilidades del actual sistema integrado de gestión de fronteras exteriores de la Unión Europea</i> | 321 |
| M ^a DOLORES ADAM MUÑOZ, <i>Análisis de algunos efectos jurídicos de la poligamia en el sistema español de derecho internacional privado</i> | 333 |
| FRANCESCA POLLICINO, <i>EU legal migration policies: the Directive on Students and Researchers and the new Talent Partnership</i> | 351 |
| VALENTINA PRUDENTE, <i>Controllo delle frontiere ed espulsione dello straniero in via amministrativa</i> | 364 |
| LETIZIA SALVO, <i>Implementation and Limits of Directive 55/2001/EC in favor of Ukrainian displaced persons</i> | 386 |



DAVID CARRIZO AGUADO*

PRESENTACIÓN

El debilitamiento del Estado de derecho, así como la falta de vigencia efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales en determinadas regiones del mundo, constituyen las principales causas de las migraciones sur-norte y sur-sur. A éstas hay que sumar las derivadas de los recientes acontecimientos, como los conflictos armados, las transformaciones económicas o la creciente amenaza del cambio climático. Circunstancias todas ellas que han dado lugar a un aumento exponencial de los flujos de migrantes internacionales y desplazados internos. Aunque el fenómeno migratorio no es algo nuevo, no cabe duda de que ha adquirido una gran complejidad. De hecho, en los últimos años los flujos migratorios se han convertido en un asunto de primer orden en las agendas nacionales y en el debate internacional.

Los gobiernos, la sociedad civil y los organismos internacionales se enfrentan a un gran desafío: encontrar un equilibrio entre la adecuada protección de los derechos humanos de la población migrante y la necesidad de regular los movimientos migratorios en las sociedades de acogida. Las recientes crisis migratorias se han visto asociadas a problemas que afectan directamente a la seguridad de los Estados como el terrorismo, el crimen organizado, el tráfico ilegal de migrantes, la trata de personas o los conflictos socioculturales y religiosos.

Ante esta situación, los gobiernos se muestran incapaces de garantizar el cumplimiento de los compromisos jurídicamente adquiridos relativos a la asistencia y protección de los extranjeros que llegan a sus fronteras, especialmente de aquéllos que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad. De hecho, tanto en los Estados de tránsito, como en los de acogida, se llevan a cabo limitaciones a los derechos de los extranjeros, bajo el argumento de la seguridad y protección del orden público, a través de leyes discriminatorias o de “criminalización” de la inmigración irregular. Limitaciones que, en no pocas ocasiones, han derivado en graves violaciones de derechos humanos. Piénsese, por ejemplo, en la violencia ejercida en los controles de fronteras, las detenciones arbitrarias, la denegación de derechos civiles y políticos en los países de destino, así como la vulneración de derechos económicos, sociales y culturales, tales como los derechos a la salud, la vivienda o la educación.

*Prof. Dr., Área de Derecho Internacional Privado, Universidad de León.

Circunstancias éstas, que se han visto acompañadas, en algunas ocasiones, por actitudes xenófobas por parte de algunos gobiernos.

Partiendo de esta premisa, con este número monográfico dedicado a los movimientos migratorios queremos promover el estudio e investigación desde la doctrina española e italiana, abordando cuestiones tan diversas como complejas y actuales.



LINA PANELLA*

PRESENTAZIONE

I flussi migratori che ormai da anni interessano soprattutto i Paesi del Mediterraneo pongono problemi complessi che non sempre trovano risposte adeguate né da parte delle organizzazioni internazionali, in primo luogo l'ONU e l'Unione Europea, né dei singoli Stati. Un fenomeno di tali dimensioni non può essere evitato fino a quando non vengono risolti le cause che ne sono all'origine: guerre, regimi violenti, condizioni di vita inumane, ma anche nuove emergenze come i cambiamenti climatici: tuttavia non si deve averne timore. Occorre invece governare tale fenomeno, il che rende centrale la questione delle regole che debbono presiedere all'ingresso, alla stabilizzazione, al riconoscimento dei diritti e dei doveri degli immigrati.

Il vero problema, infatti, non consiste tanto nell'individuare gli strumenti più appropriati al fine di contenere i sempre più numerosi "arrivi di massa", è necessario invece, imparare a convivere con il fenomeno, approfondirne tutti gli aspetti e comprenderlo. Le risposte sin qui date dalle istituzioni internazionali e dagli Stati si sono rivelate largamente inadeguate per l'assenza di una strategia comune, appropriata e lungimirante, molto spesso basata su una difesa della sovranità nazionale che rischia di generare fenomeni di razzismo e di gravi violazioni dei diritti umani.

Sulla base di queste considerazioni, il volume *Crisi migratorie. Nuove sfide per i diritti umani* (*Crisis Migratorias. Nuevos desafíos a los derechos humanos*) raccoglie i risultati di una ricerca che mette a confronto studiosi di due dei Paesi maggiormente interessati al fenomeno migratorio: l'Italia e la Spagna.

Nella prima sezione, si esaminano gli aspetti più rilevanti del fenomeno migratorio nella società contemporanea, attraverso l'analisi dell'attività dell'Organizzazione internazionale delle migrazioni e di alcune situazioni territoriali specifiche come quella di Ceuta e Melilla. In questo contesto si analizza la protezione prevista dal diritto internazionale umanitario e dal diritto europeo per alcune categorie di soggetti particolarmente vulnerabili quali le persone che fuggono da situazioni di conflitto e i minori non accompagnati.

Nella seconda sezione, viene analizzata la risposta data al fenomeno migratorio in singoli ambiti regionali, in particolare nell'area del Mediterraneo, sottolineando il mancato

* Ordinario di Diritto internazionale – Università degli Studi di Messina.

coordinamento tra le zone SAR e le conseguenti morti in mare; l'ambigua politica italiana nei riguardi delle ONG; le falle del sistema Dublino; i Decreti sicurezza.

Nella terza sezione, vengono esaminati, in una prospettiva comparata italo-spagnola, la nozione di Stato di accoglienza ed il concetto di "Paese sicuro", la cui ambiguità e genericità determina gravi conseguenze per i migranti, prima fra tutte la mancanza di una adeguata tutela processuale.

Nell'ultima sezione è la politica migratoria dell'Unione europea ad essere esaminata nei suoi aspetti più problematici e controversi. Anche alla luce dei più recenti provvedimenti adottati dalle istituzioni europee, come la direttiva avente ad oggetto la protezione dei migranti dell'Ucraina, è innegabile che la crisi migratoria rischia di compromettere la tenuta della architettura europea e dei valori che ne hanno informato la costruzione e gli sviluppi, alimentando nazionalismi e progressiva disaffezione al progetto originario di Europa.

Il volume si caratterizza per affrontare il problema dell'emigrazione in maniera multidisciplinare con il contributo di studiosi, italiani e spagnoli, delle varie "anime" del diritto: dal diritto amministrativo, al diritto penale, al diritto internazionale ed europeo.

Il fine ultimo dell'opera che qui si presenta è quello di fornire una disamina dei problemi più ampia possibile che due dei Paesi europei maggiormente interessati al fenomeno migratorio devono affrontare, anche alla luce degli obblighi che l'appartenenza all'Unione europea loro impone e, soprattutto, tentare di trovare soluzioni condivise che rispettino gli interessi statali ma senza dimenticare, mai, la solidarietà e la protezione dei diritti delle persone, alla base di qualsiasi democrazia.

SEZIONE PRIMA

Crisi migratorie nella società internazionale contemporanea

Crisis migratorias en la sociedad internacional contemporánea



CÁSTOR MIGUEL DÍAZ BARRADO*

REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS MIGRACIONES EN EL ESPACIO IBEROAMERICANO¹

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La pugna entre soberanía y cooperación en el campo de las migraciones y la solución iberoamericana. – 3. La visión positiva del fenómeno migratorio en Iberoamérica. – 4. La vinculación entre migraciones y derechos humanos, también en Iberoamérica. – 5. Consideraciones finales.

1. *Introducción*

La regulación completa de las migraciones en el espacio iberoamericano debería tomar en consideración, al menos, cuatro ámbitos políticos y normativos: En primer lugar, la reglamentación que impone el Derecho internacional en esta materia, en la medida en que las normas de alcance universal precisan y aclaran los lineamientos básicos en los que se basan las políticas de los países iberoamericanos a la hora de afrontar el fenómeno migratorio en todas sus dimensiones. Aquí destacarían Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 1990; y el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular de 2018, aprobado mediante la resolución 73/195 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En segundo lugar, la ordenación normativa que proporcionan las Organizaciones regionales de más relieve en este sector, en las que participan los países de la región iberoamericana, singularmente la Unión

* Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de investigación de alto rendimiento en Libertad, Seguridad y Ciudadanía en el Orden Internacional de la Universidad Rey Juan Carlos. El trabajo toma como referencia los estudios anteriores realizados por el autor, en particular: *Migraciones y Comunidad iberoamericana de naciones*, en *Migraciones internacionales y co-desarrollo: el caso de Ecuador*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011, p. 7 ss.; *Algunos aspectos de las políticas en materia de inmigración: derechos humanos y acción diplomática de los Estados*, en *Las migraciones internacionales en el Mediterráneo y Unión Europea*, Huygens: Fundación Tres Culturas del Mediterráneo, 2009, p. 197 ss.; y *Tendencias sustanciales del ordenamiento jurídico internacional en la cuestión migratoria*, en *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 30, 2012, p. 11 ss.

Europea (UE)² para el caso de España y Portugal; y la OEA³ para los supuestos del resto de los países iberoamericanos de América, sin olvidar el influjo que pudieran tener los respectivos esquemas de integración americanos como serían, en particular, MERCOSUR⁴, la Comunidad Andina⁵ y el Sistema de Integración Centroamericano (SICA)⁶. En tercer lugar, los postulados que sostiene la instancia de concertación política y concertación que representa la Comunidad Iberoamericana de Naciones (CIN), que se ha expresado sobre las migraciones específicamente a través de las cumbres iberoamericanas. Y, por último, se debe valorar lo que dispongan los ordenamientos jurídicos internos de los países iberoamericanos y las estrategias, planes, programas y políticas públicas que vengán implementando en materia migratoria.

Sería imposible examinar detalladamente ahora todos estos ámbitos de regulación que, sin embargo, es preciso conocer para esclarecer en su totalidad el sistema normativo que los países iberoamericanos han ido acogiendo en torno al fenómeno migratorio y sus consecuencias tanto en la esfera internacional como prioritariamente en la órbita estrictamente iberoamericana. En todo caso, se debe decir que «la migración internacional, su relación con el desarrollo y el respeto de los derechos humanos en su conjunto constituye, por sus implicaciones y potencialidades, un asunto central en la agenda política y de cooperación iberoamericana»⁷. Con ello, se advierte que la migración con carácter general es una de las cuestiones de las que se ocupa la cooperación iberoamericana en razón fundamentalmente de los siguientes motivos: de la vinculación histórica y cultural que existe entre los países iberoamericanos, lo que provoca y anima los flujos migratorios; de los notables intercambios migratorios que existen en la región en razón de causas políticas y económicas; y debido a la sólida voluntad de crear y afianzar un espacio de profunda cooperación iberoamericana, que se hace efectiva en el terreno de las migraciones. Por todo, corresponde señalar a grandes rasgos, los aspectos centrales de la migración y los avances que se han producido en el espacio iberoamericano.

Como se sabe, la Cumbre iberoamericana celebrada en Montevideo en 2006, se dedicó a analizar por parte de los 22 Estados iberoamericanos “el proceso actual de las migraciones de personas de unos a otros países, regiones y continentes, los problemas que se plantean y las posibles soluciones” y, lo más relevante es que aprobó un instrumento político-jurídico denominado *Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo*, que supone hasta ahora la expresión más elaborada de las posiciones de la Comunidad iberoamericana en esta materia. Este Compromiso, como se ha dicho, “comprende una agenda positiva en la materia. Con pleno respeto de la potestad soberana de los Estados en la formulación de sus políticas

² Véase la *Ficha técnica sobre la política de inmigración*. Disponible en UE: [https://www.europarl.europa.eu/regdata/etudes/fiches_techniques/2013/051203/04a_ft\(2013\)051203_es.pdf](https://www.europarl.europa.eu/regdata/etudes/fiches_techniques/2013/051203/04a_ft(2013)051203_es.pdf).

³ Véase la acción del Sistema Continuo de Reportes sobre Migración Internacional en las Américas (SICREMI). Un trabajo de interés: Centro Interamericano de Estudios de seguridad Social, *Migración y seguridad social en América*, México, 2010.

⁴ Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos en el Mercosur. *Las migraciones humanas en el Mercosur. Una mirada desde los derechos humanos. Compilación normativa*, Montevideo, 2009.

⁵ G. BENAVIDES LLERENA y G. CHÁVEZ NÚÑEZ, *Migraciones y Derechos Humanos. El caso de la Comunidad Andina*, en *Revista Científica General José María Córdova* 12 (14), 2014, p. 75 ss.

⁶ A. MORALES GAMBOA (Comp.), *Migraciones en Centroamérica: estándares internacionales y capacidades estatales en materia de derechos humanos y laborales*, San José de Costa Rica, FLACSO, 2014.

⁷ OIM. Organización Internacional para las Migraciones, *Estudio: migración y desarrollo en Iberoamérica*, elaborado por la Universidad Pontificia de Comillas y OBIMID, Madrid, 2017, p. 4.

migratorias, contiene decisiones encaminadas a enfrentar nuevos desafíos por medio de la conformación de un espacio para abordar el tema al más alto nivel político”, siendo así que este instrumento «se singulariza como uno de los textos más importantes del proyecto iberoamericano desde sus comienzos en 1991»⁸. Este Compromiso debe interpretarse como el texto que ha de servir de guía a los ordenamientos jurídicos de los países de la región para enfrentar el tema migratorio, con independencia de su carácter no vinculante. Por lo menos, encarna un avance decisivo de los iberoamericanos en la regulación político-jurídica de las migraciones y, particularmente, proporciona los componentes esenciales para definir cómo entienden este fenómeno los diversos países de la región. Ciertamente, lo señalaba el entonces Secretario general iberoamericano, al decir que «vivimos en la era de las migraciones y estas ocuparán cada vez más la atención internacional de la política y la sociedad». Por esto, aseguró que “Iberoamérica ha respondido al tema y dispone del Compromiso de Montevideo, un ejemplo en el mundo de diálogo y cooperación. A través de un proceso de negociación, de esfuerzo y concesiones, los países de la región lograron aceptar lo que sería la carta de navegación para el tratamiento del tema en Iberoamérica”⁹. Un texto imprescindible para interpretar los postulados iberoamericanos en materia de migraciones.

Para que los países iberoamericanos retengan una regulación adecuada de los flujos migratorios, deben atender las indicaciones que provienen de la normativa internacional y, en concreto, de los instrumentos más relevantes que se han aprobado en esta materia por la comunidad internacional. Esto es así, aunque todavía el ordenamiento jurídico internacional no aporta una regulación general y completa del fenómeno de las migraciones internacionales en todas sus dimensiones, ni tampoco facilita un marco jurídico que detalle los aspectos y principios que definen esta cuestión en las actuales relaciones internacionales. Como se indica, “en general los Estados se resisten a aceptar restricciones a su derecho a promulgar y aplicar medidas relativas a la inmigración. De ahí que (...) ningún instrumento multilateral regule las condiciones en las que debe desarrollarse la movilidad internacional de los individuos”¹⁰. A pesar de todo, se han aprobado *relevantes instrumentos jurídicos* en materia migratoria, por lo que sigue siendo verdad que «pese a que la migración internacional, en sus formas crecientemente complejas, afecta en la actualidad a un mayor número de países que en el pasado, no existe ningún sistema global para regular el movimiento de personas»¹¹, aunque se ha ido avanzando en la reglamentación de esta materia.

La comunidad internacional, e Iberoamérica más en particular, precisan de un entramado jurídico coherente que regule las cuestiones migratorias, siendo esto cada vez más acuciante, puesto que la tensión entre *soberanía y cooperación internacional*, que habita en el Derecho internacional se plasma claramente en un ámbito como el de las migraciones

⁸ II Foro iberoamericano sobre migración y desarrollo, *Impactos de la crisis económica en migración y desarrollo: respuestas de políticas y programas en Iberoamérica. Informe preliminar de conclusiones y propuestas*, FIBEMYD, 2010. Disponible en Segib: <https://www.segib.org/wp-content/uploads/i-fibemyd-conclusiones-y-propuestas-10-sep-esp.pdf>.

⁹ SEGIB. Secretaría General Iberoamericana, *Impactos de la crisis económica en migración y desarrollo: Respuestas de políticas y programas en Iberoamérica*, Prólogo de Enrique V. Iglesias, Secretario General Iberoamericano, Madrid, 2010, p. 6.

¹⁰ C. PÉREZ GONZÁLEZ, *Migraciones irregulares y derecho internacional. Gestión de los flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Valencia, 2012. También de la misma autora *Migraciones y declaración americana de los derechos y los deberes del hombre: La contribución de la declaración a la conformación de un derecho internacional de las migraciones*, en *Revista Electrónica Iberoamericana (REIB)* 2019, p. 314 ss.

¹¹ Unión Interparlamentaria, *Migración, derechos humanos y gobernanza*, en *Manual para Parlamentarios 24*, Ginebra, 2015, p. 21.

internacionales y singularmente en la regulación y ordenación de los flujos migratorios que tienen lugar en la sociedad internacional contemporánea. Los aspectos centrales los dejaba entrever el Pacto Mundial al decir que este instrumento «presenta un marco de cooperación no vinculante jurídicamente» y que tiene como propósito «fomentar la cooperación internacional sobre la migración entre todas las instancias pertinentes, reconociendo que ningún Estado puede abordar la migración en solitario, y respetar la soberanía de los Estados y sus obligaciones en virtud del derecho internacional»¹². Más allá, sin embargo, de todas las dificultades normativas y de los innumerables obstáculos políticos que complican la reglamentación de la migración en todas sus dimensiones, si se alcanzara edificar un sistema general sobre las migraciones, los países de la región iberoamericana podrían sistematizar mejor sus postulados al efecto y, sobre todo, podrían aportar más componentes a su regulación jurídica.

De todos modos, el examen de la normativa internacional en materia de migraciones conduce a determinadas conclusiones que podrían ser bastantes útiles para las instancias iberoamericanas, cuando pretendan constituir y dar firmeza a los postulados políticos que sostienen en el campo de la migración. Es decir, habrá que extraer de la política y del sistema normativo internacional en el campo de las migraciones, aquellos aspectos que sirvan para la reglamentación específicamente en el espacio iberoamericano. Eso sí, teniendo en cuenta los elementos que configuran la principal tensión en esta materia entre soberanía y cooperación. En efecto, como se ha dicho, «a veces se dice que los Estados tienen plena autoridad para regular el movimiento de personas a través de sus fronteras y que, si esa autoridad fuera en cualquier modo inferior, su soberanía se vería menoscabada y su capacidad de definirse como nación estaría en peligro. Frente a esta tesis, suele afirmarse que los migrantes poseen unos derechos humanos fundamentales de los que ninguna legislación nacional sobre migración les puede privar»¹³. Y, en realidad, estos serán los aspectos prioritarios que van a definir las decisiones jurídicas sobre las migraciones. A partir de ahí, conviene resaltar del Derecho internacional de las migraciones los siguientes puntos, que deben estructurar los lineamientos iberoamericanos en la materia: la pugna entre soberanía y cooperación, la visión positiva del fenómeno migratorio y la ligación entre migraciones y el respeto de los derechos humanos.

2. La pugna entre soberanía y cooperación en el campo de las migraciones y la solución iberoamericana

La conformación de un cuerpo jurídico en materia de migraciones internacionales se ha decantado siempre por la búsqueda de soluciones y equilibrios en la relación que existe entre cooperación internacional y soberanía, es decir, que los Estados sean los encargados de elaborar y aplicar las normas aplicables a los migrantes en función de sus intereses nacionales y, al mismo tiempo, que prevean marcos permanentes de cooperación con otros Estados. Pero lo cierto es que «existe una tensión permanente entre el derecho soberano de los Estados para controlar y regular la admisión, permanencia y tránsito de extranjeros en sus respectivos territorios y las necesidades de movilidad que manifiestan crecientes contingentes de población, motivados por las condiciones en las comunidades de origen y por la

¹² Disponible en Naciones Unidas: <https://www.ohchr.org/es/migration/global-compact-safe-orderly-and-regular-migration-gcm>. (todas las citas posteriores pueden comprobarse en este enlace).

¹³ T. ALEXANDER ALEINIKOFF, *Un análisis sobre normas jurídicas internacionales y migración*, en *Diálogo internacional sobre la migración* 3, OIM, Ginebra, 2002, p. 21.

incuestionable demanda en los países de destino (...)»¹⁴, lo que implica necesariamente activar acciones de cooperación internacional si se quiere lograr una migración ordenada y regulada. La cuestión central radicaría, entonces, en saber si priman los derechos soberanos de los Estados, movidos por los réditos que cada uno de ellos obtenga o si, por el contrario, se le debe conceder una importancia capital a los criterios y requerimientos que proceden del sentir de la comunidad internacional y los valores en los que ésta se inspira. El Pacto Mundial recoge estos dos principios como rectores y complementarios, considerando que son transversales e interdependientes. Por una parte, «reafirma que los Estados tienen el derecho soberano a determinar su propia política migratoria y la prerrogativa de regular la migración dentro de su jurisdicción, de conformidad con el derecho internacional». Pero, también, por otra parte, sostiene con toda nitidez que la migración es «un fenómeno intrínsecamente transnacional que requiere cooperación y diálogo a nivel internacional, regional y bilateral». En consecuencia, se deben combinar los dos aspectos que han sido descritos, al decir que «el ambiente favorable al diálogo y a la cooperación que se detecta en los últimos años se enfrenta a la vigencia de corrientes de opinión cuyo reflejo es la percepción de repercusiones negativas de la migración internacional, que promueven la necesidad de resguardar la soberanía o de proteger diversos intereses nacionales (...)»¹⁵.

Estos aspectos merecen una especial atención en el espacio iberoamericano, porque también habitan en él dos concepciones complementarias: La primera es un fuerte y arraigado nacionalismo que ha conducido históricamente a que se impongan obstáculos a la libre circulación entre los países ubicados en el espacio iberoamericano, sobre todo, en el caso de la realidad latinoamericana-caribeña. Con ello, se han producido escasos avances en la movilidad de personas, regulada dentro del “territorio” que ocupa América Latina y el Caribe. Todo ello, a pesar de que como se ha dicho «la migración internacional ha constituido un aspecto esencial de la historia de América Latina», y, asimismo, cuando «la migración intrarregional existió en algunas fronteras desde el momento que fueron trazadas por los nuevos Estados independientes (...)»¹⁶. Desde luego, está siendo difícil lograr la puesta en común de políticas migratorias que reglamenten el tránsito por la región y, más todavía si se valora en términos más amplios, incluyendo la realidad americana en su totalidad, con lo que se contemplaría la situación en Estados Unidos y Canadá. La segunda es que existe una fértil tendencia a establecer esquemas de integración en el espacio iberoamericano¹⁷ que debería facilitar la ordenación y regulación migratoria. Más allá de la participación de España y Portugal en la UE, el resto de los países iberoamericanos ubicados en América han derrochado esfuerzos de integración que se han explicitado en diversas plasmaciones y que teóricamente deberían facilitar la movilidad de personas. Así, por ejemplo, en el caso de MERCOSUR se ha señalado que «se hace necesario continuar avanzando en la flexibilización de la regularización de la situación migratoria a fin no solo de garantizar el derecho a optar por dónde vivir (...), sino para prevenir situaciones de abuso al amparo de la extrema

¹⁴ CEPAL. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Migración internacional, derechos humanos y desarrollo*, Santiago de Chile, 2006, p. 287.

¹⁵ J. MARTÍNEZ PIZARRO, *La migración internacional y el desarrollo en la era de la globalización e integración: temas para una agenda regional*, CEPAL, Santiago de Chile, 2000, p. 8.

¹⁶ A. PELLEGRINO, *La migración internacional en América Latina y el Caribe: tendencias y perfiles de los migrantes*, CEPAL, Santiago de Chile, 2003, pp. 11 y 15.

¹⁷ C. M. DÍAZ BARRADO, *América en Busca de la Integración: Rasgos y Principios desde la óptica del Derecho Internacional*, Valencia, 2018.

vulnerabilidad que genera la migración irregular y combatir la trata y tráfico de personas en la región»¹⁸.

Lo más importante será que la colisión entre soberanía y cooperación internacional encuentra reflejo en la normativa sobre migraciones en la que los Estados siguen teniendo en sus manos el control y las llaves para regular los flujos migratorios en función de sus intereses particulares, pero al mismo tiempo van asumiendo también progresivamente obligaciones internacionales en materia de migraciones, que limitan sus competencias y que restringen sus derechos en este campo. Ha ido quedando claro de manera paulatina que «el derecho internacional, incluyendo los tratados a escala bilateral, regional o internacional, algunas veces limitan la autoridad del Estado sobre cuestiones como el ingreso, la salida, y la remoción»¹⁹. Así lo recoge el Compromiso de Montevideo en el que, más allá del reconocimiento explícito del respeto a la soberanía de los países de la región en materia migratoria, incide sobremanera en que «al ejercer su derecho de regular el ingreso y la permanencia de personas en su territorio», cada uno de estos países debe respetar necesariamente «las normas del derecho internacional, de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los refugiados, desde sus respectivos ámbitos jurídicos de aplicación»²⁰. La filosofía que inspira el comportamiento de los países de la región iberoamericana está fundamentada en una agenda positiva en relación con las migraciones que no olvida las competencias soberanas de los Estados, pero que subraya sobremanera los esfuerzos de cooperación y respeto al Derecho internacional. La cooperación internacional se ha convertido en un factor imprescindible de la regulación jurídica de los flujos migratorios y de sus consecuencias en el espacio iberoamericano.

3. *La visión positiva del fenómeno migratorio en Iberoamérica*

El examen de la normativa internacional en materia de migraciones lleva a la conclusión de que predomina una visión positiva de las migraciones internacionales, a pesar de las múltiples dificultades que existen en relación con este fenómeno y, aunque en muchos casos se ponga el acento en los efectos perjudiciales de los flujos migratorios. Es innegable que la comunidad internacional ha optado por la cooperación internacional para afrontar el fenómeno migratorio y, sobre todo, esto ha quedado reflejado en los instrumentos internacionales más relevantes en esta materia. La visión positiva de la migración internacional queda plasmada en numerosas expresiones, incluso cuando tan solo se describe el fenómeno con carácter general. Así, por ejemplo, se descubre cuando se dice que «la migración internacional constituye uno de los procesos sociales y económicos más importantes y complejos de los últimos tiempos», de tal modo que es «un reto que debe ser atendido de manera eficiente debido a los efectos que genera, tanto en la vida de las personas y en el ejercicio de sus derechos, como en el desarrollo de los países, la economía y la

¹⁸ Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos en el Mercosur, *Las migraciones humanas en el Mercosur. Una mirada desde los derechos humanos. Compilación normativa*, Montevideo, 2009, p. 12.

¹⁹ OIM. Organización Internacional para las Migraciones. *Derecho Migratorio internacional*, sección 1.6. Disponible en OIM: <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/migration-management-foundations/about-migration-international-migration-law/intl-migration-law/lang/es>.

²⁰ Disponible en Segib: <https://www.segib.org/?document=compromiso-de-montevideo-sobre-migraciones-y-desarrollo> (todas las citas posteriores pueden comprobarse en este enlace).

governabilidad»²¹ o cuando se asegura que «la OIM está consagrada al principio de que la migración, de forma ordenada y en condiciones humanas, beneficia a los migrantes y a la sociedad»²². Además, este es el enfoque que depara el Pacto Mundial cuando dice con rotundidad que «la migración ha formado parte de la experiencia humana desde los albores de la historia», y que «genera prosperidad, innovación y desarrollo sostenible en nuestro mundo globalizado, y que estos efectos positivos pueden optimizarse mejorando la gobernanza de la migración».

A pesar de todo, se advierten factores que pretenden asentar una visión más negativa del fenómeno migratorio e, incluso, se han aprobado normas que restringen derechos o imponen obligaciones más estrictas a los migrantes. Esto sucede con normas internacionales y con reglas de carácter interno. En particular, se observa en los ordenamientos jurídicos internos y, por ello, tienen razón P. Charro y P. Benlloch cuando afirman, respecto a la legislación española, que «las sucesivas reformas de la normativa de extranjería demuestran que se continúa apostando, por mucha que se pretenda demostrar lo contrario, por dar preponderancia al control de flujos relegando con ello el objetivo integrador»²³. La defensa de la seguridad de los Estados y de elementos identitarios ha conducido, en bastantes casos, a la identificación entre migración y delincuencia y a que se produzcan rechazos sociales en relación con las migraciones internacionales. Como se ha dicho, «los Estados han desplegado una gran cantidad de nuevos instrumentos para impedir el ingreso de migrantes, tales como los muros y las barreras de defensa; los requisitos de visa de alto costo; las sanciones de transporte; los controles fronterizos militarizados; la detención; técnicas de escaneo de retina y otras técnicas de escaneo biométrico; el almacenamiento internacional computarizado de datos, entre otros»²⁴. En particular, los migrantes irregulares son considerados como una amenaza para la seguridad y el mercado laboral de las comunidades receptoras. Algunos instrumentos internacionales se han hecho eco de esta posible visión negativa de las migraciones con el fin de combatirla y, así, el Pacto Mundial, avisa de que «es crucial que los desafíos y las oportunidades de la migración internacional sean algo que nos una, en lugar de dividirnos».

El examen pormenorizado de los instrumentos internacionales que de manera específica abordan la migración internacional permite afirmar que rezuman, en esencia, la prioridad por los aspectos de cooperación y, en consecuencia, apuestan *por la visión positiva del fenómeno migratorio*. Prevalencia, en definitiva, de los aspectos relativos a la cooperación internacional y a la defensa y protección de derechos de los migrantes. Así sucede también, y con intensidad, en el espacio iberoamericano, lo que en este caso deriva de los valores y

²¹ G. VIGNOLO HUAMANÍ (Dir.), *Migraciones y Derechos Humanos. Supervisión de las políticas de protección de los derechos de los peruanos migrantes*, en *Serie Informes Defensoriales* -Informe 146, Defensoría del pueblo, Lima, 2009, p. 17.

²² OIM, Organización Internacional para las Migraciones, *Informe sobre las migraciones en el mundo 2020*, Ginebra, 2019 (Portada).

²³ P. CHARRO BAENA y P. BENLLOCH SANZ, *Trabajadores extranjeros en España: ¿inflexibilidad del estatuto jurídico frente a flexibilidad del mercado?*, en *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* 69, 2006, p. 192. Disponible en: https://www.urjc.es/ceib/espacios/migraciones/curso/materiales/P_Charro_Trabajadores_extranjeros_Espana.pdf.

²⁴ CIPDH, Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, *Migración Irregular, Tráfico Ilícito de Migrantes y Derechos Humanos: Hacia la Coherencia, Informe de Política*, Ginebra 2010. Véase también: S. P. IZCARA PALACIOS, *Feminización de la migración: Tráfico de migrantes y trata en México*, en *Revista Electrónica Iberoamericana (REIB)* 11, 1, 2017, p. 58 ss.

principios en los que se asienta la Comunidad iberoamericana. Estos componentes favorecen los flujos migratorios y obligan, en consecuencia, a que se den respuestas positivas que resulten satisfactorias para la cooperación entre los países de la región. Como lo indicó, J. M. Rodríguez Barrigón «la existencia de unos rasgos de identidad social y cultural entre los Estados que la forman han facilitado de forma espontánea un conglomerado de extraordinaria complejidad en el sentido de las migraciones, que no queda limitada a la tradicional percepción de los tránsitos de personas entre Estados con diferencias notables de desarrollo económico, frente a los cuales las posiciones suscitan divergentes soluciones»²⁵. Iberoamérica se configura como un espacio idóneo para implementar una visión positiva de la migración.

La conformación de la identidad iberoamericana y la existencia de un acervo cultural común derivan precisamente de la existencia de flujos migratorios a lo largo de varios siglos de intercambio y, desde luego, estos flujos continúan siendo uno de los componentes centrales en la evolución de la Comunidad iberoamericana. De ahí que, a pesar de ciertas posiciones, también normativas, los países iberoamericanos no explicitan una posición negativa que criminalice las migraciones internacionales. En particular, el Compromiso de Montevideo lo expresa categóricamente al decir que «migrar no es un delito, por lo que los Estados no desarrollarán políticas orientadas a criminalizar al migrante». La orientación general en la realidad iberoamericana es que la migración se contempla no como un delito, sino como un comportamiento habitual en las relaciones iberoamericanas y, por lo tanto, como el resultado natural de la cooperación internacional entre los países de la región. En verdad por la existencia de un vínculo muy profundo entre los fundamentos sobre los que se asienta la comunidad iberoamericana y el fenómeno migratorio. Lo dice el Compromiso de Montevideo al constatar que “las migraciones han impregnado la historia de Iberoamérica; marcan nuestro presente y constituirán un factor fundamental en nuestro futuro. Nuestros pueblos se han enriquecido con el aporte cultural, científico, académico, económico, político y social de los migrantes”. Queda clara, en definitiva, la visión positiva de las migraciones que proporciona el instrumento por excelencia sobre las migraciones que se ha aprobado en la Cumbre iberoamericana en el que, incluso, se asume el compromiso de «continuar garantizando el impacto positivo de las migraciones en nuestros países».

4. *La vinculación entre migraciones y derechos humanos, también en Iberoamérica*

La normativa internacional ha establecido una clara ligazón entre migraciones internacionales y derechos humanos. Como se ha dicho “el respeto de los derechos humanos de los migrantes entraña la búsqueda constante de un equilibrio entre las atribuciones de los Estados acerca de su soberanía y los deberes que tienen con los migrantes en el marco del derecho internacional (...)”²⁶. Se advierte que las migraciones internacionales reciben un tratamiento jurídico detallado en el marco de la protección internacional de los derechos humanos y, en todo caso, el fenómeno migratorio ha de ser regulado sobre la base de las normas internacionales relativas al respeto de estos derechos. La práctica internacional revela una tendencia a contemplar el fenómeno de las migraciones internacionales desde esta

²⁵ J. M. RODRÍGUEZ BARRIGÓN, *La Comunidad Iberoamericana de Naciones y el fenómeno migratorio*, en *Emigración, actividad empresarial y cooperación española al desarrollo en República Dominicana*, Madrid, 2011, p. 93 ss.

²⁶ CEPAL *Migración internacional, derechos humanos y desarrollo cit.*, p. 287.

perspectiva, con lo que se ha producido un cambio profundo en la óptica de la cuestión migratoria, que tiende a reforzar y centrarse en las personas. Se puede comprobar en *la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de los migrantes*, puesto que ésta «hace énfasis en la conexión entre migración y derechos humanos, la cual se convierte cada vez más en un asunto político crucial de interés mundial»²⁷. Lo mismo sucede en el Pacto Mundial que desde el principio alude a los derechos humanos como base de la regulación en relación con las migraciones. Es innegable, entonces, que el enfoque de las cuestiones relativas a las migraciones y, por ende, el establecimiento de políticas en esta materia se debe hacer, necesariamente, desde la perspectiva del respeto y protección de los derechos humanos.

Lo relevante ahora es que este vínculo se contiene en la regulación de la migración en el espacio iberoamericano. El *Compromiso de Montevideo* preceptúa que “es imperativo situar la persona del migrante en el centro de los programas o proyectos migratorios, garantizando que las políticas migratorias respeten plenamente los derechos humanos de los migrantes”. La CEPAL también lo ha señalado en relación específicamente con la migración latinoamericana y caribeña, al asegurar que «hay una progresiva preocupación internacional por la protección de los derechos humanos de todas las personas migrantes, a raíz de muchas señales que indican que la migración internacional contemporánea es una actividad riesgosa para los latinoamericanos y caribeños, que los puede llevar a situaciones de vulnerabilidad y desprotección»²⁸. La Comunidad iberoamericana sitúa el respeto de los derechos humanos en el centro de sus preocupaciones, también cuando aborda el fenómeno de las migraciones. Precisamente uno de los principios en los que se fundamenta esta Comunidad, como quedó configurada en 1991, fue el respeto y promoción de los derechos humanos. De ahí que las diversas políticas y programas que se ponen en marcha desde esta comunidad están siempre inspiradas en este principio y en sus efectos en las relaciones entre los países iberoamericanos.

Además, las cuestiones migratorias por su propia naturaleza se prestan bien a que los derechos humanos ocupen un lugar central dentro de las tareas de los países iberoamericanos, a la hora de regular y administrar este fenómeno. Como lo ha indicado en el resumen de su trabajo E. Díaz Galán «la Conferencia iberoamericana constituye un espacio de diálogo, concertación y cooperación que asume como principio esencial la vigencia de los derechos humanos. Estos derechos conforman un ámbito de actuación del sistema iberoamericano»²⁹, por lo que la consecuencia será que la regulación jurídica que se proporcione en relación con los migrantes esté basada en este principio capital del quehacer de los iberoamericanos. Hasta tal punto es así que se han celebrado por parte de la Federación Iberoamericana del Ombudsman (FIO), algunas cumbres sobre Migraciones y Derechos humanos, resaltando esta vinculación. Así se hizo, por ejemplo, en la Declaración de la Ciudad de México de 24 de mayo del 2017, que emanó de la segunda cumbre al respecto, y en la que se señaló que «en el ámbito de sus respectivas competencias, dedicadas a la protección, promoción y defensa de los Derechos Humanos, los Ombudsman se consideran comprometidos con la supervisión, apoyo y seguimiento al cumplimiento de las acciones asumidas por los Estados

²⁷ UNESCO, *La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Migrantes, Dossier Informativo*, Naciones Unidas, París, 2005, p. 6.

²⁸ CEPAL. *Migración internacional, derechos humanos y desarrollo en América Latina y el Caribe. Síntesis y Conclusiones*, Montevideo, 2006, p. 43.

²⁹ E. C. DÍAZ GALÁN, *El sistema iberoamericano y los derechos humanos: una atmósfera favorable en el quehacer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, vol. 23, n. 46, 2021, p. 631.

de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas»³⁰. Lo que suponía establecer un nexo también entre migración y desarrollo sostenible.

La consecuencia de encadenar la migración y los derechos humanos se advierte, con prisma iberoamericano, en el *Compromiso de Montevideo*. Este instrumento sostiene que los países de la región «fomentan la realización del derecho de toda persona a que se establezca un orden social e internacional en el que todos sus derechos humanos se hagan plenamente efectivos, conforme los términos concebidos en el artículo 28 de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos». Éste será el punto de partida esencial para establecer indicaciones en materia migratoria y trasponer estas pautas en los ordenamientos jurídicos internos y en los acuerdos de la cooperación iberoamericana en la materia. Las estrategias, planes, políticas y programas que afecten a los flujos migratorios en Iberoamérica deben estar en consonancia con el respeto irrestricto de los derechos humanos. Más en concreto, los postulados de Iberoamérica en materia migratoria toman como base la promoción y respeto de los derechos humanos con base en lo que dispone la normativa internacional. Por esto, el Compromiso de Montevideo contiene reiteradas referencias a los instrumentos internacionales sobre respeto de los derechos fundamentales con carácter general, y contemplando situaciones más específicas tales como los menores o las poblaciones indígenas. Las expresiones de este Compromiso no pueden ser más claras y merece la pena reproducirlas. Así, dice que «es imperativo situar la persona del migrante en el centro de los programas o proyectos migratorios, garantizando que las políticas migratorias respeten plenamente los derechos humanos de los migrantes, en el marco del ordenamiento jurídico de cada Estado, independientemente de su condición migratoria, y cualquiera que sea su nacionalidad, origen étnico, género o edad».

Se podrían detallar las principales obligaciones que han asumido hasta ahora los países iberoamericanos en el sector de las migraciones internacionales y que apuntalan una visión singular de Iberoamérica en este campo: Primera, la obligación de suscribir y ratificar todos los textos y acuerdos internacionales que reconozcan derechos a los migrantes. El Compromiso de Montevideo dice que se debe «fortalecer la normativa internacional de protección de los migrantes solicitando a los Estados considerar la suscripción, ratificación o adhesión a la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional, y los Protocolos que la complementan: el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños y el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire». Segunda, adaptar las normas internas a la normativa internacional que protege y defiende los derechos humanos de los migrantes. Para el Compromiso de Montevideo se deben “efectuar las adecuaciones normativas correspondientes en los ordenamientos internos de los Estados parte”, con lo que revela el papel clave que se les concede a las normativas nacionales como mecanismos útiles de aplicación del Derecho internacional en el ámbito migratorio. Por último, consolidar la visión particular iberoamericana de las migraciones con base en el respeto de los derechos humanos, de tal manera que el migrante sería titular no solo de los derechos fundamentales que le corresponden como ser humano, sino también de los derechos específicos por las circunstancias en las que se encuentra como migrante. La comunidad iberoamericana aporta una concepción de los flujos migratorios en la que todas las Políticas y Programas que aprueben los países iberoamericanos en este campo, deberán encuadrarse en la perspectiva del respeto de los derechos humanos. La realidad iberoamericana hace suyo el pensamiento

³⁰ Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/OtrosDocumentos/Doc_2017_034.pdf.

de que «los derechos humanos de las personas migrantes están incluidos, casi en su totalidad, en todos y cada uno de los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos que se han adoptado desde mediados del siglo XX»³¹.

5. Consideraciones finales

El fenómeno migratorio no es ajeno a la realidad iberoamericana sino todo lo contrario. La conformación de la comunidad iberoamericana se debe precisamente a la existencia de lazos comunes, de carácter histórico-cultural, que se ha ido forjando a través de los siglos por los continuos flujos migratorios a uno y otro lado del Atlántico. De ahí, que se deba articular una normativa específica iberoamericana en esta materia y que se haya iniciado el camino para lograrlo. A través de los acuerdos internacionales y de la aproximación de las legislaciones internas, los países de la región iberoamericana pretenden estructurar un sistema de ordenación y regulación de las corrientes migratorias en el espacio iberoamericano. Este sistema tendría como rasgos esenciales: Primero, una visión positiva de las migraciones, en la medida en que se considera que migrar no es un delito y que no debe asociarse la migración con la delincuencia. Segundo, la totalidad de la regulación de las migraciones internacionales debe estar impregnada del respeto de los derechos humanos, de tal modo que se garantice el goce y disfrute de estos derechos a todos los migrantes. Tercero, el prisma iberoamericano debe enfocar las migraciones en todas sus dimensiones, con lo que se precisa una visión integral de este fenómeno. Por último, la cooperación iberoamericana es la clave para que las migraciones en el espacio iberoamericano se efectúen conforme a los postulados del Derecho internacional actual.

ABSTRACT: *Legal regulation of migrations in the Ibero-American space*

The formation of the Ibero-American community is due to the existence of common historical and cultural ties that have been forged over the centuries by the continuous migratory flows on both sides of the Atlantic.

Hence, the need to articulate specific Ibero-American regulations in this area, and the path to achieve this has begun. Through international agreements and the approximation of domestic legislation, the countries of the Ibero-American region aim to structure a system for the organisation and regulation of migratory flows in the Ibero-American space.

This article aims to highlight the relevance of the Public International Law in the promotion of regulation of the migration phenomenon in iberoamerica.

³¹ OIM, Oficina Regional de la Organización Internacional para las Migraciones para América del Sur, *Migración, derechos humanos y política migratoria: Migración y Derechos humanos*, Ciudad de Buenos Aires, Argentina, 2016, p. 9.



ANNALISA GERACI*

L'OIM E LA "POLICY ON THE FULL SPECTRUM OF RETURN, READMISSION AND REINTEGRATION": LE ATTIVITÀ, IL SUPPORTO DELL'ORGANIZZAZIONE AGLI STATI E LA PROTEZIONE DEI DIRITTI DEI MIGRANTI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La "IOM's Policy on the full spectrum of return, readmission and reintegration" presentata dall'Organizzazione per la migrazione quale "guida" per la gestione della "migrazione di ritorno". – 2.1. Le cause e gli effetti delle politiche di rimpatrio, riammissione e reintegrazione. – 2.2. Obiettivi strategici e principi guida della *policy*: dalla "teoria"... – 3. Alla "pratica"... La "EU-IOM Joint Initiative for Migrant Protection and Reintegration" finanziata dal Fondo fiduciario europeo per l'Africa. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

L'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM) da anni è impegnata nelle attività di rimpatrio, riammissione e reintegrazione nel contesto internazionale. La sua stessa Costituzione, ai sensi dell'art. 1, fra gli scopi e le funzioni ad essa riconosciuti indica: *i*) la possibilità di prendere accordi per il trasferimento organizzato di migranti verso Paesi che offrono opportunità di migrazione ordinata; *ii*) la fornitura di servizi su richiesta degli Stati, o in collaborazione con altre organizzazioni internazionali interessate, per la migrazione di ritorno volontaria, compreso il rimpatrio volontario; *iii*) la promozione della cooperazione e il coordinamento degli sforzi sulle questioni migratorie internazionali¹.

Il ruolo dell'organizzazione, soprattutto nelle attività di rimpatrio e riammissione, è stato spesso oggetto di critiche da parte della dottrina, la quale ha più volte paragonato l'OIM ad una "agenzia di viaggio" o ad una "impresa" al servizio degli interessi occidentali². Questo

* Assegnista di Ricerca in Diritto Internazionale - Università degli Studi di Teramo.

¹ Cfr. International Organization for Migration (IOM), *Constitution and Basic Texts, 3rd edition*, Geneva, 2021.

² Fra gli altri: E. GUILD, S. GRANT, K. GROENENDIJK, *IOM and the UN: Unfinished Business*, in *Queen Mary University of London*, 2017, p. 2 ss.; N.R. MICINSKI, T.G. WEISS, *International Organization for Migration and the UN System: A Missed Opportunity*, in *Future United Nations Development System Briefing*, 42, 2016, p. 1 ss.; 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*, 2018, 3, p. 8 ss.; A. PÉCOUD, *What Do we Know about the International Organization for Migration?*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2018;

soprattutto nelle prime fasi evolutive dell'organizzazione, la quale operava in gran parte per il sostegno logistico-operativo nelle attività di trasferimento dei migranti negli Stati che offrivano opportunità di migrazione ordinata e nelle attività di riammissione e rimpatrio volontario. Dalla sua iniziale istituzione quale Comitato Intergovernativo Provvisorio per il Movimento dei Migranti dall'Europa (PICMME)³, al fine di sostenere gli Stati europei nelle attività di reinsediamento di milioni di persone sfollate a seguito della Seconda guerra mondiale, è approdata successivamente – grazie all'ampliamento delle sue attività e dei suoi partner statali – all'attuale denominazione di Organizzazione Internazionale per le migrazioni. Di particolare rilevanza è stata l'acquisizione nel 2016 per l'OIM dello *status* di "related organization" con l'Accordo di collegamento fra questa e le Nazioni Unite⁴. Una dimensione che permette all'OIM di essere all'interno del sistema onusiano mantenendo una maggior indipendenza da questo rispetto allo *status* tipico degli Istituti specializzati⁵. Fra alcuni passaggi dell'Accordo che meriterebbero di essere sottolineati qui si richiamano, in primo luogo, la parte dove l'OIM accetta di portare avanti le sue attività «in accordance with the Purposes and Principles of the Charter of the United Nations and with due regard to the policies of the United Nations furthering those Purposes and Principles and to other relevant instruments in the international migration, refugee and human rights fields» (par. 5). È importante questo riconoscimento perché permette all'OIM di aderirvi e di recuperare in qualche modo la mancanza di tale riferimento all'interno della sua Costituzione. In secondo luogo, il passaggio dove l'organizzazione conferma di agire «as an independent, autonomous and non-normative international organization in the working relationship with the United Nations established by this Agreement» (par. 3)⁶. Con il concetto di "non-normative international organization" parte della dottrina⁷ ha sollevato alcune criticità, rinvenendo nella chiarificazione dell'OIM la volontà di mettere una sorta di distanza fra l'organizzazione e la dimensione normativa delle sue attività⁸. Altra dottrina invece ha ritenuto che il concetto di "non-normative organization" ribadisse il carattere operativo dell'organizzazione internazionale, non escludendo quindi la dimensione del rispetto della normativa in materia di migrazione. Aggiungendo inoltre che l'organizzazione, pur non avendo il potere di

M. GEIGER, *Ideal Partnership or Marriage of Convenience? Canada's Ambivalent Relationship with the International Organization for Migration*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2018; A. L. HIRSCH, C. DOIG, *Outsourcing Control: The International Organization for Migration in Indonesia*, in *The International Journal of Human Rights*, 2018, p.681 ss.; M. GEIGER, A. PÉCOUD, *The International Organization for Migration: The New 'UN Migration Agency' in Critical Perspective*, London, 2020.

³ L'organizzazione è stata fondata quale Comitato Intergovernativo Provvisorio per il Movimento dei Migranti dall'Europa in occasione della Conferenza delle migrazioni di Bruxelles, con risoluzione del 5 dicembre del 1951. Il 19 ottobre del 1953 a Venezia è stato approvato l'Atto Costitutivo del Comitato, modificandone allo stesso tempo la denominazione in Comitato Intergovernativo per la Migrazione Europea (CIME). Tale nome è stato successivamente cambiato in Comitato Intergovernativo per la Migrazione (ICM, 1980) sino ad approdare, nel 1989, all'attuale denominazione: Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM), per ulteriori approfondimenti si rimanda al sito www.iom.int.

⁴ Assemblea Generale NU, *Agreement concerning the Relationship between the United Nations and the International Organization For Migration*, UN doc. A/RES/70/296, 2016.

⁵ Sul tema, fra gli altri, si rimanda a E. KLEIN, *United Nations, Specialized Agencies*, in R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. X, Oxford, 2008, p. 489 ss.; E. SPATAFORA, R. CADIN (a cura di), *Il codice delle organizzazioni internazionali a carattere universale*, Piacenza, 2003; W. MENG, *Article 57, Article 63*, in B. SIMMA (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2° ed., vol. II, Oxford, 2002, p. 947 e p. 1002.

⁶ Assemblea Generale NU, *Agreement concerning*, cit.

⁷ Sul tema, fra gli altri, E. GUILD, S. GRANT, K. GROENENDIJK, *IOM and the UN*, cit.; R. CADIN, *Ultimi sviluppi*, cit.; A. PÉCOUD, *What Do we Know*, cit.; M. GEIGER, A. PÉCOUD, *The International Organization for Migration*, cit.

⁸ Cfr. R. CADIN, *Ultimi sviluppi*, cit., p. 21.

adottare norme giuridicamente vincolanti, nella definizione delle "best practices", nello sviluppo di linee guida e di documenti di *policy* possa in un certo senso svolgere un'attività "di influenza" sugli Stati⁹.

Il presente lavoro analizza il documento "Policy on the full spectrum of return, readmission and reintegration"¹⁰ di definizione della politica dell'OIM per comprendere: l'indirizzo che organizzazione si dà nella gestione della migrazione di ritorno, quali sono gli obiettivi e i principi in esso stabiliti, e se quanto definito nel documento possa riscontrarsi nelle attività "sul campo" dell'OIM e dei suoi partner. Il documento di *policy* dovrebbe indirizzare il lavoro dell'organizzazione sulla migrazione di ritorno attraverso un approccio, basato sui diritti e orientato allo sviluppo sostenibile, che faciliti un ritorno, una riammissione e una reintegrazione sicuri e dignitosi. Non mancando, tuttavia, di ribadire nel documento che gli Stati hanno la prerogativa sovrana di determinare le loro politiche migratorie nazionali e di governare la migrazione all'interno della loro giurisdizione, in conformità con gli impegni di diritto internazionale¹¹.

La prima parte del lavoro si dedica all'analisi delle cause e degli effetti prodotti dalle politiche di rimpatrio, riammissione e reintegrazione. La seconda parte approfondisce la struttura del documento di *policy*, analizzando i fini, gli obiettivi e i principi guida dello stesso. La terza parte si focalizza sulle attività di supporto offerte dall'OIM nell'ambito della "EU-IOM Joint Initiative for Migrant Protection and Reintegration", finanziata dal Fondo fiduciario europeo per l'Africa. Questa sezione cerca di mettere in evidenza le difficoltà di attuazione di quanto promosso sia negli atti di *soft-law* che di *hard-law* in relazione al rispetto dei diritti dei migranti e, più in generale, dei diritti umani. La quarta ed ultima parte cerca di fornire alcune considerazioni rispetto alla qualità del documento di *policy* e alla rilevanza che può avere questo nel determinare "approcci ispirati" nel contesto delle politiche di rimpatrio, riammissione e reintegrazione.

2. La "IOM's Policy on the full spectrum of return, readmission and reintegration" presentata dall'Organizzazione per la migrazione quale "guida" per la gestione della "migrazione di ritorno"

2.1. Le cause e gli effetti delle politiche di rimpatrio, riammissione e reintegrazione

Il documento di *policy* oggetto del presente lavoro apre con il richiamo ad alcuni elementi che caratterizzano la migrazione, all'evoluzione della stessa nel tempo e alle modalità di gestione del fenomeno attraverso il rimpatrio, la riammissione e la reintegrazione dei migranti. Il movimento migratorio non ha in via generale – come sottolineato dall'OIM nel documento – una natura lineare ma multidirezionale. Spesso il migrante si sposta verso il Paese di destinazione per poi fare ritorno nel proprio Stato di origine, per un breve o lungo periodo, al quale seguono ulteriori spostamenti, o verso il Paese di destinazione già conosciuto o verso nuove mete. Le ragioni che portano i migranti a ritornare nei propri Paesi

⁹ Cfr. V. CHETAIL, *The International Organization for Migration and the Duty to Protect Migrants: Revisiting the Law of International Organizations*, in J. KLABBERS (ed.), *The Cambridge Companion to International Organizations Law*, Cambridge, 2022, p. 244 ss.

¹⁰ International Organization for Migration (IOM), *IOM's Policy on the full spectrum of return, readmission and reintegration*, 2021, reperibile online: <https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbd1486/files/documents/ioms-policy-full-spectrum-of-return-readmission-and-reintegration.pdf>.

¹¹ *Ivi*, p. 2.

sono diverse: dai motivi familiari, alla conclusione di percorsi di istruzione o lavorativi all'estero, o perché sono migliorate le condizioni economiche, sociali, politiche o ambientali nei loro Paesi di origine. E ancora, in alcuni casi, sono questi ultimi che cercano di attrarre il rientro (temporaneo, permanente o virtuale) dei propri cittadini, soprattutto quelli più qualificati, per favorire lo sviluppo economico e finanziario dei loro territori.

L'OIM, nel documento, pone in evidenza uno degli aspetti più controversi delle politiche di rimpatrio che attira solitamente una maggiore attenzione nel dibattito politico e, più in generale, nell'opinione pubblica: le situazioni di rimpatrio di migranti che non sono o non sono più autorizzati a rimanere nel territorio del Paese ospitante (in base alle normative vigenti). Ed è proprio su quest'area del rimpatrio e sul coinvolgimento dell'OIM che si concentra questa *policy*. Il rimpatrio e le attività connesse al rientro del migrante nel Paese di origine determinano effetti non solo sul soggetto interessato dal rimpatrio (forzato o volontario), ma anche sulla famiglia e sulla comunità del Paese del rimpatriato¹². Per il primo, devono considerarsi le caratteristiche e le vulnerabilità specifiche del soggetto, ad esempio: quelle legate all'età, al sesso, alla disabilità, all'esperienza lavorativa, alla salute, alle reti familiari e professionali, ecc. Tali tipicità fanno sì che i rientri verso il proprio Paese possano avere un impatto diverso sui migranti e possano determinare profonde ripercussioni sulla loro reintegrazione una volta tornati nel loro Paese di origine. Per i secondi, ossia sulle comunità e le famiglie, bisogna fare attenzione alla stabilità e alla prospettiva di sviluppo offerte dal Paese di origine, e cioè se questo è in grado di rispondere al rientro di quote di cittadini migranti, oppure se questa azione può minare i fragili equilibri (se presenti) sul proprio territorio.

Conseguenze delle politiche di rimpatrio si riscontrano anche nei Paesi di destinazione dei migranti, in particolare sul sistema di gestione del rimpatrio e sull'efficacia dello stesso¹³. La credibilità e la validità del sistema dipendono in parte dalla capacità dello Stato di assicurare che i migranti entrati illegalmente, o che non hanno più l'autorizzazione a rimanere sul territorio del Paese di destinazione (per superamento del periodo di soggiorno o per violazione delle condizioni di ingresso legale), ritornino nel loro Paese di origine o altro Stato terzo, attraverso strumenti giuridici come gli accordi di riammissione. Si aggiunge poi un'altra preoccupazione in merito all'ampliamento del numero di Paesi e di regioni che hanno incluso fra le loro priorità le politiche di rimpatrio, di riammissione e di reintegrazione. Un allargamento che sottolinea l'evoluzione del fenomeno migratorio, il quale non interessa più unicamente i Paesi del nord del Mondo ma è diventato una sfida anche per quelli che un tempo erano i c.d. "Paesi di emigrazione", e che oggi invece si ritrovano ad essere anche Paesi di transito o di destinazione.

Nel documento in esame l'organizzazione conferma il proprio ruolo e ribadisce quanto segue: «IOM, as the world's leading international organization on migration [...], is uniquely positioned and mandated» per sostenere i governi e gli altri attori coinvolti nelle attività connesse al rimpatrio¹⁴. Scopo della *policy*, come indicato dall'OIM, è di comunicare la visione

¹² *Ivi*, p. 1 ss.

¹³ Sugli effetti della migrazione di ritorno si rimanda, fra gli altri, a J. C. DUMONT, GILLES SPIELVOGEL (OECD), *Part. III - Return Migration: A New Perspective*, International Migration Outlook, 2008, reperibile online: <https://www.oecd.org/migration/mig/43999382.pdf>.

¹⁴ Il preambolo e l'articolo 1 della Costituzione dell'OIM conferiscono all'organizzazione il mandato legale per sostenere i governi nella gestione della migrazione di ritorno. Il sostegno dell'OIM in questo ambito è stato inoltre affermato, nel tempo, dalla stessa organizzazione in vari documenti e decisioni, tra cui lo *IOM Return Policy and Programmes: Policies and Practices with Respect to Rejected Asylum Seekers*, (MC/INF/222 (1992)); la *IOM Policy Concerning its Assistance to Unsuccessful Asylum Seekers and Irregular Migrants Returning to their Country of Origin*,

dell'organizzazione a tutti gli attori coinvolti nella migrazione di ritorno, per offrire un approccio globale, basato sui diritti, orientato allo sviluppo sostenibile e coerente del rimpatrio, della riammissione e della reintegrazione. Sottolineando inoltre che tale *policy* si propone anche come una "guida di principio" per i governi, le altre entità delle Nazioni Unite e le organizzazioni non governative. Particolarmente significativa è l'attenzione che l'OIM pone sulla necessità di basare l'approccio sul rispetto dei diritti dei migranti e sulla protezione di questi in tutte le fasi che compongono il processo di rimpatrio, riammissione e reintegrazione. Riconoscendo allo stesso tempo che gli Stati, come si accennava precedentemente, hanno la prerogativa sovrana di determinare le loro politiche migratorie nazionali e di governare il fenomeno all'interno della loro giurisdizione, nel rispetto del diritto internazionale.

La *Policy* dovrebbe pertanto guidare l'OIM nel sostegno: ai governi per lo sviluppo e l'attuazione delle leggi e delle politiche che regolano la migrazione di ritorno, e agli altri attori coinvolti in questo ambito, anche attraverso l'assistenza diretta, lo sviluppo delle capacità e il supporto consultivo.

2.2. Obiettivi strategici e principi guida della policy: dalla "teoria" ...

Nel documento "IOM's Policy on the full spectrum of return, readmission and reintegration" l'organizzazione stabilisce i fini specifici, gli obiettivi strategici e i principi guida della gestione della migrazione di ritorno. Per i primi, l'OIM conferma la necessità di basare le proprie attività di supporto su un approccio che garantisca la protezione dei diritti dei migranti, favorendo un ritorno sicuro e dignitoso. L'organizzazione segue poi nel ribadire il proprio impegno nel sostenere i suoi partner attraverso lo sviluppo delle capacità e la consulenza in materia di rimpatrio, riammissione e reintegrazione, ponendo anche in questo caso l'attenzione sull'affrontare e il garantire l'identificazione delle esigenze di protezione dei migranti. E chiude l'ambito dei fini ribadendo il suo sostegno nell'attuazione delle norme giuridiche internazionali, di altri standard internazionali e di pratiche efficaci per il rimpatrio, la riammissione e la reintegrazione sostenibile.

Per gli obiettivi strategici, l'organizzazione conferma, in primo luogo, la necessità di promuovere le proprie attività attraverso un approccio basato sui diritti e orientato alla sostenibilità delle attività per assicurare un ritorno sicuro e dignitoso. In secondo luogo, l'impegno di fornire sostegno ai rimpatriati, alle comunità e alle autorità, attraverso approcci di reintegrazione sostenibile, agendo sia a livello individuale, che comunitario e strutturale per accrescere le opportunità di sviluppo nei Paesi di origine. In terzo luogo, l'organizzazione si propone di agire come mediatore per fornire consulenza, sostegno e promuovere lo sviluppo delle capacità dei governi e di altre parti interessate. Questo, come chiarisce l'organizzazione, per sviluppare politiche e attività di rimpatrio, riammissione e reintegrazione nel rispetto del diritto internazionale. In quarto luogo, un altro obiettivo strategico della *policy* è quello di garantire una programmazione delle attività e delle responsabilità in tutte le fasi che compongono la gestione della migrazione di ritorno.

Il documento di *policy* prosegue con la determinazione dei "principi guida" della politica di rimpatrio, riammissione e reintegrazione. Questi dovrebbero, secondo l'OIM, guidare e assicurare le attività e l'impegno della stessa nella gestione della migrazione di ritorno. Il

(MC/EX/INF/51 (1996)); la *IOM Return Policy and Programmes - A Contribution to Combating Irregular Migration*, (MC/INF/236 (1997)); la *IOM Strategy* (MC/INF/287 (2007)); la *Review of the IOM Strategy* (MC/INF/302 (2010)) e la *IOM's AVRRR Framework*, la *IOM's Strategic Vision for 2019-2023* (MC/INF/302 (2010)).

primo principio riguarda, come ribadito in altre parti del documento, la necessità di basare le attività e lo sviluppo di politiche in esame assicurando la protezione e la difesa dei diritti dei migranti. L'organizzazione precisa che le sue azioni seguono un approccio basato sui diritti, e tendono a mettere i migranti nella condizione di poter rivendicare questi diritti come sancito «in relevant bodies of international law»¹⁵. Rafforzando al contempo le capacità dei governi, i quali hanno il dovere di rispettare e proteggere i diritti dei migranti. L'OIM ribadisce poi l'importanza di porre il soggetto (migrante), e il suo benessere, al centro di ogni decisione o processo relativo al suo rimpatrio, alla riammissione e alla reintegrazione. Questo riconoscendo l'obbligo della valutazione caso per caso del percorso da applicare al migrante, ponendo l'attenzione anche alle situazioni c.d. di vulnerabilità: se il soggetto è stato oggetto di violenza, di sfruttamento o abuso, o in virtù di specifiche esigenze sanitarie o psicosociali.

Il secondo principio guida indicato nella *policy* riguarda la promozione dell'uguaglianza di genere e la salvaguardia della valutazione delle sfere di protezione per i soggetti più vulnerabili. In questo caso l'OIM conferma il proprio impegno nel favorire l'*empowerment* di tutti i migranti, ponendo l'attenzione sul garantire ai soggetti più vulnerabili risposte adeguate ai loro bisogni. Lo fa inoltre richiamando gli obblighi giuridici di diritto internazionale in materia di diritti dei minori, il principio del superiore interesse del minore e il diritto dei minori di esprimere il proprio punto di vista e le proprie opinioni come considerazione primaria in tutte le situazioni che riguardano tali soggetti nel contesto del rimpatrio, della riammissione e della reintegrazione¹⁶.

Il terzo principio, intitolato *do no harm* (non nuocere), ha quale intento quello di inglobale, all'interno dei processi di rimpatrio, riammissione e reintegrazione un'assistenza ai migranti sia nella fase precedente che in quella successiva al rimpatrio, che sia attenta a non esacerbare i potenziali effetti culturali, psicologici, sociali ed economici del migrante rimpatriato. Questo perché, come evidenzia l'OIM, i rimpatriati possono trovarsi di fronte al rifiuto dei familiari che hanno investito su di loro, vivere il rimpatrio come "fallimento" di una opportunità di vita migliore, o cadere vittime di stigmatizzazioni da parte della loro comunità. Inoltre, particolare attenzione dovrebbe essere posta sulle modalità di reintegrazione perché, se da un lato, la fornitura di assistenza ai rimpatriati può offrire agli stessi un percorso di reinserimento e di sviluppo umano validi, dall'altro lato, tale assistenza potrebbe contribuire alla stigmatizzazione del soggetto rimpatriato da parte della comunità se, quest'ultima, percepisse l'assistenza offerta quale trattamento preferenziale riservato al migrante rimpatriato.

Il quarto principio guida della *policy* promuove, all'interno dei percorsi di rimpatrio, riammissione e reintegrazione, la considerazione della volontà del migrante (la *migrant agency*). Nel documento, infatti, l'OIM richiede l'impegno da parte di tutti gli attori coinvolti nei processi di gestione della migrazione di ritorno nel favorire, quando possibile, scelte informate del migrante interessato dall'azione di rimpatrio. Pur riconoscendo che di fronte alla prospettiva del rimpatrio le opzioni disponibili per i migranti possono essere assai limitate, e non corrispondere alla piena volontà dell'individuo, l'OIM ribadisce l'importanza di mettere in condizione il soggetto di conoscere ed essere informato degli strumenti disponibili (anche se limitati) quale prerequisito necessario al rimpatrio "sicuro e dignitoso". Questa valutazioni e informazioni fornite al migrante però non devono essere viziate da coercizione fisica o psicologica, da atti di intimidazione o di manipolazione. Inoltre, devono

¹⁵ Cfr. *IOM's Policy on the full spectrum*, cit., p. 4.

¹⁶ In linea con la *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo*, articoli 3, 9, 10 e 12. La Convenzione è entrata in vigore il 2 settembre 1990.

essere comunicate in una lingua e in una modalità ad esso accessibili. Il migrante poi deve poter usufruire di un tempo sufficiente per prendere in considerazione le opzioni disponibili ad esso presentate; e, se del caso, riconsiderare il proprio consenso se le attività proposte o le informazioni disponibili cambiano. Diverso invece è quando il soggetto non è in grado di poter prendere una decisione informata, in tal caso si rende necessaria l'identificazione di chi possa legalmente scegliere per conto del migrante (es. minore non accompagnato, ecc).

Il quinto principio riguarda la responsabilità. Uno degli elementi della *policy* è quindi la dimensione della *accountability* dell'organizzazione in tutte le attività di rimpatrio, riammissione e reintegrazione per le quali la stessa offre il proprio supporto. L'OIM si impegna a garantire la responsabilità del proprio personale nei confronti dei beneficiari come componente essenziale di qualsiasi attività nel contesto del ritorno, della riammissione e della reintegrazione. Su questo principio non si dilunga l'OIM, sorvola effettivamente sulle modalità di controllo della responsabilità, richiamando unicamente l'attività di segnalazione che promuove la stessa attraverso non ben chiari *appropriate channels*¹⁷. L'organizzazione chiude poi la dimensione della responsabilità confermando che continuerà a rafforzare i sistemi di *accountability*, promuovendo un monitoraggio e meccanismi interni di *feedback* e/o reclamo. Sull'aspetto della responsabilità dell'organizzazione torneremo più avanti.

Il sesto principio attiene alla protezione e alla gestione dei dati dei beneficiari delle attività legate al rimpatrio, alla riammissione e alla reintegrazione. L'organizzazione conferma l'importanza del preservare la riservatezza dei dati personali dei migranti; i primi devono essere raccolti, elaborati, utilizzati, trasferiti e conservati in conformità con gli standard internazionali di protezione dei dati¹⁸. Ricordando, inoltre, la necessità di raccogliere ed utilizzare i dati limitando tali attività per quanto strettamente necessario allo svolgimento delle azioni nell'ambito specifico della *policy* in esame. L'organizzazione prosegue poi nella definizione del principio guida richiamando anche l'adesione ai suoi «mandatory Data Protection Principles and Manual, while acknowledging the 2018 UN Principles on Personal Data Protection and Privacy»¹⁹.

Il settimo principio attiene alla sicurezza che vi sia un ambiente "protetto" nel Paese di origine del migrante da rimpatriare. È importante, secondo l'organizzazione, verificare che vi siano i presupposti per tutelare il rientro del migrante raccogliendo le informazioni sulla situazione generale del Paese e della comunità di origine del rimpatriante, condividendo altresì i dati raccolti con quest'ultimo. In questo modo si avrebbe una maggior assicurazione della sicurezza (o meno) del rimpatrio per il singolo migrante. Anche in questo caso è necessario, dunque, esaminare se sia opportuno o meno attivare il rimpatrio in virtù delle vulnerabilità o delle caratteristiche specifiche del migrante rispetto alla situazione presente nel Paese di origine dello stesso.

L'ottavo principio riguarda la reintegrazione. Su questo ambito l'organizzazione sembra essersi concentrata più diffusamente, chiarendo il concetto di sostenibilità della reintegrazione. Secondo l'organizzazione si può parlare di questa quando i rimpatriati raggiungono livelli di autosufficienza (economica e sociale) e di benessere psicosociale nel loro Paese di origine, riducendo così nuove valutazioni di mobilità verso altri Paesi. Per promuovere e raggiungere i livelli di autosufficienza e di benessere sopra richiamati, occorre seguire, secondo l'organizzazione, approcci multidimensionali, ossia indirizzati ad affrontare più fattori (sociali, economici, ambientali, ecc.) e, al contempo, intervenire in maniera

¹⁷ Cfr. IOM's *Policy on the full spectrum*, cit., p. 7.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

coordinata su più livelli: quelli individuale, comunitario (inerente alla comunità del Paese di origine) e strutturale. Su questi tre l'organizzazione si sofferma, il primo, dovrebbe focalizzare l'assistenza al reinserimento tenendo conto delle esigenze specifiche del migrante, delle caratteristiche e delle vulnerabilità (se presenti), favorendo le potenzialità e la comprensione delle opportunità per lo stesso. Il secondo livello, quello comunitario, riguarda il sostegno e il rafforzamento delle capacità della comunità di accogliere i soggetti rimpatriati. Infatti, l'assistenza al reinserimento su base comunitaria riconosce che una reintegrazione sostenibile dipende sia dalla capacità degli individui di reintegrarsi e sia dalla capacità delle comunità di accogliere. Il terzo livello, quello strutturale, ha una prospettiva più ampia ed è indirizzata a rafforzare le capacità dei sistemi nazionali sia per il rimpatrio che per la reintegrazione dei migranti. Il ruolo che l'OIM si riconosce nella reintegrazione sostenibile è quello di creare «conducive conditions for personal safety, environmentally sensitive economic empowerment, inclusion and social cohesion in communities and support governments and other partners to develop and implement policies and mechanisms»²⁰. Ossia, quello di supportare la cooperazione e le sinergie di assistenza (individuale, comunitaria e strutturale) per garantire che alle attività di rimpatrio seguano attività di reintegrazione sostenibile dei migranti.

Il nono principio si collega strettamente al precedente, e riguarda la necessità di affrontare a livello globale e sinergico lo spettro del rimpatrio, della riammissione e della reintegrazione. Gli interventi e gli strumenti di finanziamento promossi per affrontare la gestione dei rimpatri, quelli utilizzati per fornire assistenza umanitaria o quelli indirizzati alla cooperazione allo sviluppo dovrebbero, secondo l'organizzazione, contaminarsi e sorreggersi vicendevolmente per dare una risposta adeguata e non promuovere iniziative a "compartimenti stagni". L'attività che l'OIM si propone di portare avanti nel perseguimento di questo principio è quella di lavorare con i suoi partner per incoraggiare la coerenza delle politiche in esame sia a livello orizzontale che verticale.

Decimo ed ultimo principio che indica l'organizzazione all'interno del documento riguardano la *partnership* e la cooperazione. Per l'OIM le politiche di rimpatrio, riammissione e reintegrazione necessitano dell'impegno di una pluralità di attori per affrontare in modo incisivo e sostenibile questi elementi che sono parte integrante della *governance* della migrazione internazionale. Pertanto, per l'organizzazione, è necessaria la costruzione di partenariati a più livelli di governo per migliorare la qualità dell'assistenza al rimpatrio, alla riammissione e alla reintegrazione.

Lo sviluppo della *policy*, come si è evidenziato, è un meccanismo attraverso il quale l'OIM prova a fornire a sé stessa e agli altri attori coinvolti, nella migrazione "di ritorno", indicazioni e direttrici sulle quali basare e indirizzare le attività e le politiche relative al rimpatrio, alla riammissione e alla reintegrazione. La promozione di *policy* come questa in esame è avanzata dall'organizzazione, sulla base delle esperienze e dell'impegno sul campo della stessa, per favorire e indirizzare i vari partner coinvolti nella gestione della migrazione internazionale con un approccio che sia *integrated, rights-based e holistic*²¹. Tuttavia, le questioni che si pongono sono le seguenti: nelle attività di sostegno offerte dall'OIM si riscontra il perseguimento dei principi e degli obiettivi così come promossi dalla organizzazione nel documento di *policy*? Quale assistenza offre l'OIM agli Stati e ai migranti nei programmi nei quali essa è coinvolta?

²⁰ *Ivi*, p. 8.

²¹ *Ivi*, pp. 2-4.

3. Alla "pratica" ... La "EU-IOM Joint Initiative for Migrant Protection and Reintegration" finanziata dal Fondo fiduciario europeo per l'Africa

La valutazione delle attività sostenute dall'organizzazione nell'ambito dei programmi nei quali essa è coinvolta spesso non è così semplice, questo perché le attività dell'OIM sono indicate all'interno dei vari progetti, ma poi non c'è una chiara identificazione o un dettagliato report delle modalità attraverso le quali l'organizzazione fornisce la sua assistenza ai migranti e ai suoi partner. Se analisi sono presenti sui progetti e le attività dell'OIM, queste sono solitamente promosse dalla stessa²²; quindi, potrebbero in parte tendere a non evidenziare le situazioni di insuccesso o di criticità riscontrate e, allo stesso tempo, dare maggior risalto ad alcune azioni che hanno prodotto più risultati. Fra le innumerevoli attività sostenute dall'organizzazione a livello internazionale qui ci si sofferma sull'Iniziativa congiunta UE-OIM, il programma per la protezione dei migranti e la loro reintegrazione (chiamato *EU-IOM Joint Initiative for Migrant Protection and Reintegration*²³) che permette qui di analizzare in parte le attività, il supporto e la cooperazione fra l'organizzazione collegata alle Nazioni Unite, gli Stati membri dell'UE e alcuni Paesi terzi del continente africano. Nel 2016 il programma è stato avviato con l'obiettivo principale di fornire il sostegno ai migranti attraverso misure di protezione e reintegrazione nei loro Paesi d'origine. Finanziata con il Fondo fiduciario di emergenza dell'UE per l'Africa (EUTF)²⁴, l'Iniziativa congiunta UE-OIM per la protezione e il reinserimento dei migranti è stato il primo programma integrato per la promozione della protezione e dell'assistenza dei migranti lungo le principali rotte migratorie in Africa. Questo ha coinvolto 26 Paesi della Regione del Sahel e del Lago Ciad, del Corno d'Africa e del Nord Africa. L'iniziativa avrebbe dovuto consentire ai migranti che decidevano di tornare nei loro Paesi d'origine di farlo in modo sicuro e dignitoso, nel pieno rispetto degli standard internazionali sui diritti umani e del principio di *non-refoulement*. In collaborazione con gli attori statali ed altri partner coinvolti, il programma avrebbe dovuto fornire assistenza ai migranti di ritorno per aiutarli nel riprendere la loro vita nei Paesi d'origine attraverso un approccio integrato e sostenibile alla reintegrazione di tali soggetti nelle loro comunità.

Gli obiettivi individuati dall'Iniziativa congiunta UE-OIM per la protezione e il reinserimento dei migranti sono stati i seguenti: *a)* il miglioramento della protezione e dell'assistenza per consentire il ritorno volontario assistito dei migranti bloccati lungo le rotte migratorie; *b)* il sostegno al processo di reintegrazione dei migranti con un approccio integrato che affronti le dimensioni economiche, sociali e psicosociali, promuovendo l'inclusione dei soggetti rimpatrianti all'interno delle comunità di ritorno; *c)* la promozione di attività che consentono ai migranti di prendere decisioni consapevoli sulla migrazione e sui meccanismi di ritorno esistenti, incrementando l'informazione e la comunicazione degli

²² Fra gli altri si richiamano i più recenti: IOM, *Gendered Dimensions of Disengagement, Disassociation, Reintegration and Reconciliation in the Lake Chad Basin Region*, 2021, reperibile online, ID., *Tendances migratoires en provenance, à destination et à l'intérieur du Niger: 2016 – 2019, 2020*, reperibile online, ID., *Understanding Ethnoreligious Groups in Iraq: Displacement and return. February 2019*, reperibile online.

²³ Sulla promozione della *EU-IOM Joint Initiative for Migrant Protection and Reintegration* e delle attività portate avanti si rimanda al sito www.migrationjointinitiative.org.

²⁴ Per maggiori approfondimenti sul Fondo fiduciario UE d'emergenza per l'Africa si rimanda al sito www.trust-fund-for-africa.europa.eu/homepage_en.

stessi; d) il potenziamento della raccolta e dell'analisi dei dati sui movimenti migratori, sui bisogni e le vulnerabilità dei migranti, per favorire politiche e programmi maggiormente incisivi; e) la stabilizzazione dei Paesi di origine interessati dall'Iniziativa, promuovendo il miglioramento delle infrastrutture socio-economiche di base e cercando di rafforzare la coesione sociale.

Dopo cinque anni dall'avvio "dell'Iniziativa congiunta UE-OIM" il *report*, *Learning Lessons from the EUTF - Phase 2 - Paving the way for future programming on migration, mobility and forced displacement*, ha evidenziato diversi elementi di criticità e ha indicato i risultati raggiunti sino a febbraio 2021²⁵. Nel *report* vengono sottolineati inizialmente i dati sull'assistenza al rimpatrio dei migranti pari a 88.849 e quella relativa al sostegno per la reintegrazione pari a 101.027 beneficiari, fornendo anche l'indicazione sul costo medio pro capite per l'attività di rimpatrio e di reintegrazione (3.000 euro)²⁶. Successivamente, sono richiamate alcune problematiche emerse sin dall'avvio "dell'Iniziativa congiunta UE-OIM": il primo luogo, si è evidenziato un eccessivo carico di casi rispetto a quanto programmato, questo ha determinato insoddisfazione da parte dei rimpatriati e, in alcune circostanze, l'abbandono del programma. Questo visibilmente porta a comprendere la necessità di migliorare la raccolta e l'analisi dei dati perché attraverso queste si può rispondere più prontamente e non lasciare fuori potenziali beneficiari. In secondo luogo, un altro elemento di "disturbo" rilevato per l'implementazione del programma è stato lo sviluppo inatteso della pandemia da COVID-19, questa ha determinato dei cambiamenti rispetto alle modalità di assistenza offerta dall'OIM e, in particolare, riguardo all'assistenza finanziaria ai rimpatriati. Questa solitamente è offerta in due modalità (*in kind* e *cash*), invece, durante la pandemia è stata indirizzata prevalentemente sul *cash* per le difficoltà riscontrate nel fornire assistenza *in kind* (attrezzature, formazione, ecc.). In Mali, come sottolineato nel *report*, questo cambio di modalità nell'assistenza finanziaria dei rimpatriati ha permesso però a questi di utilizzare il denaro ricevuto come capitale per l'avviamento di iniziative lavorative/professionali o per far fronte ai bisogni più immediati²⁷.

Per quanto riguarda le attività di reintegrazione e di inserimento lavorativo dei rimpatriati, sembrerebbe essere emersa negli ultimi anni la capacità da parte dell'OIM di offrire una più ampia gamma di strumenti per il reinserimento economico come l'assistere i beneficiari nell'avvio di attività in proprio²⁸. Ciò nonostante, come indicato nel *report*, si sono riscontrati degli elementi di debolezza riguardo alla valutazione delle caratteristiche specifiche dei migranti beneficiari: non c'è stata una analisi dei livelli di istruzione, delle competenze già presenti o acquisite all'estero da questi al fine di promuovere un inserimento vicino alle potenzialità e alle capacità dei soggetti reintegrati. Queste mancanze, come rilevato nel *report*, si sono concretizzate per via delle limitazioni di *budget* da dedicare alla valutazione del mercato, alle competenze dei soggetti rimpatriati, e soprattutto al sostegno del *follow-up* dei progetti avviati. Quest'ultimo, infatti, avrebbe potuto reindirizzare o indirizzare le modalità di reintegrazione più di successo per garantire la cd. sostenibilità di quest'ultima. Promuovere attività di reinserimento nell'ambito lavorativo presuppone inoltre la presenza di un sistema politico, economico e sociale di una certa solidità, ed è evidente che non è cosa semplice

²⁵ Cfr. ALTAI CONSULTING, *Third-party monitoring & learning for EUTF in the SLC region – Preliminary findings from Cycle 1, 2, and 3*, 17 dicembre 2020, reperibile online.

²⁶ *Ivi*, p. 135 ss.

²⁷ *Ivi*, p. 143.

²⁸ *Ivi*, p. 144 ss.

garantire percorsi di reinserimento all'interno di Paesi che soffrono già di instabilità di varia natura²⁹.

In merito al supporto psicosociale, l'OIM ha offerto un insieme di servizi, tra cui la consulenza psicologica, l'attivazione di *focus group*, la mediazione familiare e quella comunitaria. Ma anche nell'ambito psicosociale si sono evidenziate mancanze: nel *report* si sono riconosciute sfide persistenti sia nell'identificazione dei bisogni che nell'accessibilità dei servizi promossi dall'organizzazione in collaborazione con ONG e i Paesi di origine³⁰. Particolare attenzione inoltre è stata data alla vulnerabilità psicologica dei bambini migranti, su questi infatti si è evidenziata la necessità di promuovere più attività vicine e attente alle loro vulnerabilità. Fra le buone pratiche invece sono state evidenziate le attività di supporto psicosociale offerto in tre Stati d'origine (Nigeria, Gambia e Guinea). Nel primo Paese il sostegno è stato erogato integrandolo nei percorsi di formazione per lo sviluppo di competenze commerciali, nel secondo è stato promosso per il tramite degli operatori sanitari locali. Per l'ultimo Paese, il supporto psicosociale è stato fornito da un'associazione di rimpatriati, creata con il contributo dell'OIM, promuovendo discussioni informali e *focus group* di condivisione delle esperienze.

Nell'ambito del sostegno alla reintegrazione, come fra l'altro indicato fra i principi della *policy* dell'OIM, oltre ad affrontare la dimensione individuale del soggetto migrante è necessario affrontare quella comunitaria. Su questa il *report* solleva alcune criticità, confermando che «the evolution toward more community support did not happen to the extent originally intended by IOM»³¹. Questo perché si sono riscontrati livelli di impegno e di assistenza divergenti tra i vari Paesi supportati. In alcuni casi la reintegrazione (nella dimensione comunitaria) ha avuto difficoltà nell'essere sostenuta per mancanza di interesse degli stessi rimpatriati a dispetto della volontà manifestata dai *partner* e dai governi coinvolti. Uno dei problemi in questo caso è stata la mancanza di fiducia fra migranti, in Senegal ad esempio lo sviluppo di progetti che riuniva beneficiari che non si conoscevano ha determinato un clima di sospetto e di poca collaborazione, ostacolando la coesione e la fiducia fra gli stessi. Anche per quanto riguarda la dimensione strutturale, quindi di rafforzamento delle capacità dei sistemi nazionali sia per l'attività di rimpatrio che quella di reintegrazione, si sono evidenziate delle problematiche. Queste si sono manifestate nella scarsa conciliazione fra l'obiettivo di reintegrare i rimpatriati in modo soddisfacente e quello di sostenere i sistemi nazionali nel rafforzamento dei meccanismi e delle politiche di rimpatrio e reinsediamento³².

Sempre nel contesto del Fondo fiduciario dell'UE per l'Africa e, nello specifico, dell'Iniziativa congiunta UE-OIM sono interessanti le analisi *Emergency returns by IOM from Libya and Niger*³³ e *Partnership or Conditionality? Monitoring the Migration Compacts and EU Trust Fund for Africa*³⁴. Nel primo studio si sono evidenziate diverse criticità nelle attività di sostegno

²⁹ Cfr. IOM's *Policy on the full spectrum*, cit., p. 8.

³⁰ Cfr. Altai Consulting, *Third-party monitoring*, cit., p. 143.

³¹ *Ivi*, p.146.

³² *Ivi*, p. 148 ss.

³³ Cfr. J. ALPES, *Emergency returns by IOM from Libya and Niger: A protection response or a source of protection concerns?*, Brot für die Welt, 2020, reperibile online: https://www.researchgate.net/publication/344929501_Emergency_returns_by_IOM_from_Libya_and_Niger_A_protection_response_or_a_source_of_protection_concerns.

³⁴ Cfr. A. STOCCHIERO, O. DE GUERRY, *Partnership or Conditionality? Monitoring the Migration Compacts and EU Trust Fund for Africa*, Concord Italia, 2018, reperibile online: https://concordeurope.org/wp-content/uploads/2018/01/CONCORD_EUTrustFundReport_2018_online.pdf.

offerte dall'OIM, in particolare nelle azioni di rimpatrio ma anche nell'assistenza successiva al primo. Infatti, basandosi sulle interviste condotte sui soggetti beneficiari, sono emerse alcune questioni di particolare interesse: *a)* in Libia, ad esempio, i migranti presenti sul territorio accettano il rimpatrio perché per loro risulta essere l'unica occasione per scampare dalle disastrose condizioni di detenzione offerte dalla stessa. Questo chiaramente limita la possibilità di scelta da parte dei migranti che si vedono obbligati a tornare indietro quale unica occasione di sopravvivenza; *b)* il rimpatrio nei Paesi di origine spesso non permette al soggetto beneficiario di avere un'assistenza sostenibile e adeguata a garantire allo stesso una concreta reintegrazione. Questa mancanza di incisività ha determinato (e continua a farlo) il mantenimento della mobilità dei rimpatriati e, dunque, la riduzione degli spostamenti.

La debolezza delle politiche e la difficoltà di coordinamento e cooperazione fra i vari attori coinvolti nella gestione della migrazione di ritorno determinano un circolo vizioso nel quale si susseguono una serie di effetti: un aumento dei flussi migratori ad ondate, la ricerca di una gestione esternalizzata della migrazione, la formazione di sfere di "opacità" che non rendono chiare le assunzioni di responsabilità nelle varie fasi di risposta alla mobilità, e l'indebolimento dei sistemi nazionali sia dei Paesi di destinazione (non risultano efficaci i rimpatri) che dei Paesi di origine dei migranti (reintegrazione debole o assente). Anche il secondo studio ha portato alla luce una serie di preoccupazioni sulla *governance* dell'Fondo fiduciario e sulle modalità di creazione, promozione e gestione dei programmi finanziati con questo strumento. Si sono riscontrati elementi come la mancanza di consultazione e condivisione dei programmi sostenuti dall'UE con i Paesi di origine, indebolendo in questo modo non solo la portata degli effetti sui migranti e i loro Paesi, ma anche un'inefficacia che, a cascata, si è ritorta contro gli stessi Stati membri dell'UE³⁵. Libia e Niger, anche in questo caso, sono stati indicati come Paesi nei quali le politiche dell'UE (con il sostegno fra gli altri dell'OIM) hanno prodotto effetti negativi «in terms of development, human rights and migration» e che i «projects risk fuelling poor governance, encouraging riskier smuggling and trafficking activities, facilitating the detention industry and violation of human rights, limiting the positive economic impact of regular migration and preventing refugees from obtaining the protection they need»³⁶. Insomma, dall'analisi dei *report* emergerebbe un aspetto non trascurabile: la difficoltà di calare e perseguire nel concreto i principi e gli obiettivi indicati nei documenti di *policy* e negli altri atti di *soft-law* sviluppati dall'organizzazione e, più in generale, di assicurare l'aderenza ai quadri giuridici esistenti.

4. Conclusioni

Lo IOM's *Policy on the full spectrum of return, readmission and reintegration*, come si è visto, nasce allo scopo di indirizzare il lavoro dell'organizzazione sulla migrazione di ritorno promuovendo un approccio, basato sui diritti e orientato allo sviluppo sostenibile, che faciliti un ritorno, una riammissione e una reintegrazione sicuri e dignitosi. Nel documento a parte la prima sezione che è dedicata all'analisi della complessità del fenomeno migratorio, dell'evoluzione dello stesso e dell'ampliamento dei Paesi interessati dalla migrazione di ritorno, le successive sezioni sono orientate alla definizione dei fini specifici, degli obiettivi

³⁵ *Ivi*, p. 32 ss.

³⁶ *Ivi*, p. 33.

strategici e dei principi guida per promuovere la gestione del rimpatrio, della riammissione e della reintegrazione. Tale documento vuole essere, secondo l'OIM, una "guida" per la stessa organizzazione e per gli altri attori coinvolti nella gestione della migrazione di ritorno. Una delle questioni che si pongono però è se questo documento possa essere effettivamente sentito dagli altri attori coinvolti come "guida" delle attività connesse al rimpatrio, alla riammissione e alla reintegrazione.

È sicuramente apprezzabile l'inserimento all'interno del documento di *policy* del perseguimento di un approccio rispettoso dei diritti dei migranti e protettivo degli stessi in tutte fasi che compongono il processo di rimpatrio, riammissione e reintegrazione. Questo è presente in più parti del documento e, come è noto, pur non essendoci una obbligatorietà di aderenza rispetto a quanto stabilito nel documento di *policy*, gli orientamenti in esso forniti possono comunque contribuire alla promozione di *standard* nel tempo. Soprattutto se le indicazioni di principio e gli obiettivi vengono promossi e stabiliti in altri atti dell'organizzazione. È importante, infatti, avere una prospettiva più ampia delle indicazioni e degli indirizzi dell'OIM per poter comprendere in che modo e verso cosa l'organizzazione si sta muovendo. Ad esempio, risultano utili, per comprendere l'approccio seguito da questa entità, gli atti di indirizzo dell'OIM, e ancora l'Accordo di collegamento fra l'organizzazione e le Nazioni Unite del 2016. Come si è visto con tale atto l'organizzazione ha vincolato lo sviluppo delle sue attività «in accordance with the Purposes and Principles of the Charter of the United Nations [...] and to other relevant instruments in the international migration, refugee and human rights fields»³⁷. Il continuo richiamo al rispetto dei diritti umani, alla protezione dei diritti dei migranti sono sicuramente apprezzabili e importanti se ribaditi da un'organizzazione come l'OIM che ha una capillare presenza a livello globale nel contesto della migrazione. Tuttavia, come si è fatto notare altrove, bisognerebbe porre maggior attenzione sul rispetto, nella pratica, della dimensione giuridica esistente e sulle possibili implicazioni che potrebbero emergere se questa non venisse rispettata³⁸.

Come si è cercato di evidenziare nel paragrafo 3 del presente lavoro, permangono attualmente discrepanze fra quel che viene promosso e delineato nei documenti strategici, di *policy* dell'organizzazione, altri atti di *soft-law* come la Dichiarazione di New York del 2016 e i relativi *Global Compact*, e l'attuazione degli obiettivi e delle attività indicate negli stessi. I problemi osservati nella "Iniziativa congiunta UE-OIM" confermano la distanza fra *policy* e "pratica". La stessa cosa sembrerebbe emergere dal monitoraggio dell'implementazione dell'GCM nel quale si sono riscontrati risultati poco incoraggianti³⁹.

³⁷ Cfr. UN doc. A/RES/70/296, 2016.

³⁸ Cfr. V. CHÉTAIL, *The International Organization for Migration*, cit.

³⁹ Punti 34-35: «Travel restrictions imposed by countries of origin, transit and destination as a response to the COVID-19 pandemic have created and exacerbated situations of vulnerability faced by migrants, and challenges for return and readmission, in many cases, including through insufficient efforts to manage national borders in an integrated, secure and coordinated manner that respects obligations under international law. In some cases, Member States have forcibly returned migrants with insufficient regard for health risks or due process and procedural safeguards, including the best interests of the child. Travel and other restrictions, including border closures and lockdowns, as well as capacity limitations, constrained the return and readmission of migrants who wished to return. Safe and dignified return, readmission and sustainable reintegration in full compliance with international human rights law have proven to be difficult and complex in many cases. Conditions for more predictable travel have deteriorated during the COVID-19 pandemic. Limited progress has been made in enhancing bilateral and international cooperation to determine clear and mutually agreed procedures that uphold procedural safeguards and guarantee individual assessments and legal certainty», UN General Assembly, *Progress Declaration of the International Migration Review Forum*, UN Doc. A/RES/76/266, 14 giugno 2022.

Il documento di *policy* sviluppato dall'organizzazione è utile per chiarire il proprio approccio, indicando i fini, gli obiettivi e i principi ai quali gli attori coinvolti potrebbero uniformarsi. È interessante l'inserimento dei seguenti principi: il primo, sul quale si è già detto poc'anzi, ossia il rispetto dei diritti dei migranti; il terzo principio, intitolato *do no harm* (non nuocere), indirizzato a non esacerbare i potenziali effetti culturali, psicologici, sociali ed economici del migrante rimpatriato; l'ottavo e il nono che approfondiscono la dimensione della reintegrazione sostenibile. Tentando, quindi, di porre l'attenzione sulla fase di reinserimento all'interno dei Paesi di origine dei rimpatriati.

Sul quinto principio, invece, si è riscontrata una mancanza di sviluppo da parte dell'organizzazione, forse ad avvalorare una carenza di volontà nel fornire maggiori dettagli sul perseguimento della *accountability* dell'OIM nelle attività di rimpatrio, riammissione e reintegrazione. Un aspetto che si dimostra essere particolarmente interessante per futuri approfondimenti.

In definitiva, pur riconoscendo lo sforzo dell'organizzazione nell'indicare approcci e orientamenti settoriali al fine di favorire la condivisione di questi a livello internazionale, il rischio potrebbe essere quello di ritrovarsi davanti ad una sovrapproduzione caotica di documenti e di atti di *soft-law*. Questi, invece di indirizzare un miglioramento della protezione e della gestione dei migranti, potrebbero incentivare una "proattività di facciata" da parte di tutti gli attori coinvolti nella *governance* migratoria a deperimento della protezione dei migranti e dei soggetti più vulnerabili.

ABSTRACT: *The 'IOM's Policy on the full spectrum of return, readmission and reintegration's support to States and the protection of migrants' rights*

This paper analyses the IOM's "Policy on the full spectrum of return, readmission and reintegration" in order to understand: the direction taken by the organisation in the management of return migration, what objectives and principles are set out therein and whether what is set out in the document can be reflected in the activities "on the ground" of IOM and its partners. The first part of the document is dedicated to the analysis of the causes and effects of return, readmission and reintegration policies. The second part explores the structure of the policy document, analysing its aims, objectives and guiding principles. The third part focuses on the support activities offered by IOM in the framework of the "Joint EU- IOM Initiative for the Protection and Reintegration of Migrants", funded by the European Trust Fund for Africa. This section highlights the difficulties in implementing what is promoted in both soft-law and hard-law acts in relation to the respect of migrants' rights and human rights more generally. The last part aims to provide some considerations on the quality of the policy document and the relevance it can have in determining 'inspired approaches' in the context of return, readmission and reintegration policies.



VÍCTOR LUIS GUTIÉRREZ CASTILLO*

THE SPECIAL REGIME FOR BORDER IN CEUTA AND MELILLA: A CRITICAL ANALYSIS OF THE REGULARIZATION OF BORDER REJECTION UNDER INTERNATIONAL LAW **

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Hot returns and the international protection of human rights. – 3. The controversial legal framework of “hot returns” in the Spanish legal system. – 4. The purported legal basis for border rejection before the reform: a critical analysis under international law. – 5. Lights and shadows of the “conditional constitutionality” of rejection at the border in Spain under international law. – 6. Conclusions.

1. Introduction

From the creation of the European Border and Coast Guard Agency (Frontex¹) to the present day, there has been a significant alteration in the exercise of executive powers in terms of border control in the European Union (EU). Whereas initially Frontex would only provide requesting Member States assistance in order to coordinate operational cooperation with other States at the external borders of the Union, the agency can now be said to be no longer at the exclusive service of the States, but also at the disposal of the Union itself².

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales - Universidad de Jaén.

** This work has received financial support within the framework of the research group SEJ-399 “Common European Law and International Studies” from the scientific information system of Andalusia (SICA)

¹ The European Border and Coast Guard Agency, commonly known as Frontex (from French: *Frontières extérieures* for “external borders”), is an agency of the European Union headquartered in Warsaw, Poland, exercising in coordination with the border and coast guards of member states the border control of the European Schengen Area, a task within the area of freedom, security and justice domain. Frontex was established in 2004 as the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders and is primarily responsible for coordinating border control efforts. In response to the European migrant crisis of 2015–2016, the European Commission proposed on 15 December 2015 to extend Frontex's mandate and to transform it into a fully-fledged European Border and Coast Guard Agency. On 18 December 2015, the European Council roundly supported the proposal, and after a vote by the European Parliament, the European Border and Coast Guard was officially launched on 6 October 2016 at the Bulgarian external border with Turkey.

² The European Border and Coast Guard Agency (Frontex) is governed by Regulation (EU) 2019/1896 of 13 November 2019 on the European Border and Coast Guard (OJ L 295, 14.11.2019, p. 1). The above-mentioned regulation provides the Agency with a reinforced mandate and increased competences compared to Regulation

However, this new strength is not without controversy, both from a legal and a political point of view. Firstly, because border control is reserved to the Member States because of its link with the maintenance of their internal security and public order; and secondly, because it is the first non-intergovernmental area in which the EU directly exercises executive powers involving the use of force³. In this context, it is the States bordering third countries, such as Spain, which in practice must control their borders to avoid jeopardizing the functioning of the Schengen Area.

For more than two decades, thousands of sub-Saharan immigrants have been trying to reach Spanish territory by crossing the only European borders in the Maghreb, namely those of Ceuta and Melilla⁴. These cities are surrounded by high metal fences and guarded by a large number of State security forces and bodies, as their protection is a key element in Spanish immigration policy. Despite such strong controls, there have been numerous assaults by groups of irregular immigrants in recent decades. This circumstance has led to a controversial practice by the Spanish State security forces, consisting of the immediate expulsion of those who try to access the national territory irregularly through unauthorized crossing points, an action known as “hot return” or “rejection at the border”.

These practices became the focus of public opinion and political debate in Spain in 2005, the year when the Attorney General’s Office collected the first documentary evidence on the manners and ways of returning irregular immigrants intercepted at the border. In a video provided by the Melilla-based NGO *Pro Derechos de la Infancia* (PRODEIN)⁵, the prosecutor’s office was able to see how civil guards handed over a group of immigrants to Moroccan auxiliary forces immediately after their detention at the Melilla border without observing the protocols required by Spanish law. Despite the criticism received from civil society and a good part of the political class, the Spanish legislator regularized this practice in 2015 following the reform of Organic Law 4/2000, of January 11, on the rights and freedoms of foreigners in Spain and their social integration (OL 4/2000)⁶. Against all odds,

(EU) 2016/1624, such as the European Border and Coast Guard Standing Corps (the EU’s first uniformed service) Regulation (EU) 2016/1624 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2016 on the European Border and Coast Guard and amending Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council and repealing Regulation (EC) No 863/2007 of the European Parliament and of the Council, Council Regulation (EC) No 2007/2004 and Council Decision 2005/267/EC. Official Journal of the European Union L 251, 16.9.2016, p. 1 s..

³ T. ACOSTA PENCO, *La intervención directa de la guardia europea de fronteras y costas. De la mera coordinación a la actuación subsidiaria en las fronteras exteriores de la Unión Europea*, Madrid, 2023.

⁴ Located in North Africa, the city of Ceuta and its twin city Melilla are the only African territories of an EU Member State (excluding the Canary Islands) since Algeria became independent and ceased to be a French “province” shortly after the Treaty of Rome. With the independence of Morocco in 1956, Ceuta and Melilla became two cities neither independent nor recognised as Spanish by the new Moroccan state. Ceuta had a traditional openness and contact with its regional surroundings; however, with the incorporation of Spain into the European Union (the European Community at the time, 1985), the city became key in the configuration of the common external borders of Europe. From this time onwards, a government dynamic was established, aimed at accentuating the representation of “illegal” migrants as a threat to security, and fortification as a necessity not only for the Spanish State but also for Europe. Excluded from the Schengen Area despite being a territory of a Member State, the construction of the fences of Ceuta began in 1993 and was completed in 1995. However, the configuration of these autonomous cities as borders has been a deeper and more complex process than their “fortification”, focused on the construction of the fenced “border perimeters”. Border studies have increasingly emphasised the complex dynamics linking securitarian and humanitarian practices in the configuration of border regimes. Several studies have analysed humanitarianism in this process elsewhere.

⁵ For more information see <http://www.prodeni.org/> [accessed 4 March 2023].

⁶ Spanish Official Gazette (*Boletín Oficial del Estado*) No 10, 12 January 2000.

the reform would have the backing of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights.

The purpose of this article is to provide a critical analysis, under international law, of the legal framework of hot returns in the Spanish legal system, especially after their regularization. Our study follows a deductive method based on the following outline: first, we will summarize the practice developed by the security corps and forces of the State with a view to controlling the Spanish borders in the cities of Ceuta and Melilla, which will be useful to understand the context that determines the development of the current migration policy in Spain. Next, we will analyze the main legal arguments defended by the Spanish government prior to the reform of the Law on Citizen Protection and Security in order to justify them. Finally, we will make a critical analysis of the latter, as well as of the judgments handed down by the Spanish Constitutional Court (SCC) and the European Court of Human Rights (ECHR) in 2020. The purpose of our study will be, in short, to analyze the lights and shadows that characterize this type of practice in relation to the protection of the fundamental rights of irregular migrants.

2. *Hot returns and the international protection of human rights*

According to the Universal Declaration of Human Rights of December 10, 1948, everyone has the right to leave any country, including his own⁷. However, the right to emigrate has a limitation: there is no right to enter any country other than one's own. The right to emigrate is indeed in conflict with the sovereign right of every State to control access to its territory, albeit said State remains certainly bound by the obligations assumed in the framework of international commitments. For this reason, it is necessary for the legal system of each State to have a regulatory framework on the status of foreigners that includes not only the conditions for their entry or stay, but also the conditions under which their detention and expulsion must take place.

Spain is a country that guarantees the protection of the rights of foreigners, at least from the regulatory point of view. It has a comprehensive legislative framework, in line with international and regional standards, that establishes the means for the recognition of the rights of foreigners in the national territory, including the right to request international protection (asylum or refuge) at border posts or in places prepared to that end, such as, for example, foreigners' offices, provincial police stations or embassies and consulates⁸. This legal framework is determined by Organic Law 4/2000⁹, namely Spanish Royal Decree

⁷ Article 13: "(1) Everyone has the right to freedom of movement and residence within the borders of each state. (2) Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country". UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, 217 A (III), available at <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3712c.html> [accessed 4 March 2023].

⁸ For more information I. BLAZQUEZ RODRÍGUEZ: *El estatuto jurídico del extranjero y su categorización: de la respuesta jurídica a su adaptación a la realidad migratoria* en R. RUEDA VALDIVIA, *Retos del Derecho de extranjería y de la nacionalidad ante la movilidad internacional de personas*, Valencia, 2023, p. 443 ss.

⁹ Article 25. Requirements for entry into Spanish territory: "3. The provisions of the preceding paragraphs shall not apply to foreigners who request to avail themselves of the right of asylum at the time of their entry into Spain, the granting of which shall be governed by the provisions of its specific regulations. 4. The entry into Spain of foreigners who do not meet the requirements established in the preceding paragraphs may be authorized when there are exceptional reasons of a humanitarian nature, public interest or compliance with

557/2011 of 20 April, approving the Regulation of the Organic Law 4/2000 on the rights and freedoms of foreigners in Spain and their social Integration, following its reform by Organic Law 2/2009 of 30 October, regulating asylum right and subsidiary protection (RDOLF)¹⁰.

Title I of the OL 4/2000 regulates the rights and freedoms of foreigners in Spain, which, according to Article 3¹¹, shall be interpreted in accordance with the provisions of the Spanish Constitution (SC) and the Universal Declaration of Human Rights (UDHR). The law makes a distinction between foreigners who are in a regular situation (i.e. those who have a residence or stay authorization currently in force) and those who are not. Despite not being legal residents, all foreigners are entitled to basic social services and benefits, as well as to effective judicial protection. However, non-residents are only entitled to free legal assistance in administrative or judicial proceedings leading up to refusal of entry into, and expulsion from, Spanish territory, as well as in asylum proceedings. Likewise, the Spanish legislation takes into account those persons who decide to leave their country to seek international protection in accordance with the Convention relating to the Status of Refugees of 28 July 1951¹² to which Spain is a party¹³. All these rights and freedoms must be respected and observed by the security corps and forces of the Spanish State, who must also respect the honor and dignity of foreigners throughout the entire process of border management and control in accordance with the Security Forces and Bodies Organization Act (Organization Act No. 2/86) of 13 March 1986¹⁴.

According to the above and in view of the said events, more than reasonable doubts arise as to the compatibility of the actions deployed by the Spanish border police with the national and international legal framework for the protection of human rights. If we consider the manners and ways of undertaking these actions, it is safe to say that this type of practice affects an important set of principles related to the protection of the rights of foreigners. In this regard, it is worth pointing out that Article 13 of the International Covenant on Civil

commitments acquired by Spain. In these cases, the documentation established by regulation will be delivered to the foreigner”.

¹⁰ Spanish Official Gazette (*Boletín Oficial del Estado*) No 263, 31 October 2009.

¹¹ Article 3 “Foreigners will enjoy in Spain, on an equal footing with the Spanish, the rights and freedoms recognized in Title I of the Constitution and in its laws of development, in the terms established in this Organic Law”.

¹² The Convention was adopted by the United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, held at Geneva from 2 to 25 July 1951. The Conference was convened pursuant to resolution 429 (V)1, adopted by the General Assembly of the United Nations on 14 December 1950. United Nations, Treaty Series, vol. 189, p. 137.

¹³ Accession 14 Aug 1978. The Spanish declaration under section B of article 1 of the Convention: “(a) The expression “the most favorable treatment” shall, in all the articles in which it is used, be interpreted as not including rights which, by law or by treaty, are granted to nationals of Portugal, Andorra, the Philippines or the Latin American countries or to nationals of countries with which international agreements of a regional nature are concluded. (b) The Government of Spain considers that article 8 is not a binding rule but a recommendation. (c) The Government of Spain reserves its position on the application of article 12, paragraph 1. Article 12, paragraph 2, shall be interpreted as referring exclusively to rights acquired by a refugee before he obtained, in any country, the status of refugee. (d) Article 26 of the Convention shall be interpreted as not precluding the adoption of special measures concerning the place of residence of particular refugees, in accordance with Spanish law”, available at https://treaties.un.org/PAGES/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-2&chapter=5&Temp=mtdsg2&clang=_en [accessed 4 March 2023].

¹⁴ Spanish Official Gazette (*Boletín Oficial del Estado*) No. 63, 14 March 1986.

and Political Rights (ICCPR)¹⁵ makes no distinction between individual and collective expulsions but requires that these must not be arbitrary and must be based on individual differentiation¹⁶. In fact, the United Nations Human Rights Committee has recognized this in its General Comment No. 15: The position of aliens under the Covenant, adopted at the Twenty-seventh session of the Human Rights Committee, on 11 April 1986¹⁷. We can also reach this conclusion with regard to the principle of non-discrimination enshrined in Article 7 of the Declaration on the Human Rights of Individuals who are not nationals of the country in which they live of 13 December 1985, which states specifically:

«An alien lawfully in the territory of a State may be expelled therefrom only in pursuance of a decision reached in accordance with law and shall, except where compelling reasons of national security otherwise require, be allowed to submit the reasons why he or she should not be expelled and to have the case reviewed by, and be represented for the purpose before, the competent authority or a person or persons specially designated by the competent authority. Individual or collective expulsion of such aliens on grounds of race, color, religion, culture, descent or national or ethnic origin is prohibited»¹⁸.

On the other hand, failure to provide adequate medical assistance to injured persons prior to their expulsion constitutes in itself a violation of the duty to assist the injured. In fact, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), in relation to Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)¹⁹, has stressed that States have an obligation to respect the right to health by refraining from denying or limiting access to health services to asylum seekers or irregular immigrants. This reasoning has also been upheld by the Committee on the Elimination of Racial

¹⁵ Article 13 «An alien lawfully in the territory of a State Party to the present Covenant may be expelled therefrom only in pursuance of a decision reached in accordance with law and shall, except where compelling reasons of national security otherwise require, be allowed to submit the reasons against his expulsion and to have his case reviewed by, and be represented for the purpose before, the competent authority or a person or persons especially designated by the competent authority». United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, p. 171 and vol. 1057, p. 407.

¹⁶ F. ARLETTAZ, *La expulsión de extranjeros en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, in *Boletín mexicano de derecho comparado*, 2016, p. 1-30, available at <http://www2.juridicas.unam.mx/2016/02/10/la-expulsion-de-extranjeros-en-el-pacto-internacional-de-derechos-civiles-y-politicos/> [accessed 28 February 2023]. For more information, see P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *La expulsión colectiva de extranjeros en derecho internacional* in *El derecho internacional: normas hechos y valores. Liber amicorum José Antonio Pasor Ridruejo*, Madrid, 2005, p. 135 ss.

¹⁷ UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 15: The Position of Aliens Under the Covenant, 11 April 1986, available at <https://www.refworld.org/docid/45139acfc.html> [accessed 28 February 2023].

¹⁸ Adopted by General Assembly resolution 40/144 of 13 December 1985. A/RES/40/144. For more information R. HIGGINS, *The Right in International Law of an Individual to Enter, Stay in and Leave a Country* in *International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944-)*, 1973, p. 341 ss., available at <https://doi.org/10.2307/2616836> [accessed 4 March 2023].

¹⁹ «1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health. 2. The steps to be taken by the States Parties to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include those necessary for: (a) The provision for the reduction of the stillbirth-rate and of infant mortality and for the healthy development of the child; (b) The improvement of all aspects of environmental and industrial hygiene; (c) The prevention, treatment and control of epidemic, endemic, occupational and other diseases; (d) The creation of conditions which would assure to all medical service and medical attention in the event of sickness». United Nations, *Treaty Series*, vol. 993, p. 3; depositary notification C.N.781.2001.TREATIES-6 of 5 October 2001, available at https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&clang=_en [accessed 4 March 2023].

Discrimination in its General Recommendation No. 30 of October 1, 2004, entitled *Discrimination against non-citizens*²⁰.

Insofar as hot returns have given rise to indiscriminate and collective expulsions, they can be held to be contrary to the basic standards of human rights protection in Europe. For example, this practice entails a violation of the provisions of Article 19 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union²¹, which prohibits such expulsions by establishing in Item 2: «No one may be removed, expelled or extradited to a State where there is a serious risk that he or she would be subjected to the death penalty, torture or other inhuman or degrading treatment or punishment». As stated in Article 52 of the Charter, any limitation on the exercise of the rights and freedoms recognized therein must be established by law, respecting the principle of proportionality²².

We find a similar situation within the Council of Europe, where, in our opinion, this type of action is difficult to fit into the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR)²³. The immediate expulsion of immigrants intercepted at the border may be in violation of Article 4²⁴ of Additional Protocol IV of September 16, 1963 of the ECHR²⁵ if not done on an individualized basis and with due respect for human dignity. This article prohibits the expulsion of persons without first examining their situation individually in order to determine whether they are seeking international protection. In this regard, Resolution 2299 (2019), Parliamentary Assembly, Pushback policies and practice in Council of Europe Member States, provides clarification by establishing the following:

«The Parliamentary Assembly is concerned about the persistent and increasing practice and policies of pushbacks, which are in clear violation of the rights of asylum seekers and refugees, including the right to asylum and the right to protection against refoulement, which are at the core of international refugee and human rights law. In view of the gravity of the human rights violations involved, the Assembly urges member States to provide adequate protection to asylum seekers, refugees and migrants arriving at their borders, and thus to

²⁰ UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), CERD General Recommendation XXX on Discrimination Against Non-Citizens, 5 August 2004, available at <https://www.refworld.org/docid/45139e084.html> [accessed 4 March 2023].

²¹ Official Journal of the European Union C 202, 7 June 2016, p. 389–405.

²² Article 52 Scope of guaranteed rights «1. Any limitation on the exercise of the rights and freedoms recognised by this Charter must be provided for by law and respect the essence of those rights and freedoms. Subject to the principle of proportionality, limitations may be made only if they are necessary and genuinely meet objectives of general interest recognised by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others. 2. Rights recognised by this Charter which are based on the Community Treaties or the Treaty on European Union shall be exercised under the conditions and within the limits defined by those Treaties. 3. In so far as this Charter contains rights, which correspond to rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention. This provision shall not prevent Union law providing more extensive protection». Official Journal of the European Union C 202, 7 June 2016, p. 389–405.

²³ Council of Europe, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols No. 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5, available at <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3b04.html> [accessed 28 February 2023]

²⁴ Article 4 – Prohibition of collective expulsion of aliens «Collective expulsion of aliens is prohibited».

²⁵ Council of Europe, Protocol 4 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain Rights and Freedoms other than those already included in the Convention and in the First Protocol thereto, 16 September 1963, ETS 46, available at <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3780.html> [accessed 28 February 2023]

refrain from any pushbacks, to allow for independent monitoring and to fully investigate all allegations of pushbacks»²⁶.

Insofar as the immigrants intercepted at the border have been immediately returned to Morocco, the question arises as to whether this practice is in violation of Article 3 of the ECHR²⁷ and whether the neighboring country can be considered a “safe place” for the purposes of the international standard. In this regard, we should bear in mind that the European Court of Human Rights (ECtHR) has already recognized in its judgment of 7 July 1989 (Case *Soering v. United Kingdom*)²⁸ that the decision to extradite may raise problems under Article 3 of the Convention «(...) where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if extradited, faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the requesting country». Morocco has ratified the International Bill of Human Rights²⁹, as well as a whole set of international instruments related to the protection of human rights and international humanitarian law, such as the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees and its Protocol of January 31, 1967³⁰. However, this country has been much criticized for its repeated failures to comply with international human rights standards and for the existing gaps in its legal system regarding international protection. Neither Royal Decree 2-57-1256 of August 29, 1957, laying down provisions for the application of the 1951 Geneva Convention³¹, nor *Dahir* No. 1-03-196 (November 11, 2003) promulgating Law No. 02-03 on the entry and stay of foreigners in the Kingdom of Morocco, regulate aspects relating to the asylum application procedure or the manner in which such applications must be submitted³².

²⁶ Resolution 2299 (2019). Pushback policies and practice in Council of Europe member States. Assembly debate on 28 June 2019 (27th Sitting) (Doc. 14909, report of the Committee on Migration, Refugees and Displaced Persons, rapporteur: Ms Tineke Strik). Text adopted by the Assembly on 28 June 2019 (27th Sitting) <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=28074> [accessed 28 February 2023]

²⁷ Article 3: “Prohibition of torture No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment”.

²⁸ *Soering v United Kingdom* is a landmark judgment of the ECtHR which established that extradition of a German national to the United States to face charges of capital murder violated Article 3 of the ECHR guaranteeing the right against inhuman and degrading treatment. In addition to the precedence established by the judgment, the judgment specifically resulted in the United States committing to not seek the death penalty against the German national involved in the case, and he was eventually extradited to the United States. ECtHR, 7 July 1989, application No 14038/88, *Soering v United Kingdom*, CE: ECHR:1989:0707JUD001403888, § 113, available at <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57619%22%5D%7D> [accessed 28 February 2023]

²⁹ The International Bill of Human Rights was the name given to UN General Assembly Resolution 217 (III) and two international treaties established by the United Nations. It consists of the Universal Declaration of Human Rights (adopted in 1948), the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR, 1966) with its two Optional Protocols and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR, 1966). The two covenants entered into force in 1976, after a sufficient number of countries had ratified them.

³⁰ United Nations, *Treaty Series*, vol. 606, p. 267.

³¹ National Legislative Bodies / National Authorities, Morocco: *Décret No 2-70-647, Modifiant le Décret No 67-1266 du 29 août 1987 fixant les modalités d'application de la convention relative au statut des réfugiés*, available at <https://www.refworld.org/docid/3ae6b4f04.html> [accessed 28 February 2023]

³² National Legislative Bodies / National Authorities, *Maroc Loi No 02-03 relative à l'entrée et du séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières*, 11 November 2003, available at <https://www.refworld.org/docid/3ae6b4ed5c.html> [accessed 28 February 2023]. For more information see

Of particular concern in this regard are the material difficulties encountered by potential applicants for international protection on Moroccan territory. Proof of this is the high number of people who have put their lives at risk to apply for international protection in Spain in accordance with article 38 of Law 12/2009 of October 30, 2009, regulating the right to asylum and subsidiary protection³³. This circumstance has led the Spanish Ombudsman to recommend to the Government, the adoption «(...) of the necessary measures to strengthen the material and human resources of the Embassy and consulates in Morocco, in order to ensure that people in need of international protection can access visa procedures to seek asylum in Spain, without having to risk their lives or use irregular routes of entry»³⁴.

3. *The controversial legal framework of “hot returns” in the Spanish legal system*

In accordance with Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code)³⁵ is carried out through two different activities: checks and surveillance. The former is the usual instrument used by the Member States to channel the “regular” entry of persons into the Schengen Area through border crossing points set up to this end, whereas the latter is intended to prevent persons from circumventing border checks or, in other words, from entering the Schengen Area irregularly. Concerning the checks, if the nationals of third countries do not meet the requirements of the current regulations, their entry will be refused. In the case of Spain, the procedure for refusal of entry and the consequent “return procedure” abide by Articles 26³⁶ OL 4/2000

AMNISTÍA INTERNACIONAL (ed), *España y Marruecos. Falla la protección de los derechos de las personas migrantes: Ceuta y Melilla un año después*, Octubre 2006, p. 13.

³³ Spanish Official Gazette (*Boletín Oficial del Estado*) No 263, 31 October 2009. Law amended by Law 2/2014 of 25 March 2014 (Spanish Official Gazette No 74, 26 March 2014). For more information see A. SÁNCHEZ LEGIDO, *Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular. A propósito de la nueva ley de asilo*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2009, p. 21 y ss.

³⁴ Resolution of the Spanish Ombudsman of October 14, 2022), available at <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/actuaciones-y-medidas-de-los-cuerpos-y-fuerzas-de-seguridad-del-estado-en-melilla/> [accessed 28 February 2023]

³⁵ Official Journal of the European Union L 77, 23 March 2016.

³⁶ Article 26. From the departure of Spain: «1. The exits of the Spanish territory may be carried out freely, except in the cases provided for in the Penal Code and in this Law. 2. Exceptionally, the Minister of the Interior may prohibit the departure of the Spanish territory for reasons of national security or public health. The instruction and resolution of the prohibition files shall always be of an individual nature. 3. The output will be mandatory in the following assumptions: (a) Expulsion of Spanish territory by court order, in the cases provided for in the Criminal Code b) Expulsion or return agreed upon by administrative resolution in the cases provided for in this Law (c) Administrative refusal of applications made abroad to continue to remain on Spanish territory, unless the application has been made under Article 29.3».

and Article 15 RDOLF³⁷. Its execution is detailed in Article 56.1 OL 4/2000³⁸, which provides that foreigners who are refused entry at the border will be obliged to return to their point of origin³⁹. That is, to the country or territory from which they have entered Spain and not their country of origin. Specifically, Article 15.5⁴⁰ and 18⁴¹ RDOLF provide that, in case of refusal of entry, the carrier shall be responsible for the return of the foreigner to the State from which he/she was transported. If this is not possible, the governmental authority must refer the matter to the competent judge to determine the place where the foreigner must be detained until the time of his/her return.

For decades and, in particular, during the recent migration crisis, the usual channel used by irregular migrants coming from sub-Saharan Africa to enter European territory has not been through the border posts set up to that end, but by crossing through any section along its land or sea borders. It is in these cases of irregular entry that border surveillance activity comes into play, the purpose of which, as we have already noted, is to prevent unauthorized border crossings and to take measures against persons who have crossed the border illegally. In the case of Spain, until the Special Regime for Ceuta and Melilla (tenth additional provision OL 4/2000) came into force, the only measure provided by the legal system against unauthorized border crossings was the refoulement procedure⁴², the purpose

³⁷ M. MARTÍNEZ ESCAMILLA; J. M. SÁNCHEZ TOMÁS; J. L. SEGOVIA BERNABÉ; J. L. DÍEZ RIPOLLÉS; E. GARCÍA ESPAÑA; E. GIMBERNAT ORDEIG; J. GONZÁLEZ GARCÍA; E. PÉREZ ALONSO; M. PÉREZ MANZANO; P. PÉREZ TREMP; E. PÉREZ VERA; M. REVENGA SÁNCHEZ, F. REY MARTÍNEZ; J. C. RÍOS MARTÍN and I. VILLAVARDE MENÉNDEZ, *Informe jurídico "Rechazos en frontera": ¿Frontera sin derechos?, Análisis de la DA 10 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, introducida por la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana*, Madrid, 2015, p. 1 ss., available at <https://eprints.ucm.es/id/eprint/29379/1/Informe%20rechazo%20en%20frontera.pdf> [accessed 28 February 2023]

³⁸ Article 56.1 «Foreigners who are not allowed to enter the country at the border will be returned to their point of origin as soon as possible. The governmental authority that agrees on the return shall be directed to the Judge of Instruction if the return is to be delayed for more than seventy-two hours to determine the place where they are to be interned until the time of the return».

³⁹ In accordance with Article 58.2 of the Organic Law 4/2000 of 11 January, «A case of expulsion shall not need to be filed for the repatriation of foreigners in the following cases: a) Those who, having been expelled, contravene the prohibition of entry into Spain. b) Those who attempt to enter the country illegally».

⁴⁰ 15.5. RDOLF «Likewise, the company or carrier will immediately take over from the foreigner who has been denied entry and will be aware of all the expenses arising from the transportation for its return to the State from the which has been transported, to which you have issued the travel document with which you have traveled abroad or to any other where your admission is guaranteed. The above shall apply without prejudice to the fact that the return may be carried out by the same company or by another transport undertaking».

⁴¹ Article 18 RDOLF. Obligations of carriers in case of refusal of entry. «1. If the entry into the Spanish territory of a foreigner is refused due to deficiencies in the documentation necessary for the crossing of borders, the carrier who would have brought it to the border by air, sea or land shall be obliged to charge immediately. At the request of the authorities responsible for the control of entry, he must take the third State from which he had transported him, to the State which issued the travel document with which he had traveled, or to any other third State where its admission and a treatment compatible with human rights are guaranteed. This same obligation must be borne by the carrier who has transferred to a transit abroad to a border of the Spanish territory if the carrier who is required to take it to his country of destination refuses to take it on board, or if the authorities of that country last country would have refused entry and returned it to the Spanish border for which it has transited».

⁴² Article 58 OL 4/2000. Effects of Expulsion and Repatriation: «1. All expulsions shall bear with them the prohibition of entry into Spanish territory for a minimum of three years and a maximum of ten. 2. A case of expulsion shall not need to be filed for the repatriation of foreigners in the following cases: a) Those who, having been expelled, contravene the prohibition of entry into Spain. b) Those who attempt to enter the country illegally. 3. In the case that a request for asylum has been submitted for persons in any of the cases mentioned

of which is to expel from Spanish territory those persons who, having entered the country by unauthorized means, have been «intercepted at the border or in its vicinity»⁴³.

Under Spanish law, when executing the return order, the administrative authority must determine within 72 hours (or during the time of detention) the country of origin of the foreigner. This circumstance implies a greater delay in the procedure, since it is more complicated to determine the country of origin of the immigrant than the country through which he/she entered Spanish territory irregularly. Given that the maximum period of detention is sixty days⁴⁴, when the return order cannot be executed (for example, due to the impossibility of determining the nationality of the foreigner), said person is released with a mandatory order to leave the country, although his or her status is still irregular. The result is the existence of a considerable number of persons in Spain of whom there is no record and, on top of that, who can move freely to other States within the Schengen Area.

Faced with this legal scenario, the Spanish authorities have sought a quick solution to expel migrants trying to enter illegally through the borders of Ceuta and Melilla. It is known as “hot return”, in reference to the action of the police responsible for border control, consisting of forcing immigrants who irregularly cross the land or sea border to return to the place through which they entered the country. This has been a common *de facto* practice of the State security forces and corps prior to its regularization by the Spanish legislator. Positive proof of this are the testimonies of the civil guard agents in the media and in courts of law during the investigations launched in 2014 after the death of 15 people on the beach of Tarajal, drowned while trying to swim over the dike separating Morocco from the autonomous city of Ceuta. As a result of these deaths⁴⁵, the Court of First Instance and Instruction No. 6 of Ceuta charged 16 civil guard officers with the alleged commission of

in the preceding paragraph, their repatriation may not be effected until the inadmissibility of the request has been decided, in conformity with asylum regulations. Neither may pregnant women be repatriated when the measure might present a risk to the pregnancy or to the health of the mother. 4. Repatriation shall be decided upon by the governmental authorities competent for the expulsion. 5. Repatriation decided upon in the application of letter a) of paragraph 2, shall bear with it the re-initiation of the calculation of the period of prohibited entry established in the violated expulsion order. Likewise, in this case, when the repatriation cannot be executed within a period of seventy-two hours, the governmental authorities shall request from judicial authorities the measure of internment provided for in cases of expulsion».

⁴³ Article 23.1.b) RDOLF.

⁴⁴ Article 246 RDOLF «Execution of the resolution in the expulsion procedure: (...) 3. After the expiry of that period without the alien having left the national territory, the police officers responsible for foreign nationals shall be detained and led to the place of departure for which they are to become effective. removal. If the expulsion could not be executed within seventy-two hours from the time of the arrest, the instructor or the person responsible for the foreign unit of the National Police Corps before the arrest may request from the judicial authority the entry of the foreigner into the detention centers established for this purpose. The period of detention shall be maintained for the time required to carry out the expulsion, which shall not be prolonged in any case beyond sixty days, or until it is established that it is not possible to execute it within that period. A new internment may not be agreed on the basis of the same expulsion file».

⁴⁵ The border between Ceuta and Morocco is effectively the EU's external border and heavily fortified, with a strong presence of the Spanish Guardia Civil, military police charged with police duties. Early morning on February, 6, 2014, about 200 sub-Saharan migrants tried to enter Ceuta, located at the African side of the straits of Gibraltar, by swimming the small distance from Morocco to Spanish territory. This morning the migrants were met by the military police using anti-riot equipment against them in the water such as tear gas canisters and rubber bullets. According to official figures the shooting left 15 people dead, in both Spanish and Moroccan's waters. Some managed to make it to the Spanish shore but were returned to Morocco. For more information T. ACOSTA PENCO, *La vigilancia de las fronteras marítimas de la Unión Europea. Derechos humanos y abuso de derecho*, Madrid, 2023.

the crimes of reckless homicide and injuries⁴⁶, thus opening a long legal process that came to an end when the Supreme Court closed the case in 2022⁴⁷. It is worth mentioning that, by that date, the reform of the OL 4/2000, endorsed by the Grand Chamber of the ECtHR and the Spanish TC, had already materialized.

Both before the reform introduced by the tenth additional provision and since, many people have criticized the practice of rejection at the border, considering that it has no legal grounds in the Spanish legal system. Precisely in response to this criticism and to avoid legal action, the legislator introduced an additional provision (the tenth) in the OL 4/2000, through the Final Provision of a new Law, Organic Law 4/2015 of 30 March 2015 on the protection of citizen security (OLCS). Said provision introduces a special regime for border control in the cities of Ceuta and Melilla, stating literally that:

«1. Foreigners who are detected on the border line of the territorial demarcation of Ceuta or Melilla while trying to overcome the border containment elements to cross the border irregularly may be rejected in order to prevent their illegal entry into Spain. 2. In any case, the rejection will be made in compliance with international human rights and international protection regulations to which Spain is a party. 3. Applications for international protection shall be formalized in the places authorized for this purpose at border crossings and shall be processed in accordance with the provisions of international protection regulations»⁴⁸.

Despite the recent pronouncements of the Spanish CC and the ECtHR endorsing the legitimacy of this new legal regime, we believe that this provision does not provide a plausible solution to the serious problem of migration crises at the border, nor is it compatible with the standard minimum rules for the protection of the human rights of foreigners required by international law. In fact, the creation of the figure of “rejection at the border” falls into none of the legal categories provided for in the immigration laws (refusal of entry, expulsion and refoulement), which are otherwise subject to a major system of guarantees. *Refusal of entry* is the administrative decision to deny access to the national territory to a foreigner when he/she fails to meet the requirements established by law. Since it is an administrative decision, it is necessarily subject to a procedural safeguard⁴⁹: those affected receive a resolution with information about the motions they can file and the deadlines they must meet to that effect. *Expulsion* is also an administrative decision, although, unlike the

⁴⁶ PODER JUDICIAL, *Una juez de Ceuta continua el procedimiento contra 16 guardias civiles por la muerte de 15 migrantes en el Tarajal en el 2014*, available at https://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=146bc4420b76d610VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextchannel=05bc3da6cbe0a210VgnVCM10000cb34e20aRCRD&vgnnextfmt=default&vgnnextlocale=en&lang_chosen=en [accessed 28 February 2023].

⁴⁷ Spanish Supreme Court (*Tribunal Supremo*), Judgement 27 May 2022, case 2095/2022. ECLI:ES:TS:2022:2095, available at <https://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/10001769/dinamica%20del%20proceso%20penal/20220610> [accessed 28 February 2023].

⁴⁸ Spanish Official Gazette (*Boletín Oficial del Estado*) No 77, 31 March 2015.

⁴⁹ Article 26 OL 4/2000 «1. Foreign nationals who have been expelled shall not be allowed to enter Spain, nor to obtain a visa for this purpose, as long as the prohibition of entry lasts, nor 14 shall those whose entry has been prohibited by some other legally established cause or under international Conventions in which Spain forms part. 2. To foreign nationals not in compliance with the entry requirements established, entry shall be denied by means of a justified resolution, with information as to the resources which can be used for its appeal, the time limit for doing so and the authority to which such an appeal must be made, as well as the foreign national's right to legal assistance, which may be ex officio, and to an interpreter, which will commence from the moment of effecting the action at the border post».

previous one, it is of a punitive nature, since it is made in the event of infringement of a rule. Article 49 a)⁵⁰ of the OL 4/2000 considers as a serious infraction of the law the fact that a foreigner is staying or residing in Spanish territory without authorization and, therefore, said foreigner is punished (by expulsion) in accordance with the provisions of Article 53 of the OL 4/2000⁵¹. This administrative decision is also subject to certain procedural safeguards, such as the processing of an administrative file or the necessary motivation of the sanctioning resolution.

In light of the above, it is safe to say that the figure “rejection at the border” falls into none of the aforementioned legal categories, nor does it seem to fit into the legal category of “refoulement”. In this case, pursuant OL 4/2000, a prior expulsion proceeding is not necessary for the return of foreigners who intend to enter the country illegally. Despite the fact that the return does not require a prior administrative proceeding, we cannot ignore that it is an “administrative decision” and, therefore, guarantees are in order. Actually, Article 23.2 RDOLF⁵² provides that the State security forces and corps must take the intercepted foreigners as soon as possible to the precinct of the National Police to proceed with their identification and, if necessary, their return. All throughout this process, the foreigner will have the right to legal counsel and to an interpreter in accordance with Article 23.3 RDOLF⁵³.

In view of the above, the category of “rejection at the border” can be said to be a new legal construction, exogenous to the system of guarantees established by the OL 4/2000⁵⁴. The wording of this additional provision is clearly an *ad hoc* response to the practice undertaken by the Civil Guard. Suffice it to review two important interpretative references of the aforesaid provision to delimit the scope of this new legal figure, specifically the expressions “border containment elements” and “rejected in order to prevent their illegal entry into Spain”. From these references, we can interpret that *rejection at the border* refers to the expulsion by the agents from structures of an invariable nature located at the border and used to prevent access to Spanish territory. If we add this to the expression *borderline of the territorial demarcation of Ceuta and Melilla*, we may conclude that this new procedure (rejection at the border) could only be applied to the land border and not to the sea border.

⁵⁰ Article 49 OL 4/2000 Serious infringements. «These are serious violations:(a) To be irregularly found on Spanish territory, for not having obtained or having expired for more than three months the extension of stay, the authorization of residence or similar documents, when they are enforceable, and provided that the The person concerned has not requested the renewal of the same in that period».

⁵¹ Article 53 OL 4/2000 Expulsion from the territory «1. Where the offenders are foreign nationals and carry out the conduct of the typified as very serious, or serious conduct as referred to in paragraphs (d), (e) and (g) of Article 50 of this Law, it may be applied instead of the fine expulsion from the Spanish territory, subject to the processing of the relevant administrative file»

⁵² Article 23 RDOLF «2. In the case of paragraph (b. Foreigners who intend to enter the country irregularly. Foreign nationals who are intercepted at or near the border shall be considered to be included for this purpose) of the previous paragraph, the State Security Forces and Bodies in charge of the custody of coasts and borders which have intercepted foreign nationals seeking to enter Spain irregularly will lead them to as soon as possible to the appropriate police station, so that they can be identified and, where appropriate, returned to them».

⁵³ Article 23.3 RDOLF «In any of the cases referred to in paragraph 1, a foreigner in respect of which proceedings are followed for the adoption of a return decision shall be entitled to legal assistance, as well as to the assistance of an interpreter, if he does not understand or speak official languages to be used. Both assists shall be free in the event that the person concerned lacks sufficient economic resources, in accordance with the provisions of the rules governing the right of free legal assistance».

⁵⁴ M. MARTINEZ ESCAMILLA; J. M. SANCHEZ TOMAS, *Informe jurídico*, cit.

4. *The purported legal basis for border rejection before the reform: a critical analysis under international law*

Prior to the subsequent regularization of “hot returns”, the Spanish Ministry of the Interior attempted to justify this controversial practice based on two lines of argument: one conceptual and the other substantive⁵⁵. With regard to the former, the Spanish authorities claimed that handing over irregular immigrants intercepted at the border did not imply an “expulsion”, but rather a refusal of entry into national territory through an unauthorized post. The rationale of this line of argument is based on a supposed “operational concept of border” upheld by the Ministry of the Interior in a report submitted to the Congress of Deputies in 2014, in which he argued that the Spanish territory begins at the inner fence of the cities of Ceuta and Melilla. This reasoning has its grounds on the Border Control Action Protocol of the Civil Guard of February 26, 2014⁵⁶, which states:

«With this system of fences, there is an objective need to determine when unlawful entry has failed and when it has taken place. This requires defining the line that delimits the national territory, for the sole purpose of the rules governing aliens, a line that takes the physical form of the fence in question. Hence, where attempts by migrants to cross this line unlawfully are contained and repelled by the law-enforcement agencies responsible for controlling the border, no actual unlawful entry is deemed to have taken place. Entry is deemed to have been affected only where a migrant has penetrated beyond the inner fence referred to, thus entering the national territory and coming within the scope of the rules governing aliens...»⁵⁷.

By the logic of this protocol, when immigrants are contained and rejected at the border by the security forces, there is no entry whatsoever (legal or otherwise) and, therefore, the system of guarantees established by Spanish law is not applicable. We disagree with this argument because, as the doctrine recognizes, the inner fence of the cities of Ceuta and Melilla is built on the national territory in accordance with the border agreements signed throughout the nineteenth century between Spain and the pre-sovereign entity of Morocco, of which the Treaty of Tetuan of August 24 1859, or the Treaty of Wad-Ras, signed on April 26, 1860, stand out⁵⁸.

This reasoning also seems contrary to the interpretation that both the United Nations Human Rights Committee and the ECtHR make of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), as well as of the ECHR⁵⁹. The Committee has maintained an extensive (broad) interpretation of the application of Article 2.1 of the ICCPR since the case

⁵⁵ ABC, *Marlaska mantiene el recurso de Rajoy a favor de las devoluciones en caliente*, 4 August 2018, available at https://www.abc.es/espana/abci-marlaska-mantiene-recurso-rajoy-favor-devoluciones-caliente-201808041630_noticia.html [accessed 28 February 2023].

⁵⁶ DIRECCIÓN OPERATIVA ADJUNTA DE LA GUARDIA CIVIL, *Informe de la Guardia Civil de 8 de febrero de 2014, sobre los hechos de la playa de El Tarajal*, Madrid, 2014.

⁵⁷ ECtHR, Court (Grand Chamber) 13 February 2020, Applications Nos. 8675/15 and 8697/15, *Case of N.D. and N.T. v. Spain*, available at <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-201353> [accessed 28 February 2023].

⁵⁸ For more information about border agreements signed between Spain and Morocco M.A. ACOSTA SÁNCHEZ, *Las fronteras terrestres de España en Melilla: delimitación, vallas fronterizas y tierra de nadie*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2014, p. 1 ss.

⁵⁹ For more information see P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *El alcance de las obligaciones del CEDH* in J. GARCÍA ROCA, P. SANTOLAYA (coord.) *La Europa de los Derechos*, Madrid, 2014, p. 50 ss.

*Delia Saldías de López (López Burgos) v. Uruguay*⁶⁰, rejecting a limited interpretation of the responsibility of the State for violations of rights attributable to it outside its territory. This interpretation found further support in the cases *Samuel Lichtensztein v. Uruguay* on 30 September 1980⁶¹ and *Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay* on July 29, 1981⁶². Likewise, in accordance with this line, the Committee has made a flexible and open interpretation of the aforesaid Article in its General Comment No. 31, which says that «States Parties are required by Article 2, paragraph 1, to respect and to ensure the Covenant rights to all persons who may be within their territory and to all persons subject to their jurisdiction. This means that a State party must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State Party, even if not situated within the territory of the State Party»⁶³.

A reading of this general comment makes it clear that the Committee has avoided a literal interpretation of Article 2.1 of the IPPC, by virtue of which the two conditions contained therein—protection within the territory and under jurisdiction—would be cumulative and therefore necessary. This is a progressive approach that also seems to be endorsed in other regional conventional texts, such as the ECHR. As Professor González Vega points out, unlike other conventional instruments, the European Convention considers rules about the spatial application of its provisions that facilitate the extraterritorial effectiveness of the guarantees established therein. In addition to expressly stating in Article 1 that «The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention», Article 56 provides for the possibility that the States Parties may extend the application of the rights recognized in the Convention «...to all or any of the territories for whose international relations it is responsible». Taking this into account, it could be argued that Article 1 of the ECHR has a wider scope than Article 2(1) of the ICCPR⁶⁴. In this connection, based on its interpretation of Article 1, the ECtHR claimed that every State is duty-bound to guarantee the rights and freedoms recognized by the ECHR to all persons (nationals or foreigners) who are under the control of its agents, whether inside or outside its territory. Therefore, based on this reasoning and regardless of the circumstances in which the expulsions of immigrants have taken (or still take) place, what is relevant is that the border guards act as public officials and are subject at all times to strict compliance with national law. The Court of First Instance, through Instruction No. 2 of Melilla, had already upheld this reasoning in a writ dated August

⁶⁰ *Delia Saldías de López v. Uruguay* (CCPR/C/13/D/52/1979), *Delia Saldías de López v. Uruguay* (CCPR/C/13/D/52/1979). UN Human Rights Committee (HRC), 29 July 1981, available at <https://www.refworld.org/cases,HRC,4028d4954.html> [accessed 28 February 2023].

⁶¹ *Samuel Lichtensztein v. Uruguay*, *Communication* No. 77/1980, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 at 102 (1990), available at <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/newscans/77-1980.html> [accessed 28 February 2023].

⁶² *Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay*, CCPR/C/13/D/56/1979, UN Human Rights Committee (HRC), 29 July 1981, available at <https://www.refworld.org/cases,HRC,4028af854.html> [accessed 28 February 2023].

⁶³ General Comment No. 31 [80] The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant Adopted on 29 March 2004 (2187th meeting. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13 26 May 2004.

⁶⁴ V. L. GUTIÉRREZ CASTILLO, *La aplicación extraterritorial del derecho internacional de los derechos humanos de ocupación beligerante*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2018, p. 31, available at <http://www.reci.org/index.php/revista/num36/articulos/aplicacion-extraterritorial-derecho-internacional-derechos-humanos-casos-ocupacion-beligerante> [accessed 28 February 2023].

11, 2015⁶⁵ in the case of the alleged crimes committed by the civil guard during the expulsions of a group of sub-Saharan Africans at the Melilla fence.

Another argument used by the Ministry of the Interior to justify the hot return has been to consider this practice a consequence of the application of the Agreement between Spain and the Kingdom of Morocco, relative to the movement of persons, transit and readmission of foreigners entering the country illegally signed in Madrid on 13 February 1992⁶⁶. We reject this argument for formal reasons pertaining to its coming into force and for substantive reasons related to the obligations arising therefrom. There is also the fact that this treaty did not formally come into force until its ratification by Morocco in 2012⁶⁷, having been applied until then in a provisional and intermittent manner and accounting for a low number of returns.

The reason for this result should not only be found in Morocco's failure to ratify the Agreement, but also in the continuous doubts raised by the Moroccan authorities about the place of origin of the immigrants to be repatriated and the difficulties of the Spanish authorities to determine the nationality of undocumented immigrants. For all of the above reasons, the rejection at the border by the Spanish agents can hardly be based on a treaty that was not in force at the time the expulsions took place. On the other hand, we should bear in mind that this agreement does not constitute a legal title that allows for an exception to the procedures established in the legislation on aliens with respect to the decision to hand over foreign citizens in an irregular situation. In fact, its purpose is none other than to determine the manner of handling an expelled person over to the Moroccan authorities once it is so decided in accordance with domestic legislation.

Insofar as these hot returns have not observed the protocols established in said agreement, they can hardly be considered a consequence of its application. The Spanish-Moroccan agreement provides for the admission by Morocco of the expelled foreigners upon receipt of the relevant request from their Spanish counterparts, which must be processed within a period not exceeding ten days from the entry of the foreigner into Spain. Article 3 of this agreement regulates exceptional cases of migrants who cannot be sent back to Morocco and involve, for example, requests of international protection⁶⁸. None of these deadlines or protocols have been observed during border rejections.

In line with the above, it would not be possible to argue that the rejection at the border is an exception admitted by international law, which has no legal provision whatsoever regarding the possibility of suspending the reception of asylum applications.

⁶⁵ *Auto del juzgado de Primera e Instancia e Instrucción No. 2 de Melilla, Diligencias Previas, Proc. Abreviado 0000866/2014*. For more information about see P. GARCÍA ANDRADE, *Devoluciones en caliente de ciudadanos extranjeros a Marruecos*, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2015-1, p. 214 ss.

⁶⁶ Spanish Official Gazette (*Boletín Oficial del Estado*) No 100, 25 April 1992.

⁶⁷ Ratified by Spain in 1992. Dossier Number (*número de expediente*) 110/000201. Official Gazette of General Courts (*Boletín General de las Cortes Generales*) No 269-3, de 29 October 1992: «El Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 29 de octubre, ha concedido la autorización solicitada por el Gobierno y prevista en el artículo 94.1 de la Constitución, para que el Estado pueda prestar el consentimiento para obligarse por medio del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992».

⁶⁸ Article 3 «There is no obligation of readmission: a) For nationals of third countries that have common borders with the requesting State; b) For foreigners who have been allowed to remain in the territory of the requesting State after their illegal entry; c) For foreigners who, at the time of entry into the territory of the requesting State, are in possession of a visa or a residence permit issued by the requesting State; or who have obtained from the same [requesting State] a visa or residence permit after their entry d) For those to whom the requesting State has recognized refugee status according to the Geneva Convention of 28th July 1951».

Neither does EU law, which only provides for the adoption of provisional measures related to the acceptance of foreigners if a Member State is faced with a «sudden influx of third-country nationals»⁶⁹. At any rate, these measures must be compatible with the respect and protection of the fundamental rights of foreigners, which clearly does not seem to have happened in these cases.⁷⁰

5. *Lights and shadows of the “conditional constitutionality” of rejection at the border in Spain under international law*

In response to the fierce criticism received from civil society, and in order to stem the opening of new judicial proceedings, the Spanish government amended the OL 4/2000 in March 2015 by introducing a new punitive regime for border control in the cities of Ceuta and Melilla, the so-called “rejection at the border”. With this euphemistic expression, the Spanish legislators intended to give legal coverage to the *hot returns*, and did it by implementing an unusual procedure. They amended the OL 4/2000 through the final provision of another law (Organic Law for the Protection of Citizen Security), which would be the subject of an appeal lodged before the Spanish Constitutional Court (SCC), namely Motion No. 2896-2015.

The appellants denounced the unconstitutionality of the new regime established at the borders of Ceuta and Melilla on grounds that it hinders the legal control required by Article 106⁷¹ of the SC and involves a violation of the right to effective judicial protection recognized in its Article 24.1⁷². Likewise, they considered that its application entailed the materialization of a procedure that disregards the constitutional principles of legality (Article

⁶⁹ Article 78.3 of the Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, see *Official Journal of the European Union* C 326, 26 October 2012, p. 47 ss.

⁷⁰ For more information see L. PERAL FERNÁNDEZ, *Límites jurídicos al discurso político sobre el control de flujos migratorios: non refoulement, protección en la región de origen y cierre de fronteras europeas*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2006, p. 1 ss.

⁷¹ Article 106. “1. The Courts control the power to issue regulations and to ensure that the rule of law prevails in administrative action, as well as to ensure that the latter is subordinated to the ends which justify it. 2. Private individuals shall, under the terms established by law, be entitled to compensation for any loss that they may suffer to their property or rights, except in cases of force majeure, whenever such loss is the result of the operation of public services”.

⁷² Article 24.1. “Every person has the right to obtain the effective protection of the Judges and the Courts in the exercise of his or her legitimate rights and interests, and in no case may he go undefended. 2. Likewise, all persons have the right of access to the ordinary judge predetermined by law; to the defense and assistance of a lawyer; to be informed of the charges brought against them; to a public trial without undue delays and with full guarantees; to the use of evidence appropriate to their defense; to not make self-incriminating statements; to not declare themselves guilty; and to be presumed innocent. The law shall determine the cases in which, for reasons of family relationship or professional secrecy, it shall not be compulsory to make statements regarding alleged criminal offenses”.

9.3 SC⁷³) and may jeopardize the physical and moral integrity (Article 15 SC⁷⁴) of the immigrants involved. In response to the appeal, the SCC issued Judgment 172/2020, of November 19, 2020, which obviously marks a watershed in the praxis of border management in Spain by recognizing the “conditional” constitutionality of the aforementioned regime⁷⁵.

Most of the SCC's legal arguments are intended to pass judgment on the unconstitutional character of the special border rejection regime with regard to the violation of Articles 9.3, 24.1 and 106 of the EC. However, before dwelling on the merits of the case, the magistrates took into account, as an interpretative parameter, the context of the amendment to the Law on Citizen Protection and Security. Thus, the TC addressed the issue of border rejection from a threefold perspective: a) the constitutional status of foreigners in Spain as a framework for interpretation (STC 236/2007 of November 7); b) the legal regime on forcible returns from Spanish territory in order to establish the legal nature of border rejection, and finally c) the interpretation of border rejection in accordance with the case law of the ECtHR. Based on this threefold perspective, the TC reiterates its doctrine on the closeness of agreement between human rights and fundamental rights, by virtue of which foreigners are entitled to a large part of the rights of Title I of the EC, including the right to asylum.

As to the evaluation of the legal regime of forced departures from Spanish territory as a prior step to determine the legal nature of the rejection at the border, the TC recalls that foreigners are not entitled to the freedom of entry laid down in Article 19 of the SC and regulated by Article 25 of the OL 4/2000⁷⁶. Likewise, with regard to the concept of border and the responsibility of the public authorities concerning the exercise of the rights and freedoms enshrined in the Constitution, the TC considered that the Spanish legislator is not at complete liberty to define just any concept of border, since such unrestricted power is in conflict with the aforementioned Article 9.3 SC. Therefore, the TC understands that what is relevant in these cases is the nature of the actions of the Spanish public authorities.

In the Court's opinion, the hot return (or rejection at the border) is a new regime that allows the practice of a "material action of surveillance" aimed at immediately restoring the transgressed legal order. We believe this qualification is reprehensible, because it strays from the legal guarantees that foreigners enjoy when faced with any given administrative decision. For the magistrates, the special and specific regime established by the rule is reasonable and can be justified by the very characteristics of the cities of Ceuta and Melilla, whose borders

⁷³ Article 9.3 SC «The Constitution guarantees the principle of legality, the hierarchy of legal provisions, the publicity of legal enactments, the nonretroactivity of punitive measures that are unfavorable to or restrict individual rights, the certainty that the rule of law will prevail, the accountability of the public authorities, and the prohibition against arbitrary action on the part of the latter».

⁷⁴ Art. 15 SC «Everyone has the right to life and to physical and moral integrity and may under no circumstances be subjected to torture or to inhuman or degrading punishment or treatment. The death penalty is hereby abolished, except as provided by military criminal law in times of war».

⁷⁵ P. SOLAR CALVO, *Devoluciones en caliente Análisis de la reciente STC desde una perspectiva europea*, in *Revista Aranzadi Unión Europea (Comentarios de Jurisprudencia)*, 2021, p. 1 ss. and S. CUADRÓN AMBITE, *Las devoluciones en caliente y el derecho a la defensa del extranjero en frontera: ¿quebrantamiento de un derecho fundamental?* in *Revista Española de Derecho Internacional*, 2021, p. 381 ss.

⁷⁶ Article 25 «1. The foreign national who wishes to enter Spain must do so through those border posts authorized for this purpose and be in possession of a passport or travel document which accredits his identity, and which is considered valid for this purpose under the international agreements subscribed to by Spain and not subject to any express prohibitions. In like manner, he must present appropriate documentation justifying the object and conditions of his stay, and prove means of support sufficient for the time he wishes to remain in Spain, or that he is in conditions to obtain such means (...).».

are part of the EU as recognized by the Grand Chamber of the ECHR in the case *N. D. and N. T. v. Spain* of February 13, 2020⁷⁷. However, the SCC makes the legality of this practice conditional on due respect to the rights and guarantees required by the Constitution. In this regard, it recalls in consideration 8, item c) of its Judgment that

«Rejection at the border», as conducted by Spanish authorities and public officials, is subject to strict compliance with the Constitution and the rest of the legal regulations, in addition to owing respect to [...] international human rights and international protection standards. The guarantees provided in our legal system are applicable to the foreign person being rejected while in the containment structures placed in Spanish territory as part of the border security system»⁷⁸.

In its ruling, the TC recalls that the right to asylum is particularly linked to the principle of “non-refoulement” which stands nowadays as a guarantee applicable to all legislation on aliens. For the TC, the new legal regime included in the OL 4/2000 does not void in any way the regime provided for in the legislation governing asylum-seeking applications. To justify its position, the TC relies, among other arguments, on the judgment of the Grand Chamber of the ECtHR in the case *N. D. and N. T. v. Spain* of February 13, 2020, in which the court departs from its own jurisprudence. In doing so, the TC seems to forget the provisions of Article 53 of the ECHR, by virtue of which none of its provisions shall be construed as limiting the rights and freedoms recognized in the legislation of the States Parties⁷⁹. This case had its origin in the claims filed by an Ivorian and a Malian who jumped over the Melilla fence in 2014 and were turned back immediately to Morocco. In a judgment of October 3, 2017, a Chamber of seven judges of the ECtHR found against Spain for violating Article 13 of the ECHR and Article 4 of Protocol No. 4 of the ECHR⁸⁰, stating the following:

«It has found above, in the context of Article 4 of Protocol No. 4, that the applicants were turned back immediately by the border authorities and had no access to an interpreter or to any official who could provide them with the minimum amount of information required with regard to the right to asylum and/or the relevant procedure for appealing against their expulsion. There is a clear link in the present case between the collective expulsion to which the applicants were subjected at the Melilla border fence and the fact that they were effectively prevented from having access to any domestic procedure satisfying the requirements of Article 13⁸¹ of the Convention»⁸².

⁷⁷ For more information see M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Las 'devoluciones en caliente' en el asunto N.D. y N.T. contra España (Sentencia de la Gran Sala TEDH de 13 de febrero de 2020)*, *Revista Española de Derecho Europeo*, 2021, p. 309-338; M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Las 'devoluciones en caliente' tras la sentencia de la Gran Sala TEDH, de 13 de febrero de 2020 (N.T. y N.D. vs España)*, *Revista Jueces para la Democracia: Información y Debate*, 2020, p. 61 ss.

⁷⁸ *Spanish Official Gazette (Boletín Oficial del Estado) No 332, 22 December 2020*.

⁷⁹ Article 53 ECHR. Safeguard for existing human rights. ‘Nothing in this Convention shall be construed as limiting or derogating from any of the human rights and fundamental freedoms which may be ensured under the laws of any High Contracting Party or under any other agreement to which it is a party.

⁸⁰ Article 4 Protocol No. 4 of the ECHR. Prohibition of collective expulsion of aliens. «Collective expulsion of aliens is prohibited».

⁸¹ Article 13 ECHR: «Right to an effective remedy Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity».

⁸² ECtHR, 3 October 2017, *Applications* No 8675/15 y 8697/15, *Case of N.D. and N.T. v. Spain*, available at <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177683> [accessed 4 March 2023]. For more information see J.M. SÁNCHEZ TOMÁS, *Las devoluciones en caliente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y NT vs España, de 03.10.2017)* in *Revista Española de Derecho Europeo*, 2018, p. 101 ss.

This reasoning would be rejected by Spain on grounds that the aforementioned judgment affected the effectiveness of its fight against illegal immigration in the cities of Ceuta and Melilla and failed to recognize its competences in accordance with the Schengen regulations. For this reason, it would request that the case be referred to the Grand Chamber (GS) of the ECtHR, which, as we said, would change its position, affirming that:

«As it stated previously in examining the complaint under Article 4 of Protocol No. 4 (see paragraph 231 above), the Court considers that the applicants placed themselves in an unlawful situation by deliberately attempting to enter Spain by crossing the Melilla border protection structures on 13 August 2014 as part of a large group and at an unauthorized location. They thus chose not to use the existing legal procedures to enter Spanish territory lawfully, thereby failing to abide by the relevant provisions of the Schengen Borders Code regarding the crossing of the external borders of the Schengen Area (see paragraph 45 above) and the domestic legislation on the subject. In so far as the Court has found that the lack of an individualized procedure for their removal was the consequence of the applicants' own conduct in attempting to gain unauthorized entry at Melilla (see paragraph 231 above), it cannot hold the respondent State responsible for not making available there a legal remedy against that same removal»⁸³.

In the court's opinion, the immigrants rejected at the border were exposed to this situation, since they would have otherwise been able to enter peacefully and through the established legal channels: applying for a visa or requesting international protection in accordance with the legal procedures established by law and in the places provided for this purpose, such as the Beni Enzar border post or the diplomatic and consular representations of the countries of origin or transit. We disagree with this conclusion, in as much as it seems oblivious to the insurmountable material obstacles that prevent sub-Saharan immigrants from initiating asylum-seeking procedures, both in their countries of origin and in Morocco, the country of transit. Likewise, this conclusion seems to make the protection of the rights of foreigners conditional on the manners and ways in which they enter European territory, which is clearly reproachable.

For all these reasons, the judgment of the Grand Chamber of the ECHR has entailed a step backwards in terms of guaranteeing the rights of forcibly displaced persons, as it departs not from its own jurisprudence, but from the protective attitude maintained by other international bodies. Indeed, not only had the ECtHR condemned Spain for this matter in 2017; before, the Committee on the Rights of the Child had also done so following the summary expulsion of an unaccompanied minor who was trying to gain access through the Melilla fence⁸⁴. Furthermore, the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe himself, in his visits to Spain, has repeatedly recommended ending these practices.

6. Conclusions

⁸³ ECtHR, Court (Grand Chamber) 13 February 2020, Applications Nos. 8675/15 and 8697/15, *Case of N.D. and N.T. v. Spain*, available at <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-201353> [accessed 28 February 2023].

⁸⁴ A recent decision adopted by the United Nations (UN) Committee on the Rights of the Child regarding the case D.D. vs Spain of 12 February 2019 concerned pushback of a minor. The case concerned an unaccompanied minor originating from Mali who had been pushed back from Melilla to Morocco in December 2014, without being provided information on his rights and without being assisted by a lawyer or an interpreter. The Committee's decision thus clearly reaffirmed the rights of unaccompanied minors at Europe's borders and further condemned Spain for creating zones of exception at the border where basic rights are suspended.

For decades, the Spanish border guards have regularly used the so-called “hot returns” or “rejection at the border” of foreigners in an irregular situation. These behaviors were neither provided for in the Spanish legal system nor envisaged as a specific administrative sanction in the event of a possible violation of the OL 4/2000. In response to the strong criticism received and in order to avoid the opening of new legal proceedings, the Spanish government amended the OL 4/2000 in 2015 to introduce a new border control regime in Ceuta and Melilla, namely “rejection at the border”. This new category involves, by all accounts, a legal construction exogenous to the system of guarantees contained in the OL 4/2000. The very wording of this additional provision, which establishes a new control regime in Ceuta and Melilla, constitutes an ad hoc response of the legislator to the practice of the Civil Guard. Suffice it to review two important interpretative references of the aforementioned provision to reach this conclusion and to delimit the scope of this new figure: specifically, the expressions *border containment structures* and *rejected in order to prevent their illegal entry into Spain*. Based on these references, it is easy to understand that the category “rejection at the border” refers to an act of immediate refoulement carried out by the agents from structures of an invariable nature located at the border and used to prevent access to Spanish territory. If we add these expressions to the phrase *borderline of the geographical demarcation of Ceuta and Melilla*, we can conclude that this new procedure would only be applicable to the land border.

The ECHR guarantees neither the right to asylum *per se* nor that of access to forcibly displaced persons. Nevertheless, over the last decades, the ECtHR has interpreted some of the provisions of the Convention in such a way as to guarantee certain basic principles in matters of international protection, such as the principle of non-refoulement (Article 3 ECHR). For this reason, the judgment of the ECtHR on the case *N. D. and N. T. v. Spain* of February 13, 2020 entails, in our opinion, a step backwards in terms of guaranteeing the rights of forcibly displaced persons. With this judgment, the Grand Chamber has disregarded its own jurisprudence and made the effectiveness of the ECHR conditional on the manners and ways used by immigrants to enter European territory. We disagree with this reasoning, which we find reproachable in the light of international and regional legal framework of human rights. The truth is that, regardless of the manners and ways used to enter European territory (in a regular or irregular situation), all foreigners are entitled to a number of rights and freedoms that must be respected by the state authorities, irrespective of their conduct.

In November 2020, a ruling by the Spanish Constitutional Court, following the ECHR ruling on the ND and NT case (reference in question n. 4 of present questionnaire) decided on the constitutionality of pushbacks who try to enter Spanish territory by crossing the border fence in Spain’s North African exclave cities, Ceuta and Melilla. The ruling decided that the Law is not contrary to the Spanish Constitution, due to the fact that it contains reference to international obligations. In this sense, in accordance with the Spanish Constitution, the court ruled that pushbacks can be realized only if: a) applied to individual entries b) with full judicial control c) under compliance with international obligations. The Court made clear that provisions adopted must be carried out with the guarantees recognized for foreign persons by the international norms, agreements and treaties signed by Spain and comply in a real and effective way with international human rights standards that have to ensure full respect for the guarantees derived from the dignity of the person. Moreover, security forces must pay special attention to particularly vulnerable categories of people.

As far as the CC ruling is concerned, we believe that it should have declared these practices unconstitutional for being in violation of Articles 9.3, 15, 24 and 106 SC. We should bear in mind in this regard that the ECHR supposes a guarantee of “minimum rules” in the matter of human rights and, based on its Article 53, none of its provisions shall be construed as limiting the rights and freedoms recognized in the legislation of the States Parties. Therefore, the TC would not be obliged to adopt the new jurisprudential line of the ECtHR insofar as it may imply a limitation of the rights of foreigners. On the other hand, the fact that the CC has qualified the rejection at the border as a “material action” rather than an “administrative decision” is, in our opinion, seriously detrimental to the rule of law, since it would amount to deprive foreigners from the procedural guarantees inherent in any administrative decision. This legal qualification also seems to be in contradiction with the obligation of the Spanish State to respect its international commitments in the field of human rights and humanitarian law. Therefore, we believe that the implementation of the border control regime in Ceuta and Melilla calls into question the system of guarantees and protection of the fundamental rights of foreigners in national territory. Similarly, the aforementioned rulings establish a dangerous precedent that, if followed in future proceedings, will gradually pave the way for a total lack of protection of the most basic rights of immigrants in an irregular situation.

ABSTRACT: The special regime for border in Ceuta and Melilla: a critical analysis of the regularization of border rejection under international law

The purpose of our article is to provide a critical analysis, based on international law, of the special regime for border control in the cities of Ceuta and Melilla, as well as of the rulings handed down by the Spanish Constitutional Court and the European Court of Human Rights endorsing said regime. In this respect, we will review the main legal arguments maintained by the Spanish government and by both courts in order to justify them. The objective of our study will be, in short, to analyze the lights and shadows of this type of practice in relation to the protection of the rights of irregular migrants.



CARMEN MÁRQUEZ CARRASCO*

LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES EN SITUACIÓN DE CONFLICTO ARMADO: ÁMBITOS DE PROTECCIÓN EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La protección por el DIH de las personas migrantes en situación de conflicto armado: consideraciones generales. – 3. La protección de los migrantes por el DIH en los conflictos armados internacionales. – 3.1. Protección especial de los migrantes como personas protegidas en virtud de la IV Convención de Ginebra. – 3.2. Protección específica de los migrantes “refugiados” – 4. La protección de los migrantes por el DIH en los conflictos armados internos. – 5. La circulación y el desplazamiento de migrantes bajo las normas del DIH. – 5.1. En situación de conflicto armado internacional. – 5.2. En situación de conflicto armado no internacional. – 6. Conclusiones.

1. *Introducción*

Los conflictos armados que están ocurriendo en diversas partes del mundo causan dificultades inconmensurables a poblaciones enteras, lo que provoca que cada vez más personas huyan dentro de sus países o a través de las fronteras internacionales¹. Los datos de desplazamiento forzado de personas en el mundo para el año 2021 han ascendido a casi 90 millones de personas, como señala el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados².

Entre las personas desplazadas o en tránsito se encuentran los migrantes que han abandonado sus países de origen o de residencia habitual (ya sea por la fuerza o

* Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales - Universidad de Sevilla.

¹ El Comité Internacional de la Cruz Roja señala que actualmente existen más de 100 conflictos armados en todo el mundo, con un notable agravamiento de las situaciones presentes en Somalia, Etiopía, República Democrática del Congo, las comunidades del Sahel que incluyen a Malí, Níger, Burkina Faso y Mauritania, así como en Afganistán, Yemen, Siria, y el conflicto entre Rusia y Ucrania. Se puede consultar en <https://www.icrc.org/es/document/agravamiento-necesidades-humanitarias-zonas-conflicto-mundo-apartamirada>.

² Véase en <https://www.acnur.org/noticias/press/2022/6/62aa42164/acnur-las-cifras-de-desplazamiento-forzado-en-el-mundo-alcanzan-un-nuevo.html>.

voluntariamente)³. Actualmente, según los datos de la Organización Internacional de las Migraciones (OIM) existen 281 millones de migrantes internacionales⁴. Muchos de ellos pueden encontrarse posteriormente, ya sea a lo largo de las rutas migratorias ya sea como lugar de destino, atrapados en un tercer país que está sufriendo un conflicto armado. En estas situaciones, los migrantes, como el resto de la población civil, soportan grandes dificultades. Pueden verse afectados por las hostilidades, perder el contacto con sus familias, desaparecer o morir, a menudo sin constancia de su suerte o paradero. En tanto que extranjeros, tienden a tener vulnerabilidades adicionales, encuentran problemas para acceder a los servicios básicos o están sujetos a restricciones de libertad personal. También pueden correr el riesgo de ser devueltos a sus países de origen o a otros países.

Los conflictos armados son uno de los principales impulsores del desplazamiento forzado. El respeto del Derecho Internacional Humanitario (DIH) puede contribuir a prevenirlo y minimizarlo, aunque la función del DIH va más allá de su función preventiva. Para los migrantes atrapados en conflictos armados, el DIH proporciona una importante protección jurídica y ayuda a colmar las lagunas de protección y asistencia. Este tema ha sido objeto de recientes y estudios e informes auspiciados por el CICR, a los que damos seguimiento en el presente trabajo⁵.

Este artículo aborda cómo el Derecho Internacional Humanitario protege a las personas migrantes en situaciones de conflicto armado. Se acoge idéntica acepción de persona migrante a la referida por el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja⁶.

Aunque se hará referencia a otras ramas del Derecho Internacional Público, su análisis e interacción con el DIH no son objeto de este trabajo. En la primera parte, se examinará la protección por el DIH de las personas migrantes en situaciones de conflicto armado internacional con atención a las diferentes categorías en que pueden encuadrarse los migrantes conforme a las disposiciones aplicables. En la segunda parte, el análisis se centra en la protección por el DIH de las personas migrantes en situaciones de conflicto armado interno. En la tercera parte, se hará referencia a ciertas cuestiones que plantea la aplicación del DIH al desplazamiento y circulación de los migrantes, y que son de especial actualidad para la migración, en particular las relacionadas con el movimiento de migrantes a través de países en conflicto armado. Finalmente, se presentarán unas conclusiones finales.

2. *La protección por el DIH de las personas migrantes en situación de conflicto armado: consideraciones generales*

³ Para la Organización Internacional de las Migraciones (OIM), es complejo ofrecer datos sobre el recuento de los movimientos migratorios voluntarios aunque proporciona datos sobre tendencias globales en materia de movilidad y desplazamiento. Véase en <https://dtm.iom.int/>.

⁴ Véase en <https://worldmigrationreport.iom.int/wmr-2022-interactive/?lang=ES>.

⁵ H. OBREGÓN GIESEKEN, *The protection of migrants under international humanitarian law*, en *International Review of the Red Cross*, 2017, 99(I), p. 121 ss.; S. LE BIHAN, *Addressing the Protection and Assistance Needs of Migrants: The ICRC Approach to Migration*, en *International Review of the Red Cross*, 2017, 99(I), p. 99 ss.; ID., *Respuesta a las necesidades de los migrantes en materia de protección y asistencia: enfoque del CICR respect de la migración*, en https://international-review.icrc.org/sites/default/files/904-le_bihan.pdf.

⁶ Se entiende por migrante a “quien abandona su lugar de residencia habitual o huye de él (...) en búsqueda de oportunidades o perspectivas mejores y más seguras. La migración puede ser voluntaria o involuntaria, pero casi siempre es una combinación de decisiones y limitaciones”. Véase Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, *Política relativa a la migración*, 2009, disponible en www.ifrc.org/Global/Governance/Policies/migration-policy-sp.pdf/.

En Derecho Internacional no existe una definición generalmente aceptada del término “migrante”, aunque existen definiciones de figuras específicas, como la del “trabajador migrante”⁷. Diversas organizaciones definen a un migrante como “toda persona que se encuentre fuera de un Estado del que sea ciudadano o nacional o, en el caso de un apátrida, de su Estado de nacimiento o de su residencia habitual”⁸. El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja en su conjunto, utilizan una descripción amplia según lo dispuesto en la Política de Migración de la FICR, que abarca “a las personas que abandonan o huyen de su residencia habitual... para buscar oportunidades o perspectivas más seguras y mejores”⁹.

En este trabajo se considera a los migrantes, como una “categoría general” que incluye diferentes clases de personas vinculadas al desplazamiento. También se hará referencia a categorías jurídicas específicas, incluidos los refugiados y los apátridas, a la hora de examinar la protección especial a la que tienen derecho en virtud del DIH.

Cuando se aborda la protección de los migrantes en virtud del DIH, un punto de partida importante es que este cuerpo normativo no contiene normas específicas sobre la migración o sobre la protección de los migrantes como categoría de personas protegidas. Sin embargo, esto no significa que los migrantes queden fuera del ámbito del DIH o que sean desatendidos por éste. En tanto que personas civiles, los migrantes están cubiertos por las normas que proporcionan protección general a la población civil tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales. En los conflictos armados internacionales, los migrantes también están protegidos en su calidad de extranjeros en manos de una parte en el conflicto o de una potencia ocupante, siempre que entren en la categoría de “personas protegidas”¹⁰ y puedan gozar de protección como “refugiados”.

El Derecho Internacional Humanitario confiere protección a los migrantes en tanto que personas civiles, independientemente de su condición migratoria, y no se deben hacer distinciones adversas sobre la base de esa condición. En virtud de estas normas, se pueden hacer ciertas distinciones, por ejemplo, basadas en la nacionalidad. Dado que los migrantes pueden ser más vulnerables a la discriminación que los nacionales de un Estado debido a su origen, etnia, raza o nacionalidad, es importante examinar brevemente el principio de distinción no desfavorable en virtud del DIH, que se encuentra en muchas disposiciones específicas de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos adicionales¹¹. A diferencia de las disposiciones generales de no discriminación del Derecho Internacional de los Derechos

⁷ Véase en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de los trabajadores migrantes y sus familiares, en <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-rights-all-migrant-workers>.

⁸ Este es el caso del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en *Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales* (véase en <https://www.ohchr.org/es/migration>). La OIM también formula una definición en su “glosario sobre migraciones”.

⁹ Véase Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Política relativa a la migración, 2009, disponible en www.ifrc.org/Global/Governance/Policies/migration-policy-sp.pdf/.

¹⁰ Artículo 4 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 12 de agosto de 1949, (entró en vigor el 21 de octubre de 1950) (IV CG), y Protocolo adicional I (PAI), artículo 73. Véase en <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm>.

¹¹ Artículo 3 común; Convenio de Ginebra I, art. 12; Convenio de Ginebra II, art. 12; Convenio de Ginebra III (CG III), art. 16; CG IV, arts. 13, 27(3); PA I, artículos 9(1), 69(1), 70(1), 75(1); PA II, artículos 2(1), 4(1), 18(2).

Humanos, el DIH no exige expresamente la igualdad de trato para todas las personas¹².

En virtud del DIH, el principio de distinción no desfavorable prohíbe ciertas distinciones, al tiempo que permite – e incluso exige – en algunas circunstancias que las personas sean tratadas de manera diferente para garantizar un trato humano. Por ejemplo, el DIH contiene varias disposiciones que justifican la diferencia de trato basada en el estado de salud, la edad, el sexo o el rango de una persona.

Mientras tanto, las partes en conflictos armados internacionales y no internacionales están obligadas a tratar humanamente a los civiles y a las personas *fuera de combate* sin “distinción adversa” Las distinciones “adversas” prohibidas en virtud del DIH se basan en varios criterios no exhaustivos sobre cuya base se determina el alcance exacto del principio¹³. Este dependerá también de las personas cubiertas¹⁴. En virtud del DIH consuetudinario, están prohibidas las distinciones desfavorables basadas en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión o las convicciones, la opinión política o de otra índole, o el origen nacional o social, así como la nacionalidad, el nacimiento o cualquier otra condición, o cualquier otro criterio similar.

Aunque la “nacionalidad” no es la única base para una posible discriminación contra los migrantes, y a menudo puede estar arraigada más bien en el origen o la raza de un migrante y en el hecho de que puede estar en una situación irregular, la nacionalidad sigue siendo importante. Cuando no se disponga explícitamente en una norma, la nacionalidad debe interpretarse como un criterio inadmisibles para la distinción adversa en virtud del DIH, excepto cuando el DIH disponga expresamente otra cosa. Es importante señalar que, durante la Conferencia Diplomática, la nacionalidad no se consideró “implícitamente incluida” en el artículo 27 del IV Convenio de Ginebra (CG IV)¹⁵. Ello se debió a que las normas de la IV CG relativas a las “personas protegidas” permiten diferencias basadas en la nacionalidad de una persona, en particular en las medidas de control y seguridad que pueden ser necesarias como resultado de un conflicto armado internacional. No obstante, la obligación absoluta de trato humano contenida en el artículo 27, apartado 1, del IV CG existe con independencia del hecho de que el trato sea diferenciado. En virtud de los cuatro Convenios de Ginebra las Partes en conflicto deben tratar humanamente a todas las personas protegidas, independientemente de su nacionalidad. Sobre la base del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, la nacionalidad no figura explícitamente como criterio prohibido para la distinción desfavorable.

Ello se justifica en que el Estado tiene libertad para decidir si trata o no a los extranjeros involucrados en un conflicto armado no internacional de manera diferente a sus propios

¹² Los Convenios de Ginebra se basan en la protección de diferentes categorías de personas según su estatuto, incluidas las consideraciones de nacionalidad. Los Protocolos Adicionales también prevén la posibilidad de hacer ciertas distinciones basadas en la nacionalidad: véase, por ejemplo, PA I, art. 78(1); PA II, art. 17(2).

¹³ Los criterios previstos por los Convenios de Ginebra y los Protocolos adicionales en virtud de los cuales se prohíbe la distinción adversa no son exhaustivos, como puede verse en la redacción de las disposiciones pertinentes y los comentarios a estas disposiciones. Véase, por ejemplo, el art. 3 común (“o cualquier otro criterio similar”); IV CG IV, arts. 13 (“o sobre cualquier otro criterio similar”), 27 (“en particular”); PA I, artículos 9, 75 (“o en cualquier otro criterio similar”); PA II, art. 2 (“o en cualquier otro criterio similar”).

¹⁴ En los conflictos armados internacionales, la noción de “personas protegidas” bajo el DIH cubre una categoría especial de civiles que incluye personas “que, en un momento dado y de cualquier manera, se encuentran, en caso de conflicto u ocupación, en manos de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la que no sean nacionales”. Véase IV CG, art. 4.

¹⁵ Véase J. PICTET (ed.), *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Vol. 4: *Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, ICRC, Geneva, 1958 (ICRC Commentary on GC IV), p. 206.

nacionales. Aunque está justificado, este razonamiento no afecta al principio esencial de que todas las personas que no hayan participado o hayan dejado de participar en las hostilidades deben ser tratadas humanamente y sin distinciones desfavorables. Como se señala en el comentario actualizado de la I Convención de Ginebra, la nacionalidad debe “entenderse comprendida en el concepto de 'otros criterios similares' en virtud del artículo 3 común”¹⁶. Por último, los Protocolos adicionales se refieren al “origen nacional” como criterio inadmisibles para la distinción desfavorable¹⁷. Si bien este término se refiere al grupo étnico de una persona y no a su nacionalidad formal, la nacionalidad debe considerarse al menos como un “otro estatuto” o como un estatuto basado “en criterios similares” a los efectos del artículo 75 del Protocolo adicional I (PA I). Dado que los criterios prohibidos deben considerarse uniformes en ambos Protocolos adicionales, la nacionalidad debe ser tratada como un criterio inadmisibles en el sentido de dichos Protocolos¹⁸.

3. *La protección de los migrantes por el DIH en los conflictos armados internacionales*

En los conflictos armados internacionales, los migrantes gozan de protección, ante todo, en virtud de las normas generales del DIH que a la población civil. Además, si tienen la consideración de personas protegidas, también se benefician de las protecciones para los extranjeros en manos de una parte en conflicto o potencia ocupante. Asimismo, ciertos migrantes están específicamente protegidos como “refugiados”.

Al examinar quién es un refugiado a los efectos del DIH, es importante señalar que existen diferentes interpretaciones sobre el alcance de este término, dependiendo de las normas aplicables, y de lo que significa para su protección. En efecto, un migrante puede ser considerado refugiado en el sentido de los artículos 44 o 70, apartado 2, de la IV CG. Si está cubierto por el artículo 44, también sería una persona protegida en virtud de la IV CG.

Si a un migrante se le considera refugiado a los efectos del artículo 70, no entraría en la categoría de persona protegida (a menos que se aplique el Protocolo Adicional I y el individuo cumpla con los criterios para ser considerado refugiado). Por último, un migrante también puede ser refugiado en virtud del artículo 73 del Protocolo Adicional I, en cuyo caso sería una persona protegida a los efectos de la IV CG. Aunque el Protocolo Adicional I extiende el estatuto de persona protegida a todos aquellos considerados refugiados, aumentando así la protección, el término “refugiado” en este instrumento tiene un significado más limitado que en el IV Convenio de Ginebra.

3.1. *Protección general de los migrantes como parte de la población civil*

En los conflictos armados internacionales, la protección que el DIH brinda a los migrantes dependerá de si son civiles o combatientes. Los miembros de las fuerzas armadas (que no sean personal médico y capellanes) son considerados combatientes. Entran dentro de la categoría de civiles todas las personas que no son miembros de las fuerzas armadas de

¹⁶ Véase en <https://www.icrc.org/es/publication/convenio-del-convenio-de-ginebra-i-y-articulo-3>.

¹⁷ AP I, artículos 9, 75; PA II, artículos 2, 4.

¹⁸J. PEJIC, *No discriminación y conflictos armados*, en <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdpjk.htm>.

una parte en conflicto. Como se mencionó anteriormente, aunque algunos migrantes pueden ser considerados combatientes en algunas circunstancias, la mayoría son considerados civiles.

Varias normas del DIH que se aplican en los conflictos armados internacionales protegen a toda la población civil, independientemente de que una persona sea ciudadana de otro Estado, incluido el nacional de un Estado “enemigo” o de un Estado involucrado en un conflicto armado con el país en el que se encuentre la persona. Dado que estas normas se aplican a todos los civiles, independientemente de su nacionalidad, también se aplican a los migrantes. Los migrantes que tienen consideración de civiles en virtud del DIH están así protegidos contra los efectos de las hostilidades. Por ejemplo, están prohibidos los ataques indiscriminados y los ataques dirigidos contra civiles¹⁹. También está prohibido utilizar el hambre contra civiles como método de guerra²⁰. Las normas que protegen a los migrantes de los efectos de las hostilidades también contribuyen a prevenir y reducir al mínimo el desplazamiento de migrantes por motivos relacionados con el conflicto. Los civiles, incluidos los migrantes, están protegidos a menos que participen directamente en las hostilidades; sin embargo, incluso si participan, no pierden su condición de civiles, y pierden la protección contra los ataques solo durante el tiempo que continúen su participación²¹.

Como civiles, los migrantes están cubiertos por las normas generales sobre la protección de la población civil contenidas en la IV CG y en el PAI. La Parte II de la IV CG dispone que “toda la población de los países en conflicto” se extiende a todos los migrantes que no tienen estatus de combatiente o prisionero de guerra. Introduce medidas mínimas de protección para todos los civiles, independientemente de su nacionalidad, contra “los sufrimientos causados por la guerra”²².

En su caso, más allá de las normas generales que protegen a la población civil, los migrantes también están protegidos por las disposiciones relativas a las personas desaparecidas y muertas de la Parte II, sección III del PA I, así como las relativas al socorro en favor de la población civil y al trato de las personas que estén en poder de una parte en conflicto, que figuran en la Parte IV, secciones II y III del PA I, respectivamente. Es importante destacar que el Convenio IV y el PA I contienen normas sobre la reunión de familias dispersas y la búsqueda de personas desaparecidas y muertas. El Convenio IV y el PA I también incluyen disposiciones específicas que rigen la ayuda humanitaria, que regulan las condiciones para la prestación de asistencia humanitaria y exigen que las partes en el conflicto armado y todos los Estados interesados permitan y faciliten las operaciones de socorro a los civiles, con sujeción a su derecho de control.

Por último, el PA I contiene una serie de normas, en particular las garantías fundamentales contenidas en el artículo 75, que revisten especial importancia, ya que proporcionan una protección mínima a todos los migrantes que estén en poder de una parte en conflicto y no se beneficien de trato más favorable en virtud de los Convenios de Ginebra o del PA I. En la actualidad, el Fondo aprueba normas y principios del DIH relativos al trato de los civiles en manos del enemigo, que son fundamentales para la protección de los derechos humanos de los migrantes.

Si bien la mayoría de los migrantes son considerados civiles en virtud del DIH, pueden, dependiendo de su condición en virtud de los Convenios de Ginebra y el PAI, adquirir el estatuto de combatientes y, una vez en manos enemigas, disfrutar de protección como

¹⁹ PA I, artículos 51(2), 51(4)–(5).

²⁰ PAI, artículo 54.

²¹ Parte IV, Sección I, de la IV CG, especialmente artículos 48, 51, 57, 58.

²² IV GC IV, artículo 13.

prisioneros de guerra. Por ejemplo, los migrantes son considerados combatientes si son miembros de las fuerzas armadas de un Estado implicado en un conflicto armado internacional o miembros de otras milicias pertenecientes a una parte en conflicto que cumplen las condiciones establecidas en el artículo 4 del III Convenio de Ginebra (CG III). Como tales, una vez que caen en manos de un Estado parte en el conflicto armado internacional en el que están involucrados, tienen derecho al estatuto de prisioneros de guerra si cumplen las condiciones establecidas en el DIH²³.

3.2. Protección especial de los migrantes como personas protegidas en virtud de la IV Convención de Ginebra

En los conflictos armados internacionales, además de las normas generales relativas a la población civil, los migrantes pueden beneficiarse del régimen más detallado y protector que se encuentra en las Partes I y III de la IV CG si entran en la categoría de “personas protegidas”. Muchos migrantes, como extranjeros presentes en el territorio de una parte en conflicto o en territorio ocupado, serán personas protegidas si cumplen con el requisito del artículo 4. Sin embargo, algunos migrantes están excluidos: los nacionales del Estado bajo cuyas fuerzas estén detenidos; nacionales de un Estado co-beligerante o de un Estado neutral con relaciones diplomáticas normales (excepto en el caso de los territorios ocupados, cuando los nacionales de un Estado neutral son siempre personas protegidas); y las personas que gozan de protección en virtud de uno de los otros tres Convenios de Ginebra. De este modo, los criterios de nacionalidad del artículo 4 de la IV CG pueden excluir a algunos migrantes que, de hecho, no gozan de la protección de ningún Estado. Tal es el caso, por ejemplo, de los nacionales de una potencia ocupante que se encuentran en el territorio del Estado ocupado.

Ello ha suscitado dudas sobre la adecuación de la definición de “personas protegidas”. En este sentido se afirma que “todos los civiles que no deben lealtad a su Estado de nacionalidad ni reciben protección diplomática de su Estado de nacionalidad como “personas protegidas” en virtud del artículo 4 de la IV CG²⁴. El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) ha declarado que el factor crucial para determinar la protección no es el vínculo formal de la nacionalidad, sino más bien “la falta de lealtad a un Estado y de protección diplomática por parte de ese Estado”²⁵.

Con arreglo a la IV CG, las normas aplicables a las personas protegidas, incluidos los migrantes, dependen de la situación en la que se encuentren. Todos los migrantes protegidos son cubiertos por la sección I común a los territorios de las partes en conflicto y a los territorios ocupados. Tienen derecho al respeto de sus vidas, su dignidad, sus derechos familiares y sus convicciones políticas, religiosas y de otra índole. No deben ser sometidos a torturas, tratos crueles o degradantes ni castigos corporales, y deben estar protegidos contra

²³ Las personas que no cumplen los criterios para el privilegio de combatiente y el estatuto de prisionero de guerra según el DIH, y que no disfrutan de la protección del III CG, tienen derecho a la protección del IV CG si cumplen los criterios del artículo 4 del IV CG, sujeto a ciertas excepciones. Para un estudio general de la protección de los “combatientes no privilegiados”, véase J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, La pérdida de inmunidad de las personas civiles por su participación directa en las hostilidades, en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4173389.pdf>.

²⁴ E. SALMÓN GARATE, *Who Is a Protected Civilian?*, in A. CLAPHAM, P. GAETA, M. SASSÒLI (eds.), *The 1949 Geneva Conventions*, OUP, p. 1142 ss.

²⁵ ICTY, *The Prosecutor v. Duško Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Judgment (Appeals Chamber), 15 July 1999, paras 163 - 169.

todo acto de violencia o represalia. La sección II de la IV CG contempla protección adicional a los migrantes en el territorio de una parte en el conflicto. Es importante destacar que esta sección establece que si los migrantes permanecen en el país, ya sea por elección o debido a la detención, su situación seguirá estando regulada por las disposiciones relativas a los extranjeros en tiempo de paz. Esto incluye el Derecho interno, así como el DIDH y el Derecho Internacional de los refugiados, según corresponda. En cualquier caso, debe concederse a los migrantes una serie de derechos relacionados con sus condiciones de vida (por ejemplo, el derecho a recibir socorro individual o colectivo, atención médica en condiciones de igualdad con los nacionales, libertad de religión). Entre las disposiciones pertinentes de la sección II figuran las relativas a la circulación de migrantes, en particular el principio de *no devolución* y el derecho a abandonar el territorio. La sección II también regula las medidas de control y seguridad que pueden adoptarse contra las personas protegidas si se consideran “necesarias como resultado de la guerra”. Según el comentario de la IV CG, estas medidas pueden incluir restricciones a la libertad de circulación o a la residencia y el internamiento asignados, en el caso más extremo²⁶.

Los migrantes en territorios ocupados están protegidos además por las normas de la Sección III de la IV CG. Como punto de partida, la potencia ocupante debe respetar las leyes vigentes en el territorio ocupado antes de que comenzara la ocupación. En tanto que habitantes de los territorios ocupados, los migrantes están protegidos del comportamiento arbitrario de la potencia ocupante. Por ejemplo, las medidas de control deben ser necesarias por razones imperiosas de seguridad. Otras disposiciones pertinentes para la protección de los migrantes son las relativas a la circulación de personas protegidas, así como a los alimentos y suministros médicos, las medidas de socorro, la legislación penal y los procedimientos.

En cuanto a los migrantes apátridas, estas personas también entran en la categoría de personas protegidas en virtud del artículo 4 de la IV CG, ya que “debido a su forma negativa, la definición comprende a las personas sin nacionalidad”²⁷. Aunque el IV CG no contiene una definición de los apátridas, el criterio es que una persona carezca de nacionalidad. Esta comprensión de “personas apátridas” es más amplia que la definición posterior establecida en la Convención de 1954 que incluye, por ejemplo, a las personas que ya reciben protección o asistencia de órganos de las Naciones Unidas (ONU) distintos de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

Cuando se aplica el PA I, se entenderá por “apátridas” los comprendidos en “los instrumentos internacionales pertinentes”, en particular la Convención de 1954, o “la legislación nacional del Estado de refugio o del Estado de residencia”²⁸. Si las personas se convirtieron en apátridas antes del comienzo de las hostilidades, el PA I las incluye explícitamente en la categoría de personas protegidas en virtud de la IV CG, y recibirán protección como tales “en todas las circunstancias y sin ninguna distinción adversa”²⁹. No obstante, independientemente de si se aplica el PA I, los apátridas (incluidos los que se convirtieron en apátridas después del estallido de las hostilidades) ya se consideran en cualquier caso personas protegidas en virtud del IV CG, como se ha visto anteriormente. Así pues, la restricción temporal contenida en el PA I no tiene consecuencias prácticas para los apátridas. Cuando se aplican tanto la IV CG como el PA I, el estatuto de persona protegida

²⁶ Comentario del CICR al IV CG, p. 244.

²⁷ *Ibidem*, pp. 46, 47.

²⁸ PAI, artículo 73.

²⁹ *Ibidem*. Véase también el Comentario del CICR a los PA, paras 2957-2958.

se extiende a “las personas que, ‘antes o después’ del comienzo de las hostilidades, sean consideradas apátridas” en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes y de la legislación nacional³⁰.

Finalmente, vamos a abordar en este apartado el examen de los derechos de los migrantes en tanto que refugiados protegidos. Con ello nos referimos a que muchos refugiados pueden caer bajo la definición de “personas protegidas” en el artículo 4 de la IV CG y beneficiarse de toda la gama de protecciones (incluido el artículo 44 de la IV CG). Sin embargo, puede haber algunas personas que no gozan de protección de su Estado de origen, pero que tampoco son “personas protegidas” en virtud del DIH. Esta laguna dio lugar a la adopción del artículo 73 del PA I. Esta disposición concede a los refugiados, siguiendo la definición del PA I, estatuto de persona protegida, independientemente de su nacionalidad y de la parte en cuyo poder haya caído.

Por tanto, en este marco refugiados son aquellos que: 1) son considerados como tales “en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes aceptados por las Partes interesadas o de la legislación nacional del Estado de refugio o del Estado de residencia”, 2) “antes del comienzo de las hostilidades”. Ambos criterios deben cumplirse acumulativamente para que un migrante sea considerado un refugiado, calificando como una persona protegida a los efectos de la IV CG. Ello contrasta con los artículos 44 y 70(2) del IV CG, que tienen una comprensión más amplia del término “refugiado” del que se encuentra en el PA I, como se estudiará más adelante. Según el primer criterio del artículo 73 del PA I, la definición de “refugiado” se basa en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y en resoluciones no vinculantes, así como declaraciones que han sido “aceptadas por las Partes interesadas”, como la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados³¹. Es importante destacar que la decisión de un Estado de conceder el estatuto de refugiado es vinculante para todas las partes en el conflicto y deben tratar a los refugiados como personas protegidas, incluso si no hubieran aceptado el instrumento internacional en el que se basó la determinación de la condición de refugiado. También deben respetar esta decisión si se basa en el Derecho interno. Además, si un Estado ha reconocido la competencia del ACNUR con respecto a las personas que la organización considera refugiados sobre la base de su mandato, la determinación de la condición de refugiado llevada a cabo por el ACNUR también será vinculante para todas las partes en el conflicto. El segundo criterio del artículo 73 limita el ámbito de aplicación personal a los considerados refugiados “antes del comienzo de las hostilidades”. Esta formulación provoca una laguna importante en la protección de aquellos que se convirtieron en refugiados después del estallido de las hostilidades y que no están cubiertos por la categoría de personas protegidas en virtud de la IV CG. Estas limitaciones han conducido a la crítica de que el criterio temporal introduce una distinción arbitraria e innecesaria, en contradicción directa con los principios humanitarios de protección de los Convenios de Ginebra³².

En resumen, cuando se aplica la AP I, los migrantes que cumplen los criterios de

³⁰ Ibidem, para 2980.

³¹ Comentario del CICR sobre los PA, párrs. 2952, 2959–2973. Véase también Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 28 de julio de 1951 (entró en vigor el 22 de abril de 1954); Declaración de Cartagena sobre Refugiados, 22 de noviembre de 1984. Sobre la definición de refugiado, véase F. MARINO MENÉNDEZ, *El concepto de refugiado en un contexto de Derecho internacional general*, en *REDI*, vol. 35, n. 2, 1983, p. 337 ss.; G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, 3.ª ed., Oxford, 2007, p. 15 ss.; C. FERNÁNDEZ LIESA, *Evolución jurídica internacional del Derecho internacional de los refugiados*, en *Tiempo de Paz*, n. 19, 2015, p. 11 ss.

³² S. JAQUEMENT, *The Cross-Fertilization of International Humanitarian Law and International Refugee Law*, en *International Review of the Red Cross*, vol. 83, n. 843, 2001, p. 192.

“refugiado” en virtud del artículo 73 son reconocidos explícitamente como personas protegidas a los efectos de la CG IV “en todas las circunstancias y sin ningún tipo de distinción”. Tienen derecho a todas las protecciones contenidas en las partes I y III de la CG IV. Esto es especialmente pertinente para los refugiados nacionales de la potencia ocupante, ya que mejora significativamente su protección más allá del mero artículo 70, apartado 2, del IV CG. Así por ejemplo, no pueden ser procesados o condenados por actos cometidos u opiniones expresadas antes de la ocupación, excepto con respecto a violaciones de las leyes y usos de la guerra.

3.3. Protección específica de los migrantes “refugiados”

Como se mencionó anteriormente, los refugiados pueden ser considerados personas protegidas bajo la IV CG en algunas circunstancias y, siempre que cumplan con su definición de “refugiado”, serán considerados personas protegidas cuando se aplique el PA I. Tienen derecho a toda la serie de protecciones previstas por la IV CG IV y el PA I. Los refugiados también gozan de una protección especial en virtud de dos disposiciones que se les aplican específicamente: el artículo 44 del CG IV para los refugiados protegidos en el territorio de una parte en conflicto, y el apartado 2 del artículo 70 del IV CG para los refugiados (no consideradas personas protegidas) en territorio ocupado.

El término “refugiado” no se define en la IV CG. Según el comentario al artículo 44, debería darse un significado más amplio que en el Derecho Internacional de los refugiados, que es “demasiado técnico y de alcance demasiado limitado”³³. La consideración clave para ser considerado un refugiado bajo la IV CG, y para recibir la protección del artículo 44 o el artículo 70(2), es que el individuo en cuestión no “goza de la protección de ningún gobierno”³⁴. Todos los migrantes que cumplan este criterio serán considerados refugiados. Las personas que se benefician de formas complementarias de protección y las que no están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y en el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967 no podrán ser considerados refugiados para las disposiciones del IV CG. Este Convenio también abarcaría a las personas que cumplen los criterios de inclusión de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (aunque lo contrario no sea necesariamente cierto).

A diferencia del artículo 73 del PA I, el artículo 44 del IV CG no exige que los refugiados sean reconocidos como tales antes del comienzo de las hostilidades. Así, por ejemplo, una persona que desertara al territorio del adversario durante las hostilidades estaría protegida por el artículo 44 de la IV CG de la misma manera que una persona a la que se le había concedido asilo antes del comienzo del conflicto armado.

Los refugiados que son formalmente extranjeros enemigos cuando su país de origen está involucrado en un conflicto armado con su país de asilo ya no tienen un vínculo de lealtad con su Estado de origen y, por lo tanto, no son automáticamente una amenaza

³³ Comentario del CICR sobre el IV CG, p. 263 s. El Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados contiene una definición de refugiado más amplia que la contenida en la Convención de Refugiados de 1951, que es la que se menciona en el Comentario (ya que el instrumento anterior aún no había sido adoptado). Sin embargo, la definición del Protocolo de 1967 contiene ciertas limitaciones y se argumenta que la definición de refugiado a los efectos del IV CG debe considerarse más amplia que la contenida en el Protocolo.

³⁴ Comentario del CICR sobre el IV CG, p. 264. Véase también Comentario del CICR sobre los PA, párr. 2942. Este criterio no debe confundirse con “la ausencia de relaciones diplomáticas normales” en el artículo 4 del IV CG IV.

potencial para su Estado de acogida. Sin embargo, como nacionales enemigos en el territorio de una parte en el conflicto, son particularmente vulnerables a las medidas de control y seguridad. El artículo 44 de la CG IV lo recoge ajustando los criterios de nacionalidad a los efectos del artículo 4 e invitando a las partes a considerar otros factores que demuestren la “afinidad espiritual” o la “lealtad ideológica” “de una persona protegida”³⁵. Aunque todavía pueden imponerse medidas de control autorizadas si los refugiados representan un peligro para la seguridad del Estado, el artículo 44 exige que, al decidir sobre tales medidas, los refugiados no sean tratados como extranjeros enemigos únicamente sobre la base de su nacionalidad. Según el Comentario, más allá de las medidas de control, el artículo 44 debería aplicarse “con el más amplio espíritu humanitario, a fin de que se pueda aprovechar al máximo los recursos que ofrece para la protección de los derechos humanos” de los refugiados³⁶.

En situaciones de ocupación, y en su calidad de nacionales de la potencia ocupante, los refugiados que se encuentran en un territorio ocupado por el Estado del que huyeron no son personas protegidas, a menos que sean considerados refugiados en virtud del artículo 73 del PA I. Como resultado, estos migrantes no se benefician de la protección adicional proporcionada a las personas protegidas por las Partes I y III de la IV CG. Estas personas sólo disfrutaban de la protección ofrecida a la población civil, así como de una protección específica en virtud del artículo 70, apartado 2, de la CG IV, que se desarrolló en respuesta a la precaria situación en la que pueden encontrarse los refugiados. Aunque se describe de manera ligeramente diferente, el término “refugiado” a los efectos del artículo 70, apartado 2, debe tener un significado similar al del artículo 44 de la CG IV³⁷. A diferencia del artículo 44, para beneficiarse de la protección prevista en el artículo 70, apartado 2, todas las personas, ya reconocidas como refugiados o no, deben haber llegado al territorio ocupado antes del estallido de las hostilidades. Por su parte, el artículo 70, apartado 2 prohíbe a la Potencia ocupante detener, enjuiciar, condenar o deportar a refugiados del territorio ocupado. Las excepciones que contempla son si cometieron delitos contra su país de origen después del estallido de las hostilidades, o cometieron delitos comunes antes del estallido de las hostilidades que habría justificado la extradición en tiempo de paz con arreglo a la legislación del Estado ocupado. El artículo 70, apartado 2, tiene por objeto garantizar que los refugiados no sean castigados por el mero hecho de haber solicitado asilo o por actos que hayan dado lugar a su salida, y que el derecho de asilo del que disfrutaban anteriormente “siga siendo respetado por su país de residencia”³⁸.

4. La protección de los migrantes por el DIH en los conflictos armados internos

En los conflictos armados no internacionales, no existe la condición de combatiente, prisionero de guerra o persona protegida. Todas las personas que no participan, o han dejado de participar, directamente en las hostilidades están protegidas por las disposiciones pertinentes del DIH, es decir, el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II (PA II) en

³⁵ Comentario del CICR sobre el IV CG, p. 264.

³⁶ Comentario del CICR sobre el IV CG, p. 265.

³⁷ Comentario del CICR sobre el IV CG, p. 350.

³⁸ Comentario del CICR sobre el IV CG, p. 350 s.

ciertos tipos de conflictos armados no internacionales.

Seguendo el comentario al artículo 3 común, “las personas que no participen activamente en las hostilidades”³⁹ protegidas por este artículo son, en primer lugar, los civiles, incluidos “los antiguos miembros de las fuerzas armadas que hayan sido desmovilizados o desconectados” y, en segundo lugar, “miembros no combatientes de las fuerzas armadas” (es decir, personal médico y religioso). Una tercera categoría se refiere a “los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan sido colocados *fuera de combate*”. Como se señala en el comentario del PA II, este instrumento abarca “a todos los residentes del país que participen en un conflicto, independientemente de su nacionalidad, incluidos los refugiados y los apátridas”⁴⁰.

El artículo 3 común y el PA II no contienen referencias específicas a los migrantes (ni a los refugiados o apátridas), pero esas personas están protegidas en tanto que individuos que no participan o han dejado de participar en las hostilidades, y “en todas las circunstancias deben ser tratados humanamente, sin ninguna distinción adversa basada en raza, color, religión o religión, sexo, nacimiento o riqueza, o cualquier otro criterio similar”⁴¹. Según el comentario sobre el PA II, aunque pueden adoptarse medidas de seguridad, éstas “e entenderán sin perjuicio de las garantías relativas al trato de las personas”⁴².

Los migrantes tienen derecho a las garantías fundamentales establecidas en el artículo 3 común, incluidas las prohibiciones de violencia contra la vida y la integridad personal, los atentados contra la dignidad personal y la imposición de sentencias sin un juicio justo. Cuando procede, el Protocolo II contiene normas más específicas sobre estas prohibiciones, así como disposiciones adicionales sobre el trato humano de todas las personas que no participan directamente en las hostilidades, incluidas las que están sujetas a privación de libertad. Los migrantes también están protegidos por las normas de Derecho internacional consuetudinario aplicables en los conflictos armados no internacionales, que incluyen las garantías fundamentales de trato humano.

A pesar de la falta de la condición de combatiente o de prisioneros de guerra en los conflictos armados no internacionales, la distinción entre civiles y miembros de las fuerzas armadas de un Estado y de grupos armados organizados sigue siendo esencial para determinar quién está protegido contra los efectos de las hostilidades. A los efectos de la conducción de las hostilidades, son considerados civiles todas las personas que no sean miembros de las fuerzas armadas del Estado ni de grupos armados organizados de una parte en conflicto. Las fuerzas armadas de un Estado son sus fuerzas armadas regulares, así como otros grupos o unidades armados organizados que están bajo un mando responsable ante el Estado Parte⁴³. Mientras tanto, las fuerzas armadas de un Estado no parte en el conflicto son grupos armados organizados y están formadas únicamente por individuos con una función de combate continua. En los conflictos armados no internacionales, la nacionalidad no es relevante ya que no existe la condición de combatiente, prisionero de guerra o persona protegida.

En tanto que civiles, los migrantes gozan de protección general contra los efectos de las hostilidades, a menos que participen directamente en las hostilidades o cuando asuman

³⁹ Comentario del CICR al artículo 3 común, en <https://www.icrc.org/es/publication/convenio-del-convenio-de-ginebra-i-y-articulo-3>.

⁴⁰ Comentario del CICR sobre los PA, párr. 4489.

⁴¹ Artículo 3 común; PA II, artículos 2, 4; Comentario del CICR sobre el CG I, párrs. 519, 527, 528.

⁴² Comentario del CICR sobre los PA, párr. 4489.

⁴³ Comentario del CICR sobre el CG I, párrs. 530, 532–533; Comentario del CICR sobre los PA, párr. 4462.

una función de combate continuo en nombre de una parte en el conflicto armado. También están amparados por las normas de protección de la población civil de la parte IV del PA II, incluidas las prohibiciones de ataques directos contra civiles, actos o amenazas de violencia cuyo objetivo principal sea sembrar el terror entre la población civil y la utilización del hambre como método de combate. Los migrantes también están protegidos contra el desplazamiento forzado. Además, el PA II prevé que las acciones de socorro en favor de la población civil necesitada se lleven a cabo con el consentimiento de la Alta Parte Contratante interesada⁴⁴. Por último, aunque el PA I contiene disposiciones adicionales –y más detalladas– sobre la protección de los civiles en los conflictos armados internacionales, el DIH consuetudinario ha ampliado la aplicabilidad de muchas de estas normas a los conflictos armados no internacionales.

5. La circulación y el desplazamiento de migrantes bajo las normas del DIH

El objetivo principal del DIH es evitar infligir sufrimiento, lo que incluye prevenir y reducir al mínimo el desplazamiento forzado de civiles, ya sea a través de las fronteras internacionales o dentro de un país, debido a conflictos armados. El DIH otorga esta protección mediante las normas que brindan protección contra los efectos de las hostilidades y la prohibición expresa del desplazamiento forzado. No obstante, cuando los civiles son desplazados, el DIH exige que sean protegidos y asistidos.

5.1. En situación de conflicto armado internacional

Con respecto a la circulación de migrantes, ya sea su propio movimiento voluntario o el que llevan a cabo las partes en conflicto, el DIH contiene varias normas que imponen limitaciones y prestaciones específicas y adicionales. La legalidad de esos movimientos dependerá de su conformidad con las normas del DIH, incluido el principio de *no devolución*. En términos generales, este principio prohíbe el traslado de personas de una autoridad a otra de cualquier manera si hay razones fundadas para creer que la persona estaría en peligro de sufrir una violación de ciertos derechos humanos fundamentales. Se reconoce, en particular, la prohibición de la tortura o los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la privación arbitraria de la vida o la persecución. El principio de *no devolución* se encuentra, con distintos alcances, en el DIH, el DIDH y el Derecho internacional de los refugiados. El núcleo de este principio también forma parte del Derecho internacional consuetudinario⁴⁵.

En tanto que personas protegidas, los migrantes, en primer lugar, tienen derecho a abandonar el territorio afectado al comienzo o durante un conflicto, a menos que su salida sea contraria a los intereses nacionales del Estado. Las salidas sólo pueden tener lugar si son voluntarias –lo cual es importante, ya que los migrantes pueden optar por quedarse– y pueden tener como destino el propio país de una persona protegida u otros países. El ejercicio del derecho a vacaciones debe realizarse en condiciones satisfactorias de seguridad, higiene, saneamiento y alimentación. Las decisiones de salida del Estado, incluidas las

⁴⁴ Véase PA II, artículos 13, 14, 17 y 18.

⁴⁵ E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion*, en E. FELLER, V. TÜRK, F. NICHOLSON (Eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, 2008, p. 87 ss.

negativas, deben adoptarse con arreglo a determinadas garantías⁴⁶.

En segundo lugar, el Derecho nacional aplicable y el Derecho internacional seguirán rigiendo el trato de los extranjeros en tiempo de paz, salvo en lo que respecta a las medidas especiales. En consecuencia, una parte en conflicto sólo puede deportar a migrantes sobre la base de los fundamentos jurídicos aplicables en tiempo de paz, con sujeción a las disposiciones específicas del DIH sobre la expulsión de personas protegidas. Para ello es necesario tener en cuenta la interacción del DIH con otras ramas del Derecho internacional, incluidas las normas del DIDH sobre la expulsión de extranjeros.

En tercer lugar, en virtud del DIH consuetudinario, los civiles tienen derecho a regresar voluntariamente en condiciones de seguridad a sus hogares o lugares de residencia habitual tan pronto como dejen de existir las razones de su desplazamiento. Sin embargo, este derecho no se extiende a los migrantes expulsados legalmente puesto que solo ampara a aquellos que han sido desplazados, ya sea voluntaria o involuntariamente⁴⁷.

Más allá de estas normas, el artículo 45 de la CG IV establece importantes restricciones al derecho de una parte en conflicto a trasladar a migrantes protegidos. Las limitaciones prescritas son absolutas y no permiten derogaciones o excepciones. Sin embargo, como se señala en el Comentario, las sanciones no deben interferir con el derecho de las personas protegidas en virtud del artículo 35 de la CG IV a abandonar el territorio al estallar un conflicto o durante éste⁴⁸. Una primera limitación importante del derecho a trasladar a personas protegidas es el principio de *no devolución*, que se contiene, incluso antes de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, en el artículo 45 de la IV CG. Según el CICR, el ámbito de aplicación del principio de *no devolución* se extiende a cualquier tipo de traslado, como la expulsión, la deportación, la extradición o la devolución, independientemente de su designación formal. Según el artículo 45, apartado 4, del IV CG, una persona protegida en el territorio de una parte en conflicto no será trasladada en ningún caso “a un país donde pueda tener motivos para temer persecución por sus opiniones políticas o creencias religiosas”⁴⁹. Aunque el término “persecución” no está definido en el DIH, se entiende que se refiere, como mínimo, a violaciones graves de los derechos humanos (derecho a la vida, la libertad y la seguridad) por motivos tales como el origen étnico, la nacionalidad, la religión o la opinión política.

Una segunda restricción al traslado de extranjeros en el territorio de una parte en el conflicto, que es más amplia que otras expresiones del principio de *no devolución*, se encuentra en el artículo 45 (3). Esta disposición prohíbe los traslados no sólo en el caso de motivos específicos normalmente invocados en virtud del DIDH y del Derecho internacional de los refugiados, como la tortura o la persecución, sino también en todos los casos en que el Estado receptor no puede o no quiere tratar a los extranjeros de acuerdo con las protecciones otorgadas por la CG IV. Lógicamente, dado que el propio Estado receptor está obligado a cumplir lo dispuesto en el artículo 45 de la IV CG, ello significa que también estaría prohibida una transferencia ulterior a un tercer Estado que infrinja la IV CG (lo que

⁴⁶ Comentario del CICR sobre el CG I, párr. 709; IV CG artículo 35(1); Comentario del CICR sobre el IV CG, p. 235; véase también CG IV, artículo 36; Estudio de derecho consuetudinario del CICR, regla 131, y el Comentario del CICR sobre el IV CG IV, p. 266.

⁴⁷ En el artículo 49(2) del IV CG sobre las personas protegidas en territorio ocupado establece que las personas que han sido evacuadas deben ser trasladadas de regreso a sus hogares tan pronto como las hostilidades hayan cesado en el área en cuestión.

⁴⁸ Comentario del CICR sobre el IV CG, p. 266 ss.

⁴⁹ Artículo 45 (4) del IV CG.

constituiría una *devolución* secundaria). Así pues, una transferencia sólo puede tener lugar a menos que la potencia transferente esté convencida de que la potencia receptora está dispuesta y es capaz de aplicar la IV CG, incluida la obligación *de no devolución*. Si se traslada a personas protegidas, el Estado que realiza la transferencia sigue siendo responsable y debe “adoptar medidas eficaces para corregir la situación” o “solicitar el regreso de las personas protegidas” si el Estado receptor no cumple con las responsabilidades que le incumben en virtud de los Convenios⁵⁰. El Estado que realiza la transferencia también tiene el deber de garantizar el respeto del DIH por parte del Estado receptor sobre la base del artículo 1 común, lo que a su vez refuerza las obligaciones de este último. Sobre esta base, si el Estado que transfiere considera que el Estado receptor no está dispuesto o no es capaz de cumplir las responsabilidades que le incumben en virtud de los Convenios, no debe transferir individuos en tales situaciones. Además, “debe hacer todo lo razonablemente a su alcance para prevenir y poner fin a tales violaciones” vigilando la suerte de las personas trasladadas y, si es necesario, ejercer su influencia para asegurar que el Estado receptor respete los Convenios de Ginebra⁵¹.

En cuanto a las situaciones de ocupación, el artículo 48 del CG IV dispone que “las personas protegidas que no sean nacionales de la Potencia cuyo territorio esté ocupado” tienen derecho a abandonar el territorio en las condiciones del artículo 35 del CG IV. La redacción de este artículo se refiere explícitamente al derecho a abandonar el territorio, incluso para los refugiados protegidos, y no se limita a la repatriación. Aunque el principio de *no devolución* no se encuentra expresamente en las normas convencionales aplicables a los territorios ocupados, el DIDH y el principio del Derecho Internacional de los refugiados confieren protección a los migrantes en situaciones de conflicto armado. Además, el artículo 49 del CG IV prohíbe los traslados forzados individuales y masivos y las deportaciones de personas protegidas, independientemente del destino o la finalidad del traslado, excepto cuando la seguridad de los civiles involucrados o razones militares imperiosas requieren que se produzcan evacuaciones. Esta prohibición no sufre ninguna excepción y se aplica ampliamente al desplazamiento forzado de migrantes protegidos, tanto dentro como fuera de los límites de territorio nacional. Establece una prohibición clara y absoluta, aunque solo cubre los traslados y deportaciones “forzadas” para que las personas protegidas que deseen salir no se vean impedidas de hacerlo⁵².

Cuando en situaciones de ocupación se produzca una evacuación sobre la base del párrafo 2 del artículo 49, dicho traslado no puede dar lugar a desplazamientos fuera de los límites del territorio ocupado “salvo cuando por razones materiales sea imposible evitarla”. Las evacuaciones, permitidas o no, deben ser en cualquier caso temporales y cumplir “en la mayor medida posible” ciertos requisitos sobre el trato de las personas desplazadas, incluida evitar la separación de las familias⁵³. Tanto si las personas son trasladadas por la fuerza como si son deportadas en violación del IV o evacuadas legalmente, deben ser trasladadas de vuelta a sus hogares tan pronto como hayan cesado las hostilidades en la zona en cuestión. Dado

⁵⁰H. OBREGÓN GIESEKEN, *The protection of migrants under international humanitarian law*, en *International Review of the Red Cross*, 2017, 99(I), p. 143; V. CHETAIL, *The Transfer and Deportation of Civilians*, en A. CLAPHAM, P. GAETA, M. SASSOLI (eds.) *Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, p. 1185 ss., Criminal Justice, Borders and Citizenship Research Paper No. 2364509, accessible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2364509>.

⁵¹ Comentario del CICR sobre el CG I, nota 6 supra, párr. 154 y 168.

⁵² Comentario del CICR sobre el IV CG IV, p. 279.

⁵³ CG IV, art. 49(2); Comentario del CICR sobre el IV CG IV, p. 280 s. Véase también Estudio de Derecho consuetudinario del CICR, regla 131, en <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule131>.

que las evacuaciones pueden tener lugar a terceros Estados en circunstancias excepcionales, el derecho de retorno se aplica tanto a los desplazamientos dentro como fuera del territorio ocupado (ya sea en el mismo país o a través de un territorio ocupado). Por último, en virtud del artículo 70, apartado 2, de la IV, los refugiados que se encuentren en un territorio ocupado por su país de origen tendrán derecho a una protección especial.

5.2. En situación de conflicto armado no internacional

El artículo 3 común y el PA II no contienen una prohibición explícita de *no devolución*. A este respecto, la posición del CICR es que, en virtud de las “prohibiciones categóricas” contenidas en el artículo 3 común, que vinculan a todas las partes en conflicto, también estaría prohibido el traslado de personas a lugares o autoridades donde haya razones fundadas para creer que estarán en peligro de ser sometidas a violencia contra la vida y la persona, como asesinato o tortura y otras formas de malos tratos. La conclusión de que el DIH prohíbe la *devolución* en conflictos armados no internacionales se basa en los principios y la lógica del DIH y se ve reforzada por una serie de argumentos que exponemos a continuación, siguiendo a la autora citada⁵⁴. En primer lugar, de manera similar a la lógica subyacente a la disposición de no devolución del IV CG, el derecho aplicable en los conflictos armados no internacionales “no debería eludirse trasladando a personas cuando corran el peligro de ser sometidas a violaciones del artículo 3 común en el momento de la transferencia” Esta es también la lógica que motiva el razonamiento del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y de la jurisprudencia internacional sobre el principio de *no devolución*. En segundo lugar, el artículo 5(4) del PA II exige a las autoridades que “liberen a las personas privadas de libertad que tomen las medidas necesarias para garantizar su seguridad”. Podría decirse que esto también debería exigirse para las transferencias, que implican que la autoridad que transfiere entregue el control sobre las personas. En tercer lugar, aunque no se indique explícitamente, se considera que los retornos basados en el artículo 118 del III CG no deben dar lugar a *la devolución* y que esta lógica debe aplicarse también a los conflictos armados no internacionales. Por último, la obligación de *no devolución* se ve reforzada por el deber de los Estados de respetar y hacer respetar el DIH consagrado en el artículo 1 común.

El traslado de personas no debe eludir el DIH aplicable en los conflictos armados no internacionales. El Derecho aplicable comprendería las garantías fundamentales contenidas en el artículo 3 común, incluido el trato humano y las prohibiciones contra la toma de rehenes y contra la imposición de sentencias sin ofrecer todas las garantías judiciales. Sin embargo, es probable que estos últimos se limiten a los juicios manifiestamente injustos, teniendo en cuenta interpretaciones más restrictivas de los órganos de derechos humanos. En virtud del DIH, todas las partes en conflicto, incluidas las organizaciones internacionales y los grupos armados organizados no estatales, deben respetar el principio de *no devolución*⁵⁵. Esto es pertinente cuando se compara la protección de los migrantes en virtud de otras normas sectoriales de Derecho internacional. Además, el CICR considera que el principio de *no devolución* se aplica, independientemente del cruce de una frontera, si el control sobre una persona se transfiere de una autoridad a otra.

Otra norma pertinente para la circulación de migrantes es la prohibición establecida en

⁵⁴ H. OBREGÓN GIESEKEN, *The protection of migrants under international humanitarian law*, en *International Review of the Red Cross*, 2017, 99 (I), p. 145.

⁵⁵ Comentario del CICR sobre el I CG, para. 710 y 713.

el artículo 17(1) del PA II contra las partes que ordenen el desplazamiento de la población civil “por razones relacionadas con el conflicto, a menos que la seguridad de los civiles involucrados o razones militares imperiosas así lo exijan”. Se trata también de una norma de Derecho internacional consuetudinario⁵⁶. Al igual que en los conflictos armados internacionales, esta norma es absoluta, aunque sólo abarca el desplazamiento “forzado” ya sea dentro del país o a través de las fronteras internacionales, y no debe interpretarse como prevención del movimiento voluntario. Si se produce un desplazamiento, “se tomarán todas las medidas posibles para que la población civil pueda ser recibida en condiciones satisfactorias de alojamiento, higiene, salud, seguridad y nutrición” y que los miembros de una misma familia no estén separados⁵⁷. Como se señala en los comentarios a los Protocolos adicionales y a la regla 132 del DIH consuetudinario, estas condiciones deberían aplicarse al desplazamiento propiamente dicho⁵⁸. Los civiles también tienen derecho al “retorno voluntario en condiciones de seguridad a sus hogares o lugares de residencia habitual tan pronto como cesen las razones de su desplazamiento”, incluso si el desplazamiento tuvo lugar voluntariamente.

Los migrantes que viven o transitan por países que experimentan conflictos armados a menudo se separan de sus familias, desaparecen o mueren. En consecuencia, las normas del DIH relativas al respeto de la vida familiar⁵⁹, el mantenimiento o restablecimiento de los vínculos familiares y el esclarecimiento de la suerte y el paradero de los migrantes desaparecidos y muertos son especialmente importantes en el contexto de la migración. En tal sentido, se prevé que “se adoptarán todas las medidas apropiadas para facilitar la reagrupación de las familias temporalmente separadas”⁶⁰. Y en particular las partes en el conflicto deben adoptar todas las medidas posibles para dar cuenta de las personas dadas por desaparecidas como resultado de un conflicto armado y proporcionar a los familiares de las personas desaparecidas toda la información de que dispongan sobre su suerte.⁶¹ Cabe señalar que las normas sobre la contabilización de las personas desaparecidas y el restablecimiento del contacto entre familiares pueden seguir aplicándose después del final de un conflicto armado.

6. Conclusiones

El DIH contiene normas relativas a la circulación y desplazamiento de migrantes en conflictos armados internacionales y no internacionales. Cuando las personas son desplazadas, ya sea voluntaria o involuntariamente, en relación con un conflicto armado, algunas normas seguirán aplicándose más allá del final del conflicto armado hasta que se hayan haber podido regresar en condiciones de seguridad a sus hogares o lugares de

⁵⁶ Estudio de Derecho consuetudinario del CICR, regla 129, en <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule129>.

⁵⁷ PA II, artículo 17(1); Estudio de derecho consuetudinario del CICR, regla 132, en <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule132>.

⁵⁸ Estudio de derecho consuetudinario del CICR, regla 132, en <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule132>.

⁵⁹ Véase la regla 105 en <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule105>.

⁶⁰ PA II, artículo 4(3)(b); Estudio de derecho consuetudinario del CICR, comentario sobre la regla 132, en <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule132>.

⁶¹ Véase la regla 117 en <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule117>.

residencia habitual, si así lo desean. No obstante, es posible que se limite el derecho de retorno de los migrantes desplazados de un país que no es el suyo, en particular si su situación en dicho país era irregular. En cualquier caso, los Estados siguen teniendo obligaciones con respecto a los migrantes basadas en su Derecho interno, así como en el DIDH y el Derecho Internacional de los refugiados, según corresponda⁶². Es importante destacar que el DIH, el DIDH y el Derecho Internacional de los refugiados proporcionan protección complementaria, incluso contra la *devolución*, a los migrantes en situaciones de conflicto armado. Una cuestión importante al considerar la protección de los migrantes en virtud del DIH – incluidas las normas que regulan su circulación – es cómo interactúa este cuerpo normativo con otras ramas del Derecho Internacional que son de aplicación a este mismo contexto.

Del análisis realizado en este trabajo toma es posible concluir que todos los migrantes, en el marco del DIH, están protegidos contra los efectos de los hostilidades y deben ser tratados humanamente con arreglo a las normas generales relativas a la protección de población civil en el DIH. Cuando reciben consideración de personas protegidas, todos los migrantes, incluidos los refugiados y los apátridas, también tienen derecho a todo el espectro de protección proporcionado por el IV CG. Por último, los migrantes considerados “refugiados” en virtud de la CG IV se benefician de una protección específica en virtud del artículo 44 de la IV CG cuando se encuentran en el territorio de una parte en conflicto o del artículo 70, apartado 2, de la IV CG cuando se encuentren en territorio ocupado por su país de origen.

En suma, el respeto del Derecho Internacional Humanitario puede contribuir a prevenir y minimizar las enormes dificultades que los migrantes experimentan cuando se ven atrapados en una situación de conflicto armado, aunque la función del DIH va más allá de su función preventiva. Para los migrantes que se desplazan por rutas migratorias o que llegan a lugares de destino marcadas por los conflictos armados, el DIH proporciona una importante protección jurídica y ayuda a colmar las lagunas de protección y asistencia.

ABSTRACT: The rights of migrants in situations of armed conflict: areas of protection under international humanitarian law

Armed conflicts inevitably cause displacement of persons. Displaced persons or persons in transit include migrants who have left their countries of origin or habitual residence, whether by force or voluntarily. This article will examine the protection under International Humanitarian Law (IHL) of migrants in situations of international armed conflict with a focus on the different categories into which migrants may fall under the applicable provisions. It will also examine the protection under international humanitarian law of migrants in situations of internal armed conflict. Reference will also be made to certain issues raised by the application of IHL to the movement and circulation of migrants, which are of particular relevance to migration, in particular those related to the movement of migrants through countries in armed conflict.

⁶² H. OBREGÓN GIESEKEN, *The protection of migrants under international humanitarian law*, en *International Review of the Red Cross*, 2017, 99(I), p. 147.



RABIA M'RABET TEMSAMANI*

UNE RÉFLEXION SUR LA PROTECTION DES MINEURS NON ACCOMPAGNÉS À LA LUMIÈRE DU DROIT INTERNATIONAL ET DU DROIT EUROPÉEN

SOMMAIRE : 1. Introduction. – 2. La protection de l'enfance : De l'enfant travailleur à l'enfant migrant. – 2.1 la protection de l'enfant dans le droit international. – 2.2 L'émergence du mineur non accompagné. – 3. La protection de l'enfant dans le droit européen. 3.1 La protection de l'enfant dans le droit communautaire. – 3.2 La protection de l'enfant dans le Conseil de l'Europe – 4. La visibilité du « mineur non accompagné » dans le droit européen. – 5. Conclusion.

1. *Introduction*

La Déclaration universelle des droits de l'Homme commence son préambule par la reconnaissance de la dignité humaine. Dans son premier article, annonce que tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droit. Effectivement, c'est cette dignité qui porte des personnes à quitter leurs pays et se séparer de leurs familles pour chercher un avenir meilleur et pour jouir de cette dignité, quand bien même elles doivent parcourir des milliers de kilomètres pour affronter l'inconnu.

Nous devons admettre que la migration n'est aucunement un phénomène récent qui a eu lieu avec l'industrialisation des pays convoités par les migrants. Incontestablement, l'homme par nature cherche à découvrir autres lieux que le sien et, particulièrement, à aspirer à une vie meilleure. Chose qui a été prouvée tout au long de l'histoire humaine. De surcroît, la rencontre des diverses civilisations distantes l'une de l'autre par des milliers de kilomètres et séparées par des océans et des mers, lui est profondément reconnaissante.

Actuellement, outre le facteur principal qui amène les gens à immigrer, nous comptons d'autres lors bien qu'ils passent quasiment imperceptibles. A titre d'exemple, des raisons politiques, artistiques ou même être emporté rien que par leur passion envers un pays, une ville voire une personne. Subséquemment, la migration des personnes adultes n'est nullement un phénomène inouï. Toutefois, ce qu'est en mesure d'attirer l'attention de toutes les catégories et les classes de la société internationale et susciter leurs préoccupations est celle des enfants.

*Chercheuse postdoctorale dans le cadre du Plan Andalou de Recherche Développement et Innovation 2021 (PAIDI) au sein de la section du Droit International et Relations internationales du Département du Droit Public et européen commun à l'Université de Jaén.

Certes, des enfants ou des mineurs, pour plus de précision, non accompagnés (MNA), côtoient des adultes inconnus et suivent leurs chemins tout au long de leurs périls transitions pour atteindre leur Eldorado sans être accompagnés par leurs familles ou un tuteur légal. Un nombre croissant des MNA qui tentent de franchir le mur qui sépare le Mexique des États-Unis d'Amérique, qui prennent des petits bateaux, un pneumatique de camion, glisser sous une remorque du transport international par route, se mettre dans le capot d'une voiture traversent le détroit de Gibraltar, la Mer d'Alboran ou la Mer Tyrrhénien, pour mettre les pieds sur le continent européen. Également, traverser des pays et des pays afin de franchir les États européens qui assument la tâche de « brise-migrant » non réglementaire. De la sorte, le phénomène de la migration des enfants non accompagnés n'est plus un fait sporadique, mais un scénario de plus en plus familier. Tenant par exemple, en 2016 plus de 10 000 enfants réfugiés et migrants non accompagnés auraient disparu en Europe¹. En 2020, 13 600 demandeurs d'asile dans l'UE étaient des MNA² et ce chiffre passe à 166 760 en 2021³.

A la lumière de ce qui précède, il est indubitable que la société internationale est confrontée à trois dilemmes en un, à savoir Mineur, étranger et migrant. Dans cet état de chose, il serait impératif de se demander si ces MNA, en tant que composant vulnérable de la société, bénéficient d'une protection proportionnelle à l'ampleur du problème dans un cadre juridique global et par la suite régional.

Afin de trouver une réponse à travers cette étude, la protection de l'enfant en général et par la suite de l'enfant migrant sera abordée dans le cadre du Droit international. En ce qui concerne le cadre juridique régional, c'est le Droit européen pour la protection de l'enfant qui fera l'objet d'étude de la troisième section pour, postérieurement, aborder le cas de l'enfant migrant.

2. *La protection de l'enfance: De l'enfant travailleur à l'enfant migrant*

2.1. *La protection de l'enfant dans le Droit international*

Lorsque la question relative à l'enfant est abordée, sous-entendu, elle englobe toutes les créatures sans aucune discrimination. Incontestablement, les circonstances changent aussi bien dans le temps que dans l'espace. Il s'avère qu'à l'époque où le concept de leur protection impérative commence à fleurir, le contexte était différent de ce qu'est envisagé, depuis les années quatre-vingt du XX siècle, et d'une approche multidisciplinaire. Effectivement, la protection de l'enfant trouve ses racines dans le statut de l'enfant travailleur.

Nous pensons qu'il serait intéressant, dans le cadre de ce travail, de faire appel à l'histoire, pour examiner la genèse de la protection de l'enfant dans le Droit international. À cette fin, la consultation du document du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme sur l'histoire législative de la convention sur le droit des enfants⁴, constitue une ressource considérable.

¹ C'est ce qui a été annoncé par Mr. Briand Donald, un responsable d'Europol. Pour plus d'informations lire l'article sur: <https://n9.cl/wj6pn>. Consulté le 16 mars 2023.

² Informations obtenues d'Eurostat. Pour plus de détails voir l'article sur <https://n9.cl/3yrbv>. Consulté le 16 mars 2023

³ Les données en détail sont disponibles sur <https://n9.cl/6qu4q>. Consulté le 16 mars 2023.

⁴ OHCHR, *Legislative History of the Convention on the rights of the child*. New York and Geneva, 2007 Disponible sur <https://n9.cl/g7upg>. Consulté le 16 mars 2023.

En fait, les tentatives visant à établir des normes minimales pour la protection des enfants sont antérieures de plus d'une décennie à la Société des Nations⁵. Vers le milieu du XIX siècle, ce sont les conditions du travail des enfants qui ont donné l'alerte⁶ sur la nécessité d'une action urgente pour protéger les enfants en pleine révolution industrielle⁷. Rappelant l'ère victorienne, la révolution industrielle s'est accélérée et des milliers d'usines ont vu le jour dans tout le pays sans que des lois sur le fonctionnement des usines n'aient été adoptées, pour la simple raison qu'elles n'existaient pas. L'une des pires caractéristiques de cette nouvelle ère industrielle est peut-être l'utilisation de très jeunes enfants pour travailler pendant de très longues heures. L'adoption de la *Act Factory* 1833⁸, met l'accent sur le travail des enfants. Tout d'abord, le terme "personne" de moins de 18 ans a été utilisé pour interdire le travail de nuit et le travail de plus de 12 heures par jour ; plus tard, le terme "enfant" a été utilisé pour interdire le travail des enfants de moins de 9 ans. De même, la limitation du travail à 9 heures pour les enfants de moins de 11-13 ans et, en outre, le droit à la scolarisation.

La France, quant à elle, a adopté sa première loi délimitant le travail des enfants le 22 mars 1841. Elle a fixé l'âge minimum à 8 ans et limité la journée du travail à 8 heures pour les enfants de 8 à 12 ans et 12 heures pour ceux de 12 à 16 ans. L'âge minimum est porté à 12 ans avec une journée limitée à 6 heures et à 12 heures pour les enfants de 13 à 16 ans par la faveur de la loi du 18 mai 1874, dite loi Joubert⁹. Avec la généralisation de l'enseignement primaire grâce aux lois Ferry de 1881 et de 1882 sur l'école gratuite et obligatoire, le nombre d'enfants dans les champs du travail diminue.

Toutefois, l'adoption de ces lois n'a pas signifié la fin du travail des enfants, ni l'arrêt de la maltraitance des enfants du jour au lendemain¹⁰. Néanmoins, un mouvement d'opinion s'est mis en place, qui a conduit au premier travail d'investigation dans ce domaine, suivi d'enquêtes journalistiques. En outre, de nombreux romans ont été publiés, décrivant la condition épouvantable des enfants travailleurs¹¹.

Pour en revenir à l'essence de cette section, qui fait référence à l'internationalisation de la protection de l'enfance, celle-ci est largement due à l'émergence de différents acteurs au sein de la société internationale. D'une part, la création d'organisations non gouvernementales (ONG) fortement engagées en faveur des enfants et, d'autre part, la création d'organisations internationales dotées de structures permanentes qui intègrent la protection de l'enfance dans leurs engagements internationaux¹². Dans ce contexte, la Conférence de la Paix qui a donné naissance à la Société des Nations (SDN) en 1919 peut être considérée comme le flambeau qui a éclairé la voie de la protection de l'enfance. En

⁵ *Idem*, p. 3.

⁶ V. STENGER, *Les droits de l'enfant ont 100 ans*. In Genève Monde. 2023 Disponible sur: <https://n9.cl/1b85w>. Consulté le 16 mars 2023.

⁷ Il s'agit d'une époque où filles et garçons travaillaient dans les mines, le textile, la verrerie, l'industrie métallurgique et le bâtiment. Ils étaient punis en cas d'erreur, s'ils arrivaient en retard. Dans ce dernier cas, c'était prévu une lourde amende ou bien cela allait à l'extrême par un châtement corporel

⁸ Act to regulate the Labour of Children and young Persons in the Mills and Factories of the United Kingdom. 29th August 1833. Disponible sur: <https://n9.cl/xy2nk>. Consulté le 16 mars 2023.

⁹ Pour plus d'information lire: <https://n9.cl/kpqx9>. Consulté le 16 mars 2023.

¹⁰ V. STENGER, *Les Droits de l'enfant ont 100 ans*. Disponible sur <https://n9.cl/1b85w>. 2023. Consulté le 17 mars 2023.

¹¹ Dans le cas du Royaume-Uni, il s'agit *David Copperfield* (1850) de Charl Dickens. En France, Cosette dans *Les Misérables* (1862) de Victor Hugo.

¹² J. DROUX, *L'enfance et la jeunesse : une cause au cœur des mécanismes circulatoires de la Société des Nations (1919-1939)*, in R. HOFSTETTER, J. DROUX (Eds.), *Globalisation des mondes de l'éducation : Circulation, connexions, réfraction (XIXe et XXe siècles)*, Canada, 2015. Doi : 10.4000/books.pur.90025.

effet, la Société des Nations a créé un Comité pour la protection de l'enfance (CPE), qui a nourri la reconnaissance internationale d'une cause identifiée comme prioritaire et qui n'était autre que la protection des enfants et des jeunes. Entre 1925, date de sa première session, et 1937, date à laquelle il a cessé ses activités, le CPE a fonctionné comme une *clearing house*, chargée d'évaluer les meilleurs dispositifs en matière de politique de l'enfance¹³. Sous les auspices de la même conférence, l'Organisation internationale du travail (OIT) a également été créée. L'OIT a rapidement adopté des conventions pour la protection des enfants, telles que la convention sur la durée du travail (industrie)1919¹⁴, la convention sur le travail de nuit des enfants(industrie)1919¹⁵. Et plus tard la convention sur l'âge minimum (1973)¹⁶ qui sera renforcer para la Convention sur les pires formes de travail des enfants (1999)¹⁷, visant l'interdiction et l'élimination immédiate de toute forme de travail susceptible de compromettre la santé, la sécurité ou la moralité des enfants.

Quant au rôle des ONGs, c'est à *Save the Children Fun*¹⁸, créée à un peu plus d'un mois avant la SDN, que revient le mérite d'avoir inscrit les principes des droits de l'enfant dans leur dimension internationale. En 1920, cette association s'organise et se structure sous l'égide de l'Union Internationale de Secours aux Enfants (UISE) à Genève, avec le soutien du Comité International de la Croix-Rouge (CICR). Décidée à conjuguer ses efforts à l'avantage de la protection des enfants, UISE adopte le 23 février 1923, lors de son 4^{ème} Congrès général, la première Déclaration¹⁹ des droits de l'enfant, qui sera ratifié le 28 février 1924 par le V^{ème} Congrès général²⁰. En cinq simple articles, rédigés dans un langage élémentaire loin d'être des normes juridique²¹, envoyée à la SDN, elle sera adoptée sous le nom de la Déclaration de Genève le 26 septembre 1924²². L'évènement de ce jour reste historique, étant donné que pour la première fois, des Droits spécifiques aux enfants sont reconnus. L'Assemblée générale (AG)de la SDN, approuve à nouveau ladite Déclaration en

¹³J. DROUX, *La tectonique des causes humanitaires : concurrences et collaborations autour du Comité de protection de l'enfance de la Société des Nations (1880-1940)*, in *Relations internationales*, 2012, 151, 77-90. <https://doi.org/10.3917/ri.151.0077>.

¹⁴ La convention est disponible sur <https://n9.cl/b8xdq>. Consulté le 16 mars 2023.

¹⁵ La convention est disponible sur <https://n9.cl/wovwl>. Consulté le 16 mars 2023.

¹⁶ En fait, d'autres conventions sectorielles relatives à l'âge minimum de travail ont été adoptées. Par contre, celle-ci englobe tous les secteurs de travail tel qu'il énoncé dans son art.3 1. « L'âge minimum d'admission à tout type d'emploi ou de travail qui, par sa nature ou les conditions dans lesquelles il s'exerce, est susceptible de compromettre la santé, la sécurité ou la moralité des adolescents ne devra pas être inférieur à dix-huit ans ».

¹⁷ La convention est disponible sur <https://n9.cl/k818t>. Consulté le 16 mars 2023

¹⁸ Créée le 19 mai 1919 en Grande-Bretagne par des militants pacifistes, féministes et libéraux. Guidée par deux sœurs, Dorothy Buxton et Eglantyne Jebb. Cette association organisait des récoltes de don afin de venir en aide aux enfants victimes de la guerre. Pour en savoir plus voir: <https://n9.cl/ytqwh>. Consulté le 16 mars 2023.

¹⁹ La déclaration fût rédigée par Eglantyne Jebb en 1922, un après-midi lors de sa présence sur le point culminant du Mont Salève de Genève pour se faire changer les idées. *Idem*

²⁰ Son contenu est le suivant : « Par la présente Déclaration des Droits de 'Enfant, dite Déclaration de Genève, les hommes et les femmes de toutes les nations, reconnaissant que l'Humanité doit donner à l'enfant ce qu'elle a de meilleur, affirment leurs devoirs, en dehors de toute considération de race, de nationalité et de croyance : 1. L'Enfant doit être mis en mesure de se développer d'une façon normale, matériellement et spirituellement. 2. L'Enfant qui a faim doit être nourri, l'enfant malade doit être soigné, l'enfant arriéré doit être encouragé, l'enfant dévoyé doit être ramené, l'orphelin et l'abandonné doivent être recueillis et secourus. 3. L'Enfant doit être le premier à recevoir des secours en temps de détresse. 4. L'Enfant doit être mis en mesure de gager sa vie et doit être protégé contre toute exploitation. 5. L'Enfant doit être élevé dans le sentiment que ses meilleures qualités devront être mise au service de ses frères. »

²¹ Déclaration publiée par l'ONG Humanium disponible sur <https://n9.cl/95y1tk>. Consulté le 16 mars 2023.

²² Déclaration disponible sur : <https://n9.cl/l8jxw>. Consulté le 16 mars 2023

1934, où les États ont fait leurs promesses de transposer ses principes dans leurs normes internes.

Dans le même esprit, c'est l'Organisation des Nations Unies (ONU) qui reprend le flambeau et crée en 1946, au sein de son Assemblée générale, le Fonds international de secours à l'enfance (UNICEF)²³, chargé de défendre les Droits des enfants à travers notre planète.²⁴ Ultérieurement, la Déclaration universelle des droits de l'homme apporte son grain de sable à la protection de l'enfant, faisant allusion dans son article 25, au droit des mères et des enfants à une aide et à une assistance spéciale et une protection sociale.

Étant inébranlable sur la continuité du chemin de ladite cause, l'AGNU, à travers la Déclaration des Droits de l'Enfant²⁵ du 20 novembre 1959, reconnaît que la vulnérabilité de l'enfant requiert une protection particulière et des soins spécifiques, notamment une protection juridique appropriée avant et après sa naissance.

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels en 1966, à son tour, consacre ses articles 10 ; 12.2.a, 13.3 à plaider en faveur du respect de l'égalité des droits et à la protection de tous les enfants.

Il attire considérablement l'attention, le fait que dans une large mesure, la promotion internationale des droits de l'enfant est due au mérite des particuliers et /ou soutenus par une ONG. C'est encore le cas d'un pédiatre polonais Janusz Korczak²⁶ qui met en œuvre ses idées sur les droits de l'enfant dans ses deux orphelinats (Dom Sierot, ouvert en 1912, et Nasz Dom, en 1919). Envisagée de cette manière, l'organisation de l'orphelinat ressemble à une république et avec des connotations révolutionnaires. La république des enfants comprend des assemblées générales présidées par un enfant ; un système de récompenses et de punitions ; un parlement ; un tribunal et un journal. L'objectif de ce système est de créer une pédagogie du respect et d'éduquer à la démocratie et à la participation. Quand il publie en 1928 son œuvre intitulée le droit de l'enfant au respect²⁷, nul ne pouvait concevoir qu'il ferait l'objet de la Convention Internationale des Droits de l'enfant (CIDE) de 1989, à proposition de la Pologne en 1978. L'AGNU proclame nonobstant, 1979 comme l'année internationale de l'enfant.

Après une dizaine d'années de débats au sein des travaux préparatoires, la CIDE est adoptée le 20 novembre 1989 à l'unanimité par l'AGNU. Jusqu'au moment de rédiger ces lignes, elle reste la convention internationale la plus largement ratifiée. Depuis, le 20 novembre est célébrée la journée internationale des droits de l'enfant.

2.2. L'émergence de l'enfant migrant non accompagné

²³ En fait, le fondateur est le docteur polonais Ludwik Rajchman, l'ancien chef de la section santé de la SDN, pionnier dans le domaine de la santé publique. Il a introduit un concept révolutionnaire en pédiatrie à l'époque : la nutrition et les soins maternels devaient être intégrés à la médecine infantile. Plus d'information disponible sur : <https://n9.cl/bks0q>. Consulté le 16 mars 2023.

²⁴ <https://n9.cl/kedkp>. Consulté le 16 mars 2023.

²⁵ Le texte intégral publié par la ONG Humanium est disponible sur : <https://n9.cl/29xwu>. Consulté le 16 mars 2023.

²⁶ Lire l'article disponible sur <https://n9.cl/ydtdk>. Consulté le 16 mars 2023.

²⁷ J. KORCZAK, *Le droit de l'enfant au respect, conférences sur les enjeux actuels*, Strasbourg, 2010; ID., *Le droit de l'enfant au respect: l'héritage, : conférences sur les enjeux actuels pour l'enfance*, Strasbourg, 2009.

Arrivant à ce niveau-là, nous estimons que la protection de l'enfant travailleur et la promotion des droits de l'enfant, sont garanties loin de tout lapsus. Alors qu'en est-il de l'enfant migrant ou le mineur non accompagné (MNA) dans le droit international ?

Pour répondre à cette question, il suffit bien évidemment, d'explorer la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille de 1990 en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2003.

Tout d'abord pour commencer, il serait judicieux de jeter la lumière sur les personnes visées par cette convention. Elle concerne à la fois le travailleur et les membres de sa famille. Conformément à l'article 2.1, par travailleurs migrants, on entend toutes personnes qui vont exercer, exercent ou ont exercé une activité rémunérée dans un État autre que celui dont elles sont originaires. Autrement dit, l'article fait référence au chef de la famille qui peut être sous-entendu homme (mari et /ou père) ou bien femme (épouse et / ou mère). Au sujet de la deuxième partie, et selon l'article 4, elle désigne les personnes mariées aux travailleurs migrants ou ayant avec ceux-ci des relations qui, en vertu de la loi applicable, produisent des effets équivalant au mariage, ainsi que leurs enfants à charge et autres personnes à charge qui sont reconnues comme membres de la famille en vertu de la législation applicable ou d'accords bilatéraux ou multilatéraux applicables entre les États intéressés. Quant à l'article 12.4, il garantit le droit des parents ou les tuteurs légaux de l'enfant, de leur assurer une éducation religieuse et morale conformément à leurs propres convictions. En ce qui concerne le cas présumé de privation de liberté du travailleur migrant, l'article 17.6, prévoit une prestation d'attention, particulière aux problèmes qui pourraient se poser à leur famille, notamment au conjoint et aux enfants mineurs, de la part des autorités compétentes de l'État intéressé. La CIDE dans son article 29, n'a pas omis de protéger, le droit de l'enfant du travailleur migrant à un nom, à l'enregistrement de sa naissance et à une nationalité, ainsi que le droit fondamental d'accès à l'éducation dans des conditions d'égalité de traitement avec les ressortissants de l'État concerné. Et ce droit ne doit être refusé ou limité en raison de la situation irrégulière concernant le séjour ou l'emploi de l'un ou l'autre de ses parents ou au sujet de l'irrégularité de l'enfant dans l'État d'emploi comme il est stipulé dans l'article 30. À propos de l'article 44.2, celui-ci concerne le droit au regroupement familial des travailleurs migrants avec leur conjoint marié ou de fait, et évidemment leurs enfants mineurs à charge et célibataire. À la fin, l'intégration des enfants des travailleurs migrant dans le système d'éducation local, l'enseignement de leur langue maternelle et de leur culture font l'objet de l'article 45.2°.3° et 4°.

Il n'est absolument pas étonnant d'apercevoir que cette convention, ne fait aucune référence au cas des MNA, attendu que le phénomène se fait plus remarquable postérieurement à son adoption. Quand bien même, la migration interne des mineurs seuls était familière²⁸.

Nonobstant, la consultation des rapports de l'Organisation Internationale de la Migration (OIM), serait extrêmement utile pour déceler l'existence d'une préoccupation à

²⁸ Il est assez fréquent voir des mineurs, surtout des villages, quittent leurs familles afin de chercher du travail et pouvoir aider leurs parents. A titre d'exemple, voir. I. M. HASHIM,(2005). *Research Report on Children's Independent Migration from Northeastern to Central Ghana*. Development Research Centre on Migration, Globalisation & Poverty Sussex, Brighton, Royaume-Uni. Disponible sur <https://n9.cl/bq3d3>. Consulté le 19 mars 2023; J. S. ANARFI, GENT, I. HASHIM, V. IVERSEN, S. KHAIR, S. KWANKYE, C. A. TAGOE, D. THORSEN, A. WHITEHEAD. *Voices of Child Migrants "A Better Understanding of How Life Is"*, Development Research Centre on Migration, Globalisation & Poverty Sussex, Brighton, Royaume-Uni. Disponible sur <https://n9.cl/j1uza6>. Consulté le 19 mars 2023.

l'égard de ce phénomène au sein de cette organisation. Les rapports accessibles sont ceux réalisés entre 2008 et 2021. La consultation du premier rapport, révèle une préoccupation et des données ciblant plutôt la migration interne²⁹. Cependant, c'est dans la partie intitulée « Terminologie de la migration »³⁰ que le mineur non accompagné apparaît sous définition de personne n'ayant pas atteint l'âge de la majorité et se déplaçant sans être accompagnée d'un parent, d'un tuteur ou de tout autre adulte qui, en vertu de la loi ou de la coutume, est responsable d'elle.

S'agissant du rapport de 2010, c'est dans la section 4 sur la migration irrégulière que le MNA est cité. Il y est indiqué qu'à côté des demandeurs d'asile que les MNA rendent le problème de la migration irrégulière de plus en plus complexe. Cela est dû au fait que non seulement la présence de nombreuses voies menant à l'irrégularité, sinon aussi la difficulté de distinguer les besoins et les droits des différentes catégories de personnes optant pour le déplacement sans autorisation³¹. Toujours dans la même section, la sous-section 6 portant sur le renforcement des capacités dans l'État du transit vis-à-vis la migration irrégulière, le rapport met en exergue l'insuffisance de textes législatifs adoptés, de programmes adaptés et évidemment, l'élaboration de politique cohérente. Également, il met l'accent sur la nécessité de former des fonctionnaires afin d'acquérir un savoir-faire concernant ce dossier et notamment dans le cas des migrants extrêmement vulnérables dont les MNA³².

Relativement au rapport de 2013, il dresse le sondage du bien être des migrants incluant les sous-groupes dans la population migrante dont les MNA sans aucune autre particularité³³.

Concernant le rapport 2017, il est pertinent de souligner les différents termes utilisés faisant référence au MNA, les enfants non accompagnés (ENA), les enfants migrants non accompagnés (EMNA). Dans le cadre de son partenariat avec d'autres organismes, le rapport signale sa présidence du groupe de travail interinstitutions sur les ENA³⁴. Dans le même contexte, et dans le cadre de la lutte contre la traite d'êtres humains, l'exploitation et les mauvais traitements à l'encontre des migrants, met en évidence la mise en œuvre par 80 bureaux des programmes et projets ciblant particulièrement la protection et l'aide des EMNA³⁵.

À propos des rapports de 2018 et de 2020, ils sont présentés sous forme de contributions des chercheurs, traitant le sujet de la migration à partir de différentes approches sous la direction de l'OIM. Dans le premier, il serait intéressant d'évoquer le chapitre 7 qui présente des importantes données relatives aux MNA afghans et de l'Amérique centrale³⁶. Quant au second, c'est son chapitre 8³⁷, qui captive notre attention du moment qu'il souligne le danger qui accompagne la migration des MNA.

Toujours le rapport de 2021, l'OIM, et dans le cadre de sa mobilité, met en évidence l'intensification des efforts déployés pour prendre en considération les droits de l'homme

²⁹ Voir rapport OIM (2008). *Etat de la migration dans le monde 2008*. Disponible sur <https://n9.cl/cvdnl>. P.196 Consulté le 19 mars 2023.

³⁰ *Idem*. p. 554

³¹ Rapport OIM (2010), *Idem*, p. 30.

³² *Idem*, p. 38

³³ Rapport OIM (2011), p. 40.

³⁴ Rapport OIM (2017). p. 25.

³⁵ *Idem*, p. 36. Para.142

³⁶ M. MCAULIFFE, A. KITIMBO, A. M. GOOSSENS, A.K.M. AHSAN, *Comprendre les voyages de migration du point de vue des migrants*, in M. ULLAH MCAULIFFE, M. RUHS (dirs. publ.), *État de la migration dans le monde 2018*, Genève, 2018.

³⁷ J. BHABHA, A. GUY, *Les enfants et la migration dangereuse, rapport état de la migration dans le monde 2020*.

dans ses programmes à l'échelle mondiale. Dans ce contexte, elle poursuit l'étude des alternatives à la détention des immigrants qui ont eu lieu en Bosnie-Herzégovine, en Grèce, en Libye et au Kosovo, principalement pour offrir des solutions alternatives au MNA³⁸. Elle a également souligné que parmi les 69 migrants, qualifiés de vulnérables, qui ont bénéficié d'une protection immédiate, personnalisée et durable et une assistance globale directe figurent des MNA³⁹.

En fin, le dernier rapport de 2022 présente les contributions des chercheurs abordant la migration sous ses différents angles. Concernant le cas qui nous intéresse, le rapport signale qu'environ 21 000 demandes d'asile individuelles en 2020 ont été déposées par des MNA⁴⁰. Il a aussi souligné l'inquiétude suscitée par la décision des autorités malaisiennes d'expulser vers Myanmar plus de 1 000 migrants dont des MNA⁴¹. De même, il met en relief que parmi les migrants arrivant en Bosnie-Herzégovine comme zone de transit se trouvent des MNA. Le rapport recueille des statistiques relatives au nombre de MNA, en provenance du Honduras, du Guatemala et d'El Salvador durant le premier semestre de 2021. Le chiffre était de 34 000⁴². Cependant, qu'en est-il de la situation du MNA au niveau régional ? C'est ce qu'il fera l'objet de la section suivante et qui présente une approche à l'égard de l'Europe.

3. *La protection de l'enfant dans le droit européen*

Il ne sera pas une redondance de rappeler que le cadre juridique européen se rapportant aux droits de l'enfant, porte sur des mesures existantes aussi bien au niveau national qu'international. Poursuivant dans la même direction, ce cadre juridique trouve ses sources dans le droit primaire, à savoir les traités, les conventions, la législation dérivée et la jurisprudence, introduites à la fois par le Conseil de l'Europe (CdE) et par l'Union Européenne (UE).

L'analyse du cadre en question, révèle l'absence d'une unique définition officielle de l'enfant. Dans ce sens, sa définition varie en fonction du contexte réglementaire. Tenant par exemple le cas des droits relatifs à la libre circulation des citoyens de l'UE et des membres de leur famille. L'enfant est défini comme descendant direct qui est âgé de moins de vingt-et-un an ou qui est à charge⁴³. Avec cette définition, l'accent est mis sur la conception biologique et économique et omettant en conséquence, sa corrélation avec la minorité.

3.1. *La protection de l'enfant dans le droit communautaire*

La consultation de certains textes législatifs de l'UE, affirme que l'attribution des droits diffère en fonction de l'âge des enfants. C'est le cas de la Directive 94/33/CE relative à la

³⁸ Lire le rapport de l'OIM de 2021, p.11.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ Lire rapport de l'OIM de 2022, p 47.

⁴¹ *Idem*, p. 89.

⁴² *Idem*, p 109.

⁴³ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/ CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, JO L 158 du 30.4.2004 et JO L 158 du 29.04.2004, art. 2, para. 2, point c).

protection des jeunes au travail⁴⁴. Effectivement, elle régit l'accès des enfants au travail officiel et les conditions y afférentes dans les États membres de l'UE. Elle établit une distinction entre les jeunes dans un terme général indiquant toute personne âgée de moins de 18 ans, les adolescents qui incluent tout jeune âgé de 15 ans au moins et de moins de 18 ans et par la suite, il n'est plus soumis à la scolarité obligatoire à temps plein et les enfants visant ainsi, tout jeune de moins de 15 ans qui lui est interdit l'emploi officiel.

En ce qui concerne certains domaines du droit communautaire, comme la sécurité sociale, l'immigration et l'éducation et dont l'action de l'UE est complémentaire à celle des États membres, c'est le droit national qui l'emporte pour la détermination de qui est un enfant, s'adaptant de la sorte à la définition établie par la CIDE.

Il serait judicieux de rappeler que d'un côté, la progression des droits de l'enfant au sein de l'UE prenait un caractère fragmenté et d'un autre, les instruments juridiques tenaient à protéger les droits de l'enfant dans un contexte d'initiative politique et économique à titre d'exemple, la protection des consommateurs⁴⁵ et de la libre circulation des personnes⁴⁶.

Le Traité d'Amsterdam, représente le premier essor relevant de l'UE vers le développement européen pour les droits de l'enfant⁴⁷. Toutefois, le point d'inflexion dans la matière se démarque par trois jalons.

En premier lieu, par l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'UE en 2000⁴⁸ qui prend un caractère juridique sur le même pied d'égalité que les traités de l'UE. Ladite Charte est le premier texte en son genre au niveau de l'UE qui englobe des dispositions précises concernant les droits de l'enfant, particulièrement la reconnaissance du droit des enfants de suivre gratuitement l'enseignement obligatoire (article 14, paragraphe 2), l'interdiction de la discrimination en raison notamment de l'âge (article 21) et une interdiction de l'exploitation des enfants par le travail (article 32). Nous pensons qu'il serait important de mettre l'accent sur l'article 24 qui énonce trois principes fondamentaux des droits de l'enfant à savoir le droit d'exprimer leur opinion librement, en fonction de leur âge et leur maturité ; le droit de prioriser leur intérêt supérieur⁴⁹ constitue une considération primordiale dans tous les actes qui les concernent et le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec leurs deux parents.

En deuxième lieu, l'innovation de l'UE, arrivée de la main du Traité de Lisbonne, se reflète sur la progression des droits de l'enfant dont la protection fait partie des objectifs généraux de l'UE⁵⁰ et son inclusion dans une perspective pertinente de sa politique extérieure⁵¹. Suivant la même cadence, le traité du fonctionnement de l'UE (TFUE), permet à l'UE d'adopter des mesures législatives visant la lutte contre l'exploitation sexuelle et la traite des humains⁵². Dans sa communication publiée « Vers une stratégie européenne des droits de l'enfant » du 4 juillet 2006, la Commission signale le caractère urgent d'adopter une stratégie européenne globale en vue d'accroître la portée et l'efficacité de l'engagement, pris

⁴⁴ Directive 94/33/CE du 22 juin 1994 relative à la protection des jeunes au travail, JO 1994 L 216, art. 3.

⁴⁵ Directive 2009/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 relative à la sécurité des jouets, JO 2009 L 170, qui met en œuvre des mesures de sécurité pour les jouets pour enfants.

⁴⁶ *Op. Cit.*, N.° 43.

⁴⁷ L'article K.1 du Titre VI, cite entre autres la lutte contre les crimes contre des enfants.

⁴⁸ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO 2012 C 326.

⁴⁹ Pour lire en détail sur ces intérêts, voir. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. Directives du HCR sur la Détermination Formelle de l'Intérêt Supérieur de l'Enfant. HCR. 2008

⁵⁰ Art. 3 para. 3 du TUE.

⁵¹ Art. 3 para. 5 du TUE.

⁵² Art. 79, para. 2.d) du TFUE.

par l'UE, d'œuvrer à améliorer la situation des enfants dans le monde et de faire la preuve, au plus haut niveau, d'une réelle volonté politique de garantir que la promotion et la protection des droits de l'enfant trouvent la place qu'elles méritent sur l'agenda politique européen⁵³. Dans le même ordre d'idée, cet engagement aboutit à l'adoption de la directive relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie⁵⁴. Et de la directive au sujet de la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes⁵⁵, qui contiennent au même titre des dispositions répondant aux besoins spécifiques des enfants victimes. La directive établit des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité⁵⁶.

Finalement, la troisième étape importante prend une allure stratégique. Initialement, dans le cadre du programme de coopération extérieure de l'UE et, postérieurement, pour les questions internes.

Dans ce contexte, le Conseil de l'UE a adopté les « Orientations de l'UE concernant la promotion et la protection des droits de l'enfant »⁵⁷. Également la Commission adopte sa communication intitulée « Une place à part pour les enfants dans l'action extérieure de l'UE »⁵⁸, visant à intégrer les droits de l'enfant dans toutes les activités de l'UE avec des États qui ne sont pas membres. Et trois ans plus tard, elle adopte un programme de l'UE en matière de droits de l'enfant, définissant les grandes priorités afin d'élaborer la politique et la législation relative aux droits de l'enfant dans tous les États membres de l'UE⁵⁹. Suivant la même démarche, sa recommandation, sur : « Investir dans l'enfance pour briser le cercle vicieux de l'inégalité »⁶⁰ est adopté le 20 février de 2013. Elle a pour but de combattre la pauvreté ; l'exclusion sociale ; promouvoir l'égalité des chances ; prévaloir l'intérêt supérieur de l'enfant et d'accorder une attention particulière aux enfants les plus menacés par la misère vu leurs vulnérables situations.

De même, la Directive relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires⁶¹.

⁵³ Déclaration disponible sur <https://n9.cl/8b42z>. p.7. Consulté le 27 mars 2023.

⁵⁴ Directive 2011/93/UE, JO 2011 L 335, p.1.

⁵⁵ Directive 2011/36/UE, JO 2011 L 101, p.1.

⁵⁶ Directive 2012/29/UE, JO 2012 L 315, p. 57. Conseil de l'UE (2007), Orientations de l'UE concernant la promotion et la protection des droits de l'enfant, Bruxelles, 10 décembre 2007.

⁵⁷ Conseil de l'UE (2007), Orientations de l'UE concernant la promotion et la protection des droits de l'enfant, Bruxelles, 10 décembre 2007.

⁵⁸ Commission européenne (2008), Une place à part pour les enfants dans l'action extérieure de l'UE : communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions, COM (2008) 55 final, Bruxelles, 5 février 2008.

⁵⁹ Commission européenne (2011), Programme de l'Union européenne matière de droits de l'enfant : communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, COM (2011) 60 final, Bruxelles, 15 février 2011.

⁶⁰ Recommandation de la Commission du 20 février 2013, JO du 2.3.2013. L 59/5.

⁶¹ Directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires JO L 294 du 6.11.2013, p. 1 ss.

En 2018, le Règlement⁶² du 28 novembre vient renforcer la protection de l'enfant en décrivant le cas des enfants qui doivent être empêchés de voyager prévalant ainsi, son intérêt supérieur (arts. 32,33 et 55).

Ci-après, il convient de citer le Règlement (2019/1157)⁶³ dont le but est de renforcer les normes de sécurité applicables aux cartes d'identité délivrées par les États membres à leurs ressortissants et aux documents de séjour délivrés par les États membres aux citoyens de l'Union et aux membres de leur famille lorsqu'ils exercent leur droit à la libre circulation. Dans son art. 3, le législateur communautaire exempte l'enfant de moins seize ans de l'obligation de donner leurs empreintes digitales au moment où ceux de moins de douze ans peuvent faire de même et ceux-ci dans le cadre du recueil des données biométriques.

Il n'est pas moins important le Règlement (UE) 2019/1896 qui s'ajoute à la liste des instruments juridiques de la UE qui œuvrent pour la protection de l'enfant⁶⁴ (MNA). Les deux règlements suivants se rapportent à l'établissement des Fonds pour deux différentes missions. De la sorte, le Règlement (UE)⁶⁵ (2021/1147), réitère l'engagement de l'UE en faveur de la protection de l'enfant et le respect de son intérêt supérieur en rappelant les acquis dans la matière dans le préambule et il évoque également le cas des MNA.

Pour ce qui est du Règlement (UE) 2021/1149⁶⁶, sur l'établissement de Fonds pour la sécurité intérieure, son importance pour ce travail réside dans l'accent mis sur le soutien des mesures de protection de l'enfant contre son exploitation dans des crimes⁶⁷, sur l'attention particulière à sa protection et assistance des personnes vulnérables dont l'enfant et les MNA, et ce dans le cadre des actions financées au titre du Fonds⁶⁸.

Au sujet du Règlement (UE) (2021/2303)⁶⁹ relatif à l'Agence de l'Union européenne pour l'asile, et comme il est de coutume, son préambule rappelle le respect de tous les acquis en faveur de la protection de l'enfant. Son article 8, met en relief les formations organisées par l'Agence de l'UE pour l'asile créée en vertu du ce règlement. Ces formations sont destinées à la fois aux membres de son propre personnel, aux membres du personnel des administrations et juridictions nationales concernées, et aux membres des autorités nationales compétentes en matière d'asile et d'accueil. Parmi les formations visées, nous estimons intéressant de soulever les questions relatives aux MNA dont l'accent est mis sur l'intérêt

⁶² Règlement (UE) 2018/1862 du Parlement Européen et du Conseil du 28 novembre 2018 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen (SIS) dans le domaine de la coopération policière et de la coopération judiciaire en matière pénale, modifiant et abrogeant la décision 2007/533/JAI du Conseil, et abrogeant le règlement (CE) no 1986/2006 du Parlement européen et du Conseil et la décision 2010/261/UE de la Commission. PE/36/2018/REV/1, JO L 312 du 7.12.2018, p. 56 ss.

⁶³ Règlement (UE) 2019/1157 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relatif au renforcement de la sécurité des cartes d'identité des citoyens de l'Union et des documents de séjour délivrés aux citoyens de l'Union et aux membres de leur famille exerçant leur droit à la libre circulation (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.) PE/70/2019/REV/1, JO L 188 du 12.7.2019, p. 67 ss.

⁶⁴ Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) n° 1052/2013 et (UE) 2016/1624 PE/33/2019/REV/1, JO L 295 du 14.11.2019, p. 1 ss.

⁶⁵ Règlement (UE) 2021/1147 du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2021 établissant le Fonds « Asile, migration et intégration » PE/56/2021/INIT, JO L 251 du 15.7.2021, p. 1 ss..

⁶⁶ Règlement (UE) 2021/1149⁶⁶ du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2021 établissant le Fonds pour la sécurité intérieure PE/58/2021/INIT, JO L 251 du 15.7.2021, p. 94 ss.

⁶⁷ Les crimes visés sont, la cybercriminalité, l'exploitation sexuelle, le radicalisme, pédopornographie.

⁶⁸ *Idem*, art.4.

⁶⁹ Règlement (UE) 2021/2303 du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2021 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour l'asile et abrogeant le règlement (UE) no 439/2010 PE/61/2021/REV/1, JO L 468 du 30.12.2021, p. 1 ss.

supérieur de l'enfant⁷⁰. L'Agence apporte une assistance opérationnelle et technique aux États membres, en les aidant à mettre en place l'ensemble des mécanismes nécessaires à la sauvegarde des droits de l'enfant et à la protection des enfants, en particulier dans le cas des MNA⁷¹. Avec pour objectif de garantir le respect des principes de l'État de droit et de droits fondamentaux, l'Agence adopte un code de conduite applicable à tous les experts de l'équipe d'appui asile, en accordant une attention particulière aux MNA.

Finalement, et considérant leurs pertinences pour ce travail, il convient de signaler deux instruments concernant bien évidemment, l'enfant. Il s'agit, tout d'abord, de la communication de la Commission du 14 mars 2021 concernant la Stratégie de l'UE sur les droits de l'enfants⁷². Cette dernière, dans son introduction déclare que chaque enfant en Europe et dans le monde entier devrait jouir des mêmes droits et pouvoir vivre à l'abri des discriminations, des récriminations ou des intimidations de toutes sortes, tout en mettant l'accent sur le fait que les droits des enfants sont des droits humains. Et par la suite, la Recommandation (UE) 2021/1004⁷³ du Conseil établissant une garantie européenne pour l'enfance. Adoptée le 14 juin de 2021 et ayant pour objectif de prévenir et de combattre l'exclusion sociale en garantissant l'accès des enfants dans le besoin à un ensemble de services essentiels, contribuant dans le même temps au respect des droits de l'enfant en luttant contre la pauvreté des enfants et en promouvant l'égalité des chances. La recommandation en question, s'applique aux enfants dans le besoin qui sont les enfants de moins de 18 ans exposés au risque de pauvreté ou d'exclusion sociale.

3.2. *La protection de l'enfant dans le Conseil de l'Europe*

Tout comme le cas de l'UE, la lecture des instruments juridiques du CdE qui concernent l'enfant, nous a permis de constater que le terme utilisé, pour se référer à l'enfant, est adapté de la CIDE. Autrement dit, un enfant est toute personne âgée de moins de dix-huit ans. C'est le cas de l'article 1.1) de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants de 1996⁷⁴ qui vise à promouvoir, dans l'intérêt supérieur des enfants, leurs droits, à leur accorder des droits procéduraux et à en faciliter l'exercice en veillant à ce qu'ils puissent, eux-mêmes, ou par l'intermédiaire d'autres personnes ou organes, être informés et autorisés à participer aux procédures les intéressant devant une autorité judiciaire. L'article 9.3) de la Convention sur le cyber criminalité de 2001⁷⁵, bien qu'il utilise le terme mineur. Conformément à cette Convention, tous les comportements se rapportant à la pornographie enfantine doivent être érigés en infractions pénales dans les États parties. Ou encore l'article 2.c) de la Convention sur les relations personnelles concernant les enfants de 2003⁷⁶ dont l'objectif est de définir des principes généraux à appliquer aux décisions relatives aux relations personnelles et d'établir des mesures de sauvegarde et des garanties appropriées pour assurer le bon déroulement des visites et le retour immédiat des enfants à l'issue de celles-ci.

⁷⁰*Idem*, art.8.k).

⁷¹*Idem*, art.16.j).

⁷² Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions, Stratégie de l'UE sur les droits de l'enfant, COM/2021/142 final.

⁷³ Recommandation (UE) 2021/1004 du Conseil du 14 juin 2021 établissant une garantie européenne pour l'enfance ST/9106/2021/INIT, JO L 223 du 22.6.2021, p. 14 ss.

⁷⁴ Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, STCE 160.

⁷⁵ Convention sur la cybercriminalité, STCE 185

⁷⁶ Convention sur les relations personnelles concernant les enfants, STCE 192.

S'agissant de la Convention du CdE sur la lutte contre la traite des êtres humains de 2005⁷⁷, son objectif est de prévenir et combattre la traite des êtres humains en garantissant l'égalité entre les hommes et les femmes et de protéger toutes victimes, son article 4.d) définit l'enfant comme étant toute personne âgée de moins de dix-huit ans. C'est aussi le cas de l'article 3.a) de la Convention du CdE sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuel ou la Convention de Lanzarote⁷⁸. Cette dernière, dispose que les États, en Europe et au-delà, doivent adopter des dispositions législatives spécifiques et prendre des mesures en vue de prévenir la violence sexuelle, de protéger les enfants victimes et de poursuivre les responsables. Dans le même contexte, l'analyse de la Convention du CdE sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique dite la Convention d'Istanbul de 2011⁷⁹, illustre l'inclusion dans le terme « femme », au niveau de l'article 3.f), les filles de moins de 18 ans suivant ainsi les autres conventions.

4. *La visibilité du phénomène mineur non accompagné dans le droit européen*

Dans la deuxième section, nous avons essayé de découvrir si la protection du mineur non accompagné formait partie de la préoccupation à niveau mondial moyennant les conventions internationales qui concerne la protection de l'enfant. Dans cette section, c'est le cas du droit européen qui interpelle notre intérêt pour aller de concert avec l'objectif de ce travail.

Bien évidemment, le phénomène de la migration du mineur hors de l'environnement parental ou familial à l'Europe a été identifié dès les années 70 du XX siècle. Cependant, son accru prend place dans les années quatre-vingt-dix et par la suite il prend son essor vers le début du XXI siècle⁸⁰. L'exploration des instruments juridiques européens commence par ceux de l'UE.

Le premier instrument en la matière est la Résolution du Conseil de l'UE du 26 juin 1997 portant sur les mineurs non accompagnés ressortissants de pays tiers⁸¹ composée de six articles. C'est au 4^{ème} paragraphe du préambule où il est officiellement reconnu l'arrivée des mineurs ressortissants de pays tiers, entrent et séjournent sur le territoire des États membres sans être accompagnés d'une personne responsable et sans autorisation. Nonobstant, ce n'est qu'à partir du paragraphe 5 que l'expression « mineur non accompagné » est introduite et réitérée dans les paragraphes 6, 7 et 17 ; par la suite elle est officiellement inculquée dans son article premier, paragraphe 3. Néanmoins, au début il précise que ladite résolution concerne à la fois les ressortissants de pays tiers âgés de moins de dix-huit ans qui entrent sur le territoire des États membres sans être accompagnés d'un adulte qui soit responsable d'eux, de par la loi ou la coutume, et tant qu'ils ne sont pas effectivement pris en charge par une telle personne, et ceux qui ont été laissés seuls après être entrés sur le territoire des États

⁷⁷ Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains, STCE n° 197, 15 mai 2005 du Conseil de l'Europe

⁷⁸ Convention sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, STCE n° 201, 25 octobre 2007.

⁷⁹ Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, STCE 210.

⁸⁰ Voir le rapport : l'Accueil et la prise en charges des mineurs non accompagnés dans huit pays de l'Union Européenne. Disponible sur <https://n9.cl/unp3c>, p. 9. Consulté le 31 mars 2023.

⁸¹ Résolution du Conseil du 26 juin 1997 concernant les mineurs non accompagnés ressortissants de pays tiers, JO n° C 221 du 19/07/1997 p. 23 ss.

membres. Dans le même contexte, le paragraphe 3 du même article précise l'objectif qui n'est autre que définir les lignes directrices à l'égard du traitement qu'il convient de réserver aux MNA, particulièrement, a trait aux conditions d'accueils, de séjour et de retour, ainsi que, le déroulement des procédures appliquées à l'égard des demandeurs d'asile. La résolution stipule dans son article 2 que les États membres peuvent non seulement refuser l'accès à leur territoire aux MNA, notamment s'ils sont dépourvus des documents et autorisations requis, mais aussi prendre des mesures pour les en empêcher. De surcroît, ils doivent rester à la frontière jusqu'à ce qu'une décision soit prise concernant, soit leurs admissions soit d'ordonner leur retour. Pourtant, une certaine flexibilité est notée dans l'article 3 sur des garanties minimales qui leur sont applicables. À savoir l'établissement rapide de leurs identités, le droit à la protection et aux soins de base nécessaires conformément à la législation nationale, leur assurer une représentation soit moyennant la tutelle légale, ou la représentation par une organisation nationale ou autre type de représentation appropriée. Dans le même ordre d'idées, cet article leur permet l'accès à la scolarisation s'ils en ont l'âge de son obligation. Finalement, le renvoi des MNA, tel comme il est stipulé dans l'article 5, ne peut avoir lieu que s'il est avéré que, dès son arrivée, il sera accueilli et pris en charge de manière appropriée, en fonction des besoins correspondant à son âge et à son degré d'autonomie, soit par ses parents ou d'autres adultes qui s'occuperont de lui, soit par des instances gouvernementales ou non gouvernementales.

Trois ans après, la Décision 1/2000⁸² du 31 octobre 2000, dans son article 2 concernant les conditions du rapprochement et du maintien de la cellule familiale, stipule que ce rapprochement peut être établi pour le cas d'un MNA avec le membre de sa famille résidant légalement dans un État membre, et également dans le cas de demande d'asile par ce dernier, l'État responsable, conformément aux articles 4 à 8 de la convention de Dublin⁸³, est là où se trouve le père ou la mère.

L'exploration de la Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001⁸⁴, a permis de constater l'adoption d'une définition du "mineurs non accompagnés"⁸⁵ et qui sera le terme officiel utilisé avec un changement infime dans les textes de la UE. Concernant l'objet de cette Directive, il porte sur les normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire, que les États membres peuvent mettre en œuvre, dans le respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et de leurs obligations en matière de non-refoulement (article 3.2), et dont les MNA qui sont inclus dans la catégorie des bénéficiaires ayant des besoins particulières (article 13.4). Ces États doivent prendre, dès que possible, des dispositions pour

⁸² Décision n. 1/2000 du 31 octobre 2000 du comité institué par l'article 18 de la convention de Dublin, relative au transfert de la responsabilité de l'examen des demandes d'asile émanant de membres de la famille conformément à l'article 3, paragraphe 4, et à l'article 9 de ladite convention, JO L 281 du 7.11.2000, p. 1 ss.

⁸³ Elle n'est plus en vigueur, date de fin de validité : 16/03/2003; remplacé par le Règlement 32003R0343 qui a été abrogé par le Règlement (UE) n. 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), JO L 180 du 29.6.2013, p. 31 ss.

⁸⁴ Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, JO L 212 du 7.8.2001, p. 12 ss.

⁸⁵ *Idem*, art. 2.f) « les ressortissants de pays tiers ou apatrides âgés de moins de dix-huit ans qui entrent sur le territoire des États membres sans être accompagnés d'un adulte qui soit responsable d'eux, de par la loi ou la coutume, et tant qu'ils ne sont pas effectivement pris en charge par une telle personne, ou les mineurs qui ne sont plus accompagnés après leur entrée sur le territoire des États membres ».

assurer la présentation nécessaire (article 16) dans des conditions similaires à celles énoncées dans l'article 3 de la Résolution du Conseil de 1997.

Concernant la Directive 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004⁸⁶, elle a pour but de définir les conditions d'octroi de titres de séjour de durée limitée aux ressortissants de pays tiers qui coopèrent à la lutte contre la traite des êtres humains ou contre l'aide à l'immigration clandestine. Le paragraphe c), de l'article 10 sur les mineurs, fait appel aux dispositions de l'article 3 de la Résolution du Conseil de 1997. Il serait opportun de souligner que la définition du MNA, tout simplement à été introduite au singulier, alors que la précédente s'adressait au pluriel.

L'étude de la Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil⁸⁷ nous apprend l'inclusion d'un nouveau concept. Dans ce sens, elle établit une nouvelle définition dans son article 3.9) que sont « personnes vulnérables » et dont font partie les MNA. Toutefois, l'article 10 intitulé « retour et éloignement des MNA » reformule d'une forme succincte et claire les dispositions de l'article 5 de la Directive de 1997 en évoquant la considération de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Arrivant à la Directive 2011/95/UE⁸⁸ dont l'objet est d'établir des normes relatives aux conditions d'octroi de la protection internationale aux ressortissants des pays tiers, elle annonce que le MNA peut en bénéficier si, bien évidemment, remplit les critères listés dans l'article 9. Quant aux dispositions de l'article 31, elles encadrent les mesures que les États membres doivent adopter dans le cas de la concession de la protection internationale au MNA. S'agissant de la définition du MNA, elle a connu une restructuration de la partie visant le mineur laissé seul une fois arrivé sur le territoire des États membres. Cette reformulation, sera adoptée telle quelle dans toutes les catégories d'actes de la UE qui suivent.

En 2013, le cadre juridique communautaire s'est vu renforcé par un règlement et une directive a trait au cas des MNA. En ce qui concerne le premier, le Règlement (UE) n° 604/2013⁸⁹ établit les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride. Son article 6, encadre des garanties en faveur des mineurs que les États membres doivent prendre en considération et met l'accent sur la prévalence de l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les procédures. Conformément à l'article 8, l'État membre responsable de l'examen de la demande est celui dans lequel un membre de la famille ou les frères ou sœurs du MNA se trouvent légalement établis. Dans le cas échéant un proche du MNA résidant dans un autre État membre, s'il est établi que ce proche peut s'occuper de lui, cet État est responsable de réunir le MNA et son

⁸⁶ Directive 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes, JO L 261 du 6.8.2004, p. 19 ss.

⁸⁷ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 348 du 24.12.2008, p. 98 ss.

⁸⁸ Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte), JO L 337 du 20.12.2011, p. 9 ss.

⁸⁹ Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), JO L 180 du 29.6.2013, p. 31 ss. Il refonte le Règlement (CE) n° 343/2003, abrogé en vertu de l'article 48.

proche. En absence de possibilité sus mentionnées, l'État responsable est celui dans lequel la demande a été introduite.

Pour le cas de la Directive 2013/33/UE⁹⁰, étant une refonte⁹¹ visant l'établissement des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, ce sont les articles 11 et 24 qui interpellent notre intérêt. Le premier concerne le placement en rétention de personnes vulnérables et de demandeurs d'asile ayant des besoins particuliers en matière d'accueil. Son paragraphe 3, soulève que les MNA ne peuvent être placés en rétention que dans des circonstances exceptionnelles tout en les séparant des adultes et que leurs libertés doivent être une priorité dans les mesures prises par les États membres. Aussi, les MNA ne doivent jamais être retenus dans des centres pénitentiaires. Enfin, en cas de possibilité, les héberger dans un centre disposant de personnel et d'installations qui considèrent les besoins des enfants de leurs âges. En relation avec le deuxième, son alinéa 1, vise le MNA en général et met en évidence la nécessité de procurer, aussitôt que possible, un représentant⁹² pour le MNA qui l'assiste et doit assumer sa mission suivant le principe de l'intérêt suprême de l'enfant. Dans ce sens, et pour le bien-être de l'enfant et le développement social du mineur⁹³, le représentant ne peut être remplacé qu'en cas de nécessité. L'alinéa 2 aborde le cas des MNA ayant présenté une demande de protection internationale. Ces derniers, doivent être placés⁹⁴ auprès de parents adultes ; au sein d'une famille d'accueil ; dans des centres spécialisés dans l'hébergement des mineurs ou dans d'autres lieux d'hébergement adaptés aux mineurs. Pour ceux âgés de 16 ou plus, si c'est dans leurs intérêts supérieurs, peuvent être héberger avec des demandeurs d'asile adultes. Nous considérons que l'alinéa 4, qui aborde la formation et le perfectionnement adéquats de la personne responsable des mineurs, est extrêmement pertinente. Dans le même cadre, la Directive 2013/32/UE⁹⁵ dresse les procédures qui doivent être suivies dans le cas de la Directive 2013/33/UE objet d'étude de ce paragraphe. A cet égard, l'article 25 énonce les garanties accordées aux mineurs non accompagnés visant l'entretien personnel qui tient lieu pour les demandeurs d'asile. De la sorte, les États membres doivent veiller à ce que le MNA soit dûment informé et éventuellement, préparé pour cet entretien. Son consentement ainsi que celui de son représentant est requis pour l'examen médical afin de déterminer l'âge du mineur. Ce dernier peut refuser de se soumettre à cet examen, chose qui ne doit pas être considéré exclusivement comme fondement de rejet de sa demande de protection internationale.

Les deux règlements suivants prennent respectivement un aspect financier et institutionnel et dans lesquels les MNA sont pris en considération. Le premier, c'est le Règlement (UE) 2021/1147⁹⁶ dont le but est l'établissement du Fonds « Asile, migration et

⁹⁰Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte), JO L 180 du 29.6.2013, pp. 96-116.

⁹¹ Elle vient refondre la Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 qui a été dérogé le 20 juillet 2015.

⁹² Toutes personnes ou organisation qui peut et susceptible d'entrer en conflit avec les intérêts du MNA sont exclus de la possibilité de devenir représentants.

⁹³ Voir le paragraphe 2 de l'article 23 qui cite les facteurs à considérer pour l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant.

⁹⁴ Cela doit avoir lieu à partir de la date à laquelle ils sont admis sur le territoire jusqu'à celle à laquelle ils doivent quitter le territoire de l'État membre dans lequel la demande de protection internationale a été présentée ou est examinée.

⁹⁵ Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale qui refonte celle de 2005/85/CE.

⁹⁶ Règlement (UE) 2021/1147 du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2021 établissant le Fonds «Asile, migration et intégration» PE/56/2021/INIT, JO L 251 du 15.7.2021, p. 1 ss.

intégration » pour la période entre le premier janvier 2021 et le 31 décembre 2027. Il fixe ses objectifs et arrête le budget pour cette période, ainsi que les formes de financement de l'Union et les règles relatives à l'octroi d'un tel financement. L'article 3, trace les objectifs du Fonds dont la contribution à la gestion efficace des flux migratoires et à la mise en œuvre, au renforcement et au développement de la politique en matière d'asile et de la politique commune en matière d'immigration, conformément aux dispositions pertinentes de l'acquis de Union et dans le plein respect des obligations internationales de l'Union et des États membres qui découlent des instruments internationaux auxquels ils font partie. En ce qui concerne l'intérêt porté au MNA, l'article 19 sur les ressources destinées à la réinstallation et à l'admission humanitaire, énonce dans son paragraphe 3, le montant de 14 000 € sont alloués à l'État membre pour chaque personne admise, dans le cadre d'une admission humanitaire, qui appartient à un ou plusieurs des groupes vulnérables dont les MNA. Il reste à souligner que ce règlement va de concert avec la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions⁹⁷ du 24 novembre 2020 portant sur le Plan d'action en faveur de l'intégration et de l'inclusion pour la période 2020-2027. Dans le cadre du plan visant l'éducation et formation, la Commission encourage les États membres à élaborer des programmes de soutien spécifiquement adaptés aux MNA qui arrivent à l'âge de la scolarité obligatoire et des programmes spécifiquement axés sur leurs passages à l'âge adulte.

Au sujet du Règlement (UE)2021/2303⁹⁸, il crée une Agence de l'Union européenne pour l'asile et qui remplace le Bureau européen d'appui en la matière⁹⁹. Parmi les objectifs¹⁰⁰ de l'Agence qui serait opportun de souligner est sa contribution à assurer l'application efficace et uniforme du droit de l'Union en matière d'asile dans les États membres d'une manière qui respecte pleinement les droits fondamentaux. Également, elle alloue la facilitation et le soutien aux activités des États membres portant sur la mise en œuvre du régime d'asile européen commun, y compris en favorisant la convergence dans l'évaluation des demandes de protection internationale dans l'ensemble de l'Union et en coordonnant et renforçant la coopération pratique et l'échange d'informations. Quant à son article 5, il stipule que l'Agence recueille et analyse des informations sur la situation en matière d'asile dans l'Union et dans les pays tiers dans la mesure où cette situation pourrait avoir une incidence sur l'Union, entre autres, la présence de MNA.

Il ne serait possible de terminer cette section sans s'arrêter d'abord, au niveau de la Communication de la Commission relative au plan d'action en faveur de l'intégration et de l'inclusion pour la période 2021-2027¹⁰¹ du 24 novembre 2020. En effet, elle encourage les États membres dans la section I, éducation et formation, à élaborer des programmes de soutien spécifiquement adaptés aux MNA qui arrivent à l'âge de la scolarité obligatoire et des programmes spécifiquement axés sur leurs passages à l'âge de majorité. Et dans la section

⁹⁷ Voir Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions Plan d'action en faveur de l'intégration et de l'inclusion pour la période 2021-2027, COM/2020/758 final.

⁹⁸ Règlement (UE) 2021/2303 du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2021 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour l'asile et abrogeant le règlement (UE) no 439/2010 PE/61/2021/REV/1, JO L 468 du 30.12.2021, p. 1 ss.

⁹⁹ Ce bureau a été institué par le Règlement (UE) n. 439/2010.

¹⁰⁰ Lire article premier, cit. N.°98.

¹⁰¹ Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions, Plan d'action en faveur de l'intégration et de l'inclusion pour la période 2021-2027, COM/2020/758 final.

III, la santé, à former les professionnels de la santé à la gestion de la diversité et aux besoins de groupes de migrants spécifiques dont les MNA. Et finalement, revenir à la Stratégie de l'UE sur les droits de l'enfance¹⁰² pour mettre en exergue que la Commission utilise pour la première fois, "l'enfant migrant non accompagné" ou bien "l'enfant non accompagné" dans sa stratégie 3¹⁰³ et 4¹⁰⁴

Dans le cas du CdE, l'exploration de ses actes aboutit à des plans d'action. En l'occurrence, le plan d'action du CdE sur la protection des personnes vulnérables dans le contexte des migrations et de l'asile en Europe (2021-2025)¹⁰⁵ qui se base sur quatre piliers : assurer la protection et promouvoir les garanties en identifiant et en réduisant la vulnérabilité ; garantir l'accès au droit et à la justice ; encourager la participation démocratique et renforcer l'inclusion et renforcer la coopération entre les autorités responsables de la migration et de l'asile dans les États membres du CdE. Dans le cadre du premier pilier, la section 1.1. « Promouvoir des procédures efficaces de détection de la vulnérabilité et les garanties qui en découlent »¹⁰⁶, établit un plan d'action qui touche principalement les MNA. Il s'agit de l'évaluation de l'âge des mineurs. À ce fait, il s'agit d'élaborer un projet de memorandum explicatif et compléter les lignes directrices, y compris celles relatives à l'évaluation de l'âge des mineurs, et mettre au point une action ciblée sur les garanties dans cette procédure y compris la formation des professionnels concernés. Et également, d'organiser un échange de bonnes pratiques sur l'application au niveau national des arrêts de la Cour concernant la vulnérabilité des mineurs accompagnés et non accompagnés et l'accès à l'asile. En ce qui concerne le plier 4, sa section 4.2 « encourager les échanges entre pairs »¹⁰⁷, le plan vise l'organisation d'un échange de bonnes pratiques sur l'application au niveau national des arrêts de la Cour concernant la vulnérabilité des mineurs accompagnés et non accompagnés.

Le deuxième instrument porte sur la stratégie pour les droits de l'enfant pour la période de 2022-2027¹⁰⁸. Elle se base sur six objectifs stratégiques (OS) précis à deux niveaux : la mise en œuvre, avec des objectifs axés sur les normes et instruments en vigueur et la manière de renforcer leur application ; l'innovation, avec des objectifs visant à mener de nouvelles actions et à réaliser des synergies essentielles. Uniquement, seront examinés trois de ces OS pour correspondre à l'essence de ce travail. En l'occurrence, le second OS¹⁰⁹ qui vise l'égalité des chances et l'inclusion sociale pour tous les enfants. Son innovation porte sur les analyses des nouveaux défis émergés dus à la pandémie de COVID-19 pour les enfants en situation de vulnérabilité (accès aux soins de santé et tutelle des enfants migrants et des enfants non accompagnés et séparés de leur famille, rétention, augmentation de la pauvreté, etc.).

¹⁰² Cit., n. 72.

¹⁰³ Stratégie concernant la justice, elle invite les États membres à promouvoir des stratégies et des programmes nationaux visant à accélérer la désinstitutionalisation et la transition vers des services de qualité d'aide à la famille et de soins de proximité, y compris en mettant l'accent de façon appropriée sur la préparation des enfants à la sortie des structures d'accueil, notamment pour les enfants migrants non accompagnés ; renforcer les systèmes de tutelle pour tous les enfants non accompagnés.

¹⁰⁴ Il s'agit de la stratégie sur renforcer les systèmes de tutelle pour tous les enfants non accompagnés, notamment par la participation aux activités du réseau européen de la tutelle.

¹⁰⁵ Conseil de l'Europe. Le plan d'action du CdE sur la protection des personnes vulnérables dans le contexte des migrations et de l'asile en Europe (2021-2025), Conseil de l'Europe, 2021.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 10 s.

¹⁰⁷ *Idem*, p. 17.

¹⁰⁸ Conseil de l'Europe, Stratégie du Conseil de l'Europe pour les Droits de l'Enfant (2022-2027), 2022.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 24.

Pour ce qui est de quatrième OS¹¹⁰, il plaide pour une justice adaptée aux besoins de tous les enfants. De ce fait, les États membres sont invités à mettre en œuvre ses normes moyennant des actions dont l'initiation des analyses et des activités de suivi dans des domaines dont celui des migrations (mise en œuvre de la Recommandation intitulée « Un régime de tutelle efficace pour les enfants non accompagnés et les enfants séparés dans le contexte de la migration »).

En fin, le sixième OS¹¹¹ qui a trait aux droits de l'enfant dans les situations de crise ou d'urgence. Son implémentation requière que les États membres fassent usage d'un ensemble d'action, à savoir élaborer et promouvoir des normes sur les droits de l'homme des enfants migrants (en mettant en œuvre les mesures prévues dans le premier instrument), telles que la mise en place d'un suivi de la recommandation intitulée « Un régime de tutelle efficace pour les enfants non accompagnés et les enfants séparés dans le contexte de la migration » ou la promotion de la prise en charge, familiale ou collective, des MNA.

5. *Conclusions*

Il n'y a aucun doute qu'au moment de terminer ce travail, des milliers de mineurs non accompagnés auraient atteint leurs Eldorado quelque part dans le monde, autres milliers seraient en route et autant seraient en train de penser comment y arriver. Ce phénomène touche la quasi-totalité du globe. Il convient de noter qu'un seul MNA pourrait compromettre au moins trois États, à savoir le pays d'origine, de transit et d'accueil. Il s'agit, par conséquent, d'un phénomène à dimension universelle. Il nécessite également une réflexion pluridisciplinaire. A titre d'exemple, d'un point de vue sociologique, psychologique, économique, juridique, démographique, anthropologique...etc. Et qui appelle à la participation de tous les acteurs de la société internationale

Dans la deuxième section, dans le cadre de l'étude de la protection de l'enfance dans sa dimension universelle, il a été possible de mettre en exergue que la protection de l'enfant trouve ses racines dans le phénomène du travail des enfants mineurs. L'image des enfants travailleurs privés de leur enfance était si répandue qu'il ne pouvait laisser indifférent les plus sensibles aux conditions du travail précaires et inhumaines. Leur situation était plus proche de celle des esclaves que celle des travailleurs. C'est grâce à l'initiative de personnes profondément engagées dans la cause et soutenues par des ONG que des mesures ont été prises en faveur de la protection des enfants. De plus, la création d'organisations internationales dotées de structures permanentes a permis de mettre en place un cadre juridique international pour protéger les enfants à qui l'on a rendu, à juste titre, leur enfance et leur place dans les écoles.

Quant à la situation des enfants migrants, au XXI^e siècle, leur visibilité a franchi toutes les frontières et leurs problèmes sont sus et entendus dans le monde entier. L'enfant travailleur n'a pas bénéficié d'un tel avantage à son époque. Nonobstant, les acteurs de la société internationale ont réussi à conjuguer leurs efforts pour assurer une protection adéquate, à la mesure de l'ampleur des préjudices subis par les enfants à l'époque. Ainsi, les conventions de l'OIT (1919, 1973 et 1999), la Déclaration des droits de l'enfant ou

¹¹⁰ *Idem*, p. 27.

¹¹¹ *Idem*, p.49.

Déclaration de Genève de 1924, la création de l'UNICEF, la Déclaration des droits de l'enfant de 1956, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels et la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989 ont réussi à établir un cadre juridique au niveau international.

En ce qui concerne l'enfant migrant, l'exploration des instruments de droit international existants a permis de constater la présence, en premier lieu, de la Convention internationale de 1990 sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, qui ne fait aucune référence aux MNA. Nous pensons qu'à l'époque, le phénomène n'existait pas ou plutôt n'était pas perceptible. Le rapport sur l'accueil et la prise en charge des mineurs non accompagnés dans huit pays de l'UE souligne quant à lui que son existence remonte à près de deux décennies. Et par la suite, les rapports de l'OIM dont le contenu relatif aux mineurs non accompagnés se limite à définir le mineur non accompagné ou à le mentionner dans les cas qui ont fait l'objet du rapport.

Il serait juste de dire que le phénomène de l'enfant migrant non accompagné ou le mineur non accompagné, attire une attention accrue dans des nombreux rapports¹¹² des ONG¹¹³, des articles¹¹⁴ ou autre. Par conséquent il ne peut point demeurer exclu d'une protection universelle et géré en dehors d'un cadre international. Il semble que, jusqu'à présent, aucun mécanisme juridique contraignant n'ait été adopté au niveau mondial pour traiter la question de ce groupe vulnérable de migrants.

Malgré l'engagement des ONG dans cette cause et les recherches académiques en la matière, la protection des MNA n'a pas encore fait l'objet d'une attention particulière de la part du droit international pour convenir à une convention internationale établissant des lignes directrices en la matière. Il serait légitime de considérer que la CIDE n'est plus le cadre juridique capable de cerner ce phénomène. Si l'ONU ne parvient pas à réunir les États autour d'une nouvelle convention internationale, le plus approprié serait d'amender de la CIDE afin de l'adapter à la situation des MNA et d'harmoniser les politiques des États vis-à-vis de leur actuation en la matière. Dans le cas contraire, nous serons en droit de penser que les États ne cherchent toujours pas à trouver une solution à ce sujet en raison d'autres intérêts qui prévalent sur un contexte juridique acclimaté à au problème de ces composants vulnérables de la société.

En ce qui concerne la protection des MNA dans le droit européen et, plus particulièrement, dans le droit de l'UE, le changement d'attitude à l'égard des MNA en près d'un quart de siècle, depuis la résolution de 1997, est tout à fait remarquable. Alors qu'à l'époque, les États membres pouvaient refuser l'accès aux MNA sur leur territoire s'ils ne disposaient pas de document ou d'autorisation, voire les laisser à la frontière tant qu'aucune décision n'ait été prise, c'est aujourd'hui le principe de non-refoulement et la considération de l'intérêt supérieur du mineur qui prévalent.

¹¹² Voir le rapport du Défenseur des droits de la République française, Les mineurs non accompagnés au regard du droit, 2020

¹¹³ L. LEMASSON, *Les mineurs Non Accompagné : état des lieux et perspectives*, in *Institut pour la justice*, 2021.

¹¹⁴ Lors de la réalisation de ce travail, il a été possible d'examiner des articles sur les MNA. Il est possible de consulter: J. L. RONGE, *Les «mineurs isolés étrangers» (MIE) deviennent des «mineurs non accompagnés» (MNA) - Que tout change...pour que rien ne change !* in *Journal du droit des jeunes*, 2016 DOI 10.3917/jdj.358.0020; M. BARBA DEL HORNO, *Los menores extranjeros no acompañados como problema: sistema de intervención y construcción social de una alteridad extrema*, in *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, 91, 47-66, 2021, <https://n9.el/iygp0>, J. M LÓPEZ ULLA, *Razones para una Directiva europea sobre menores extranjeros no acompañados y juventud migrante*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (2022). 73, 873-914. Doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.73.05>.

Certes, il a été possible d'explorer divers actes de l'UE, émanant des différents auteurs, qui abordent ou plutôt incluent le MNA dans leurs contextes d'une manière dispersée. Autrement dit, il a été possible de percevoir l'absence d'un Règlement ou d'une Directive qui a pour objet, exclusivement, de réglementer le migrant mineur non accompagné. Un phénomène qui est largement présent sur le territoire de l'UE, discuté dans les médias et fait objet de travaux de chercheurs, ne peut être traité comme il est.

Nous considérons que l'avis du Comité économique et social européen sur la protection des mineurs isolés migrants en Europe (CESE)¹¹⁵ est d'une grande importance pour l'établissement d'une directive en la matière comme indiqué dans l'Avis. Cependant, le talent d'Achille d'une directive est la marge de discrétion laissée aux États membres pour adopter les moyens qui leur conviennent pour mettre en œuvre les dispositions d'une directive. Nous pensons qu'une protection favorable aux MNA et tenant compte du principe de l'intérêt supérieur du mineur ne peut atteindre l'objectif recherché qu'en harmonisant toutes les procédures entamées, dès la localisation du MNA par les autorités compétentes. Il suffit de considérer la disparité entre les États membres en matière du droit du séjour, de protection des victimes de traite le cas échéant, de représentation légale et bien sûr, de détermination de l'âge pour prononcer sur la question de la minorité.

Le phénomène des migrant mineurs non accompagnés ne cesse de croître partout où se trouve leur Eldorado, c'est pour cette raison qu'une protection impérative doit être une priorité pour la société internationale. Rappelons qu'un mineur non accompagné quitte son pays, transite par un ou plusieurs autres pays pour atteindre sa destination. Tous ces pays concernés doivent assumer leurs responsabilités à leurs égards dans le respect du principe de l'intérêt supérieur du mineur.

ABSTRACT: A reflection on the protection of unaccompanied minors in light of international and European law

Unaccompanied minor, unaccompanied foreign minor, unaccompanied foreign minor, or simply UFM, whatever the name which differs from one country to another, the definition remains common as recognised in Community law. In this case, it is the minor who enters the territory of the Member States unaccompanied by an adult who is responsible for him or her, by law or practice in the Member State concerned, and as long as he or she is not effectively taken into the care of such a person; this expression also covers the minor who has been left alone after entering the territory of the Member States. The presence of UFM in the community-citizen landscape is no longer a sporadic phenomenon. Since the 1990s, UFM have been taking every possible route to reach their Eldorado, even though they know their lives are in danger. Their presence, which is widely noticed, calls for international organisations, civil society and NGOs to join their efforts and adopt a legal framework to protect children. It is regrettable to contrast that this is absolutely not the case for UFM. This study of reflection on the protection of UFM in international and European law has enabled us to highlight the fact that in the former there is an absence of a binding international legal instrument that allows both the protection of UFM and a framework for

¹¹⁵ Avis du Comité économique et social européen sur «la protection des mineurs isolés migrants en Europe» (avis d'initiative), EESC 2020/02281, JO C 429 du 11.12.2020, p. 24–29.

this phenomenon. It appears that the International Convention on the Rights of the Child cannot be adapted to the case of UFM^s *mutatis mutandis*. With regard to the second, the visibility of UFM^s in legal texts cannot be underestimated. Nevertheless, the phenomenon is dealt with in a scattered manner between directives and regulations. Subsequently, there is a total absence of a legal act governing UFM^s in particular, hence the need for a regulation or a directive to better manage and control this phenomenon. Although in the case of a directive, as is the case at present, it will help to address a common problem by methods and means that differ from one country to another, subsequently we see cases where some countries manage better or worse than others do. In the end, it is the UFM^s who suffer the consequences.

SEZIONE SECONDA

Cause ed effetti delle crisi migratorie in una prospettiva regionale
Causas y consecuencias de las crisis migratorias: análisis desde una perspectiva regional



IRENE BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ*

CRISIS MIGRATORIA VS. IGUALDAD DE TRATO: LA DIFÍCIL ANDADURA EN EL MARCO EUROMEDITERRÁNEO

SUMARIO: 1. Introducción: las relaciones euromediterráneas y la movilidad transfronteriza de personas. – 2. El marco jurídico. Aproximación a los acuerdos exteriores entre la Unión Europea con Turquía y los Países del Magreb. Disposiciones sobre flujo de personas – 2.1. Turquía: de la libre movilidad al control fronterizo. – 2.2. El Magreb: la migración un aspecto esencial en su relación con la Unión Europea – 3. El principio de igualdad de trato en los acuerdos exteriores: alcance y perspectivas. – 3.1. Aproximación a las disposiciones y praxis jurisprudencial. – 3.2. Evolución actual: cláusula *standstill* y control eficaz de los flujos. – 4. A modo de conclusión final.

1. *Introducción: las relaciones euromediterráneas y la movilidad transfronteriza de personas*

El flujo de personas entre las dos orillas del Mediterráneo siempre ha sido una cuestión clave entre la UE y sus vecinos. Desde el Acuerdo de Asociación con Turquía¹ y los Acuerdos de Cooperación con los países del Magreb y del Mashrek², de los años sesenta y setenta

* Profesora Titular de Universidad de Derecho internacional privado, Universidad de Córdoba (España).

¹ El Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía fue celebrado, aprobado y confirmado en nombre de la Comunidad mediante Decisión 64/732/CEE del Consejo, de 23 de diciembre de 1963 (JOCE L n. 217, de 29 de diciembre de 1964, p. 3685; EE 11/vol. 1, p. 18).

² En relación a los países del Magreb: el Acuerdo con la República Argelina Democrática y Popular firmado en Argel se publicó en JOCE L n. 263, p. 2 (EE 11/Vol. 8, p. 70); el Acuerdo con el Reino de Marruecos firmado en Rabat se publicó en JOCE L n. 264, p. 1 (EE 11/Vol. 9, p. 3); el Acuerdo con la República Tunecina firmado en Túnez se publicó en JOCE L n. 265, p. 1 (EE 11/Vol. 9, p. 121). Todos los acuerdos se firmaron el 25 de abril de 1976 y se publicaron en JOCE con fecha de 27 de septiembre de 1978. En relación a los países del Mashrek se han suscrito los Acuerdos de Cooperación entre la Comunidad Económica Europea y la República Árabe de Egipto (JOCE L n. 266, p. 2; EE 11/Vol. 10, p. 4); y el Reino Hachemita de Jordania (JOCE L n. 268, p. 2; EE 11/Vol. 10, p. 196); y la República Árabe Siria (JOCE L n. 269, p. 2; EE 11/Vol. 11, p. 4); y la República Libanesa (JOCE L n. 267, p. 2; EE 11/Vol. 10 p. 107). Estos últimos Acuerdos han sido firmados el 18 de enero de 1977, a excepción del Acuerdo con la República Libanesa suscrito el 3 de mayo de ese mismo año. Todos los JOCE referidos tienen fecha de 27 de septiembre de 1978.

respectivamente, hasta la idea de una Unión para el Mediterráneo (UpM)³ fraguada en el año 2008, el movimiento de personas por un motivo u otro siempre ha estado presente en la agenda de los países signatarios. Ahora bien, este flujo de personas —y la consiguiente respuesta institucional— es lógicamente altamente sensible al devenir de acontecimientos tanto a nivel nacional como regional que no han dejado de sucederse en esta zona geopolítica clave. Así, si en una primera etapa las derruidas economías europeas precisaban mano de obra y la integración de trabajadores turcos y magrebíes se consideró un elemento crucial, la crisis del petróleo conllevó un cierre al exterior. Los años 90 y el impulso dado por la Conferencia de Barcelona representan una nueva etapa cuya meta es una mayor circulación entre los ciudadanos procedentes de los países del sur de Mediterráneo (PSM) y los Estados miembros (EEMM). A este devenir hay que unir en este último periodo, una realidad que sin duda, ha venido a ensombrecer —y redefinir— los relaciones euromediterráneas, la llamada “crisis migratoria” o “crisis humanitaria en el Mediterráneo”.

Si bien no es el momento, de adentrarnos en el contexto geopolítico y las causas que han dado lugar a dicha afluencia masiva de personas, considero clave aportar ciertas pinceladas que nos posicionan para entender las demandas de un lado y otro del Mediterráneo en cuanto al fenómeno migratorio. En primer lugar, si bien el llamado *Mare nostrum* evoca una región que comparte importantes lazos históricos y culturales de gran riqueza, no es menos cierto que nos encontramos en lo que muchos han denominado la mayor brecha a nivel mundial, tanto cultural como económica. Así, en el 25 aniversario de la Cumbre de Barcelona de finales de 2020 se constató que pese a la cooperación económica y financiera realizada, el PIB per capita se mantiene en una proporción 1 a 5 entre la UE y sus socios del sur. Por otra parte, si nos ceñimos a los flujos de personas, a determinadas realidades estructurales de los PSM tales como el elevado desempleo juvenil, hay que unir la fuerte presión migratoria que reciben desde los países subsaharianos, así como Oriente próximo consecuencia *inter alia* del cambio climático, guerras, conflictos armados o violaciones sistemáticas de los Derechos Humanos. Ante tal realidad, no faltan autores como Attinà que cuestionan el calificativo de “crisis” en su sentido de “excepcional”, dado que la actual presión migratoria hacia la UE había sido ya pronosticada hace décadas⁴. Además como advierte Van Loon, dicha percepción de afluencia masiva “inesperada”, nos enfrenta al desafío de una creciente percepción de hostilidad hacia el migrante que empapa en la sociedad y en la clase política europea⁵.

En el mencionado contexto, el objeto de nuestro estudio es poner en valor el principio de igualdad de trato que reconocen los acuerdos euromediterráneos en tanto que pieza clave

³ Para un estudio detallado sobre la UpM, vid. *inter alia*, E. BARBE IZUEL, *La Unión por el Mediterráneo: de la europeización de la política exterior a la descomunitarización de la política mediterránea*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 32, 2009, p. 11 ss.; D. BAYÓN, *La Unión por el Mediterráneo: Al final, una etapa más en el proceso de Barcelona*, UNISCI Discussion Papers, n. 17, 2008; R. ALIBONI Y F. AMMOR, *Under the shadow of Barcelona: From the EMP to the Unión for the Mediterranean*, Euromesco Paper, n. 77, enero 2009. Un balance reciente sobre su desarrollo, vid. OCDE (2021), *Intégration régionale dans l'Union pour la Méditerranée: Rapport d'étape*, Paris, <https://doi.org/10.1787/3a41651e-fr>.

⁴ F. ATTINÀ, *Tackling the migrant wave: EU as a source and manager of crisis*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 70/2, 2018, p. 49 ss., en esp. p. 51.

⁵ H. VAN LOON, *El desafío doble de la migración internacional*, en *Revista Española de Derecho internacional*, vol. 68/2, 2016, p. 15 ss., esp. p. 15. Atendiendo a esta percepción, de De Lucas da un paso más advirtiendo de otro riesgo derivado de esa reacción ante la crisis y es una actuación para una situación desde la “excepcionalidad” y desde aquí amparar una merma de derechos o incluso la no garantía de derechos fundamentales de los migrantes, vid. J. DE LUCAS, *Inmigrantes. Del Estado de excepción al Estado de Derecho*, en *Oñati socio-legal series*, vol. 1, 2011, n. 3, p. 1 ss., en esp. p. 4.

para garantizar un estatuto jurídico del residente legal, y que parece ensombrecido bajo la crisis humanitaria en el Mediterráneo. Como es sabido, una política migratoria —con su consiguiente implementación legal— debe atender de manera adecuada al control del flujo así como a la integración de la población migrante en el nuevo espacio convivencial. En estos días la respuesta institucional a nivel de la UE —así como nacional— en materia migratoria ante la sensación de “crisis” imperante está afectando no solo al control del flujo irregular, sino también a los derechos básicos del enorme contingente de residentes legales en la UE originarios de Turquía, del Magreb y otros países del norte del Mediterráneo.

Desde esta perspectiva, nuestro estudio pivota necesariamente en dos aspectos que conforman la respuesta tanto *ad extram* como *ad intram* de la migración a nivel euromediterráneo. En primer lugar, se realizará una aproximación a las relaciones euromediterráneas a través de los acuerdos firmados entre la UE y los PSM en su actual encuadre de la UpM, prestando especial atención a los compromisos de cada una de las partes en materia de control fronterizo, gestión del flujo y libre movilidad. Y, en segundo lugar, se atenderá al principio de igualdad de trato existente en tales acuerdos en tanto que elemento clave para la integración —y el reconocimiento de derechos— de la población residente en la UE procedente de los países signatarios.

2. Contextualización de las relaciones exteriores entre la Unión Europea con Turquía y los países del Magreb. Disposiciones sobre flujo de personas

Desde su génesis la organización de integración regional que hoy se conforma como la Unión Europea, ha mantenido con terceros países relaciones que se han materializado a través de la firma de acuerdos exteriores. Entre el conjunto de acuerdos, unos como paso previo a una futura adhesión al proceso de integración europeo, o bien con el fin de garantizar un intercambio de naturaleza comercial, es preciso destacar, los firmados con Turquía y los países del Magreb.

Dada la proximidad geográfica y con ello, el flujo de persona provenientes de tales países que venían a suplir la mano de obra necesaria en los EEMM, *ab initio* los acuerdos firmados incorporaron en su articulado disposiciones específicas en cuanto a la situación jurídica de estos colectivos que pasaron a ser residentes en Europa, y cuyo objetivo último era una equiparación de derechos en determinados aspectos con los propios nacionales de la UE. En una siguiente etapa de la relación entre tales países de la cuenca sur del Mediterráneo y la UE, se incorporó el control fronterizo —la vigilancia— y la gestión del flujo migratorio ya no solo de los nacionales propios hacia los países miembros de la UE sino también de todos aquellos —principalmente subsaharianos o de otros países de la cuenca mediterránea— que desde sus territorios soberanos fuera de la frontera exterior común iniciaban su transcurso hacia Europa. Tras el Tratado de Lisboa y su enfoque holístico de la política europea de migración se da un enfoque integrado, con una dimensión exterior que implica necesariamente a los países vecinos, y en particular a los PSM⁶.

⁶ Vid. Comunicación de la Comisión “Un diálogo para la migración, la movilidad y la seguridad con los países del Mediterráneo Meridional”, COM (2011) 292 final, de 24 de mayo, *vid amplius* S. LAVENEX, E. M. UÇARER (Eds.), *Migration and the Externalities of European Integration*, Lanham (MD), Lexington, 2002, y C. BOSWELL, *The External Dimension of EU Immigration and Asylum Policy*, en *International Affairs*, vol. 79, 2003, p. 619 ss. M. TORONDEL LARA, *Instrumentos de la UE para la externalización de la gestión de la migración irregular*, n. 115, 2021, p. 1

A lo largo de las más de cinco décadas de relaciones entre los países del Magreb y Turquía con la UE, asistimos en torno al flujo migratorio a una importante evolución que, tal como veremos, atiende principalmente a las necesidades europeas existentes en cada momento histórico, y cuya consecuencia inmediata es asimismo un cambio en cuanto a su alcance personal ya que los destinatarios particulares de tales medidas se extienden más allá de los propios nacionales, y con ello las funciones de estos países se transforma. Si bien la UE mantiene relaciones a nivel institucional con la mayoría de los países que conforman la UpM nos centraremos en Turquía y los países del Magreb, por dos razones básicas: la existencia y alcance de unos acuerdos de asociación inexistentes con otros países de la zona y la presencia de un colectivo mayoritario de migrantes en el territorio UE.

2.1. *Turquía: de la libre movilidad al control migratorio*

El Acuerdo de Asociación entre la CEE y Turquía se concluyó en 1963⁷, teniendo como objetivo fundamental preparar a este país para su futura adhesión al proceso de integración europeo⁸. En este contexto, como parte fundamental del proyecto los nacionales turcos también resultaron directamente afectados en el marco de la instauración progresiva de una movilidad hacia los países que entonces conformaban la CEE⁹. Así, el art. 12 del Acuerdo establece que “*las Partes Contratantes acuerdan basarse en los artículos 48, 49 y 50 del Tratado CE para llevar a cabo gradualmente, entre ellas, la libre circulación de trabajadores*”. Con el objetivo de afianzar las relaciones entre el pueblo turco y la CEE más allá de una simple cooperación técnica o comercial, se desarrollaron una serie de disposiciones que complementaban a modo de implementación el mencionado Acuerdo CEE-Turquía. Por un lado, se firmó un Protocolo Adicional, el 23 de noviembre de 1970, cuyo art. 36 establecía los plazos para la realización gradual de la libre circulación de trabajadores entre los EEMM de la Comunidad y la República de Turquía¹⁰. Y por otro, el Consejo de Asociación creado por el Acuerdo CEE-Turquía adoptó un elenco de decisiones básicas en cuanto al status de los nacionales turcos ya residentes en la Comunidad. Así, en 1976, se adoptó la primera de ellas, la Decisión 2/76, que se encarga fundamentalmente de posibilitar a los trabajadores turcos acceder al mercado legal de trabajo de los EEMM, bajo ciertas condiciones, así como de garantizar a los hijos de éstos el derecho a la educación. Posteriormente, en concreto el 19 de septiembre de 1980, fueron adoptadas la Decisión 1/80 y la Decisión 3/80¹¹. Por una

ss., en <http://www.iecee.es>. Los PSM son conscientes de dicha externalización y su nuevo papel en sus relaciones con la UE, vid. N. EL QADIM, *Politique migratoire européenne vue du Maroc: contraintes et opportunités*, en *Politique Européenne*, 2010/2, n. 31, p. 91 ss., ID., *Les politiques migratoires européennes: à la recherche d'un impossible compromis?*, en *Migrations Société*, 2021/4, n. 186, p. 11 ss.

⁷ *Cit. supra*. Dicho Acuerdo entró en vigor el 1 de diciembre de 1964.

⁸ Tal como se desprende de su Preámbulo o de distintas disposiciones del Acuerdo, así su art. 2 o en especial el art. 28.

⁹ Vid. *Inter alia*, A. OLESTI RAYO, *El Acuerdo de Asociación con Turquía y el régimen jurídico de los trabajadores de nacionalidad turca en la Unión Europea*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Enero/Junio 2000, n. 7, p. 49 ss., en esp. p. 47 ss.

¹⁰ El Protocolo Adicional fue aprobado y confirmado en nombre de la Comunidad mediante el Reglamento (CEE) n. 2760/72 del Consejo, de 19 de diciembre de 1972 (publicado en *JOCE L* n. 293, de 29 de diciembre de 1973, p.1; EE 11/vol. 1, p. 213). Este Protocolo entró en vigor el 1 de enero de 1973.

¹¹ Estas Decisiones del Consejo de Asociación no se encuentran publicadas en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. No obstante, es posible encontrarlas, en versión francesa, en la recopilación *Acuerdo de Asociación y*

parte, la Decisión 1/80, que vino a mejorar la situación fijada por la Decisión 1/76, y en particular el mencionado derecho de acceso al mercado de trabajo tanto para los nacionales turcos como a sus familiares en el EM donde estuviesen residiendo legalmente. Por otro lado, la Decisión 3/80 se centra en cuestiones relativas a la seguridad social, siendo su máximo objetivo la extensión a los trabajadores turcos y a sus familiares de las disposiciones existentes en el orden comunitario.

A partir de la crisis migratoria en el Mediterráneo la relación entre Turquía y la UE en cuanto al flujo de personas ha respondido a intereses radicalmente diversos, pasando de focalizarse dicha acción de los residentes legales turcos a los migrantes irregulares — cualquiera que fuese su nacionalidad, origen o condición—. En efecto, tras el conflicto sirio la gran preocupación ha sido el control de ese flujo ingente de personas; así las cosas se firmó el Acuerdo migratorio entre la UE y Turquía de 20 de marzo de 2016 cuyo objetivo último es el control desde Ankara de los flujos humanos en la ruta del Mediterráneo y el Egeo, evitando el aluvión masivo de refugiados a Grecia. Como contraparte, la UE se comprometía —junto con una cuantiosa compensación económica— a avanzar en la gran aspiración turca de la libre movilidad con Europa, permitiendo la entrada de ciudadanos turcos sin visado a los territorios de los EEMM. Tras 5 años de vigencia del acuerdo y en las perspectivas de su renovación, ambas partes se muestran críticas con el cumplimiento de las obligaciones asumidas por cada una, a lo que debemos unir las denuncias de las ONG que trabajan en la zona en cuanto a la falta de garantías para los refugiados y las violaciones sistemáticas de Derechos Humanos¹², que llegan a cuestionar la calificación de Turquía como “tercer país seguro” según la definición de la Directiva sobre procedimientos de asilo¹³.

En este devenir, de las relaciones entre la UE y Turquía, la situación de los trabajadores turcos ha sido como mínimo “ambigua”¹⁴, eclipsando no solo las posibilidades de una libre movilidad hacia los EEMM¹⁵ sino incluso, tal como veremos, la situación jurídica de aquellos que residen en la UE. En definitiva, y tal como acertadamente señala S. Borbou des Places,

Protocolos CEE-Turquía. Y otros textos de base, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1992.

¹² Entre las principales vulneraciones del Acuerdo UE-Turquía: i) expulsiones colectivas prohibidas *ex. Art. 4* Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos; ii) principio de no devolución a un país donde su vida corra peligro, *ex. Art. 33* Convención de Ginebra; iii) falta de garantías legales en la expulsión tal como garantiza el art. 12 y 13 de la Directiva de Retorno. Vid. C. FILONI, *Los atroces acuerdos migratorios de la UE: el caso de Turquía y Libia*, en www.cadtm.org (consultado 2 de abril de 2023).

¹³ Art. 38 de la Directiva 2013/32/UE de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional, DO L 180, de 29 de junio de 2013. Vid. Decisión de la Defensora del Pueblo Europeo en la investigación conjunta de las reclamaciones 506-509-674-784-927-1381/2016/MHZ contra la Comisión Europea relativas a la evaluación del imparto sobre los derechos humanos del Acuerdo UE-Turquía. Para un estudio sobre el proces de asilo y las garantías de las pruebas *vid. V.L. GUTIÉRREZ CASTILLO, La protección de los derechos humanos como límite a la discrecionalidad estatal en los procesos probatorios de asilo*, en G. ESTEBAN DE LA ROSA (Coord.), *Gobernanza multinivel de los movimientos migratorios: retos y perspectivas desde el Derecho*, Madrid, 2023, p. 331 ss.

¹⁴ H. BASRI ELMAS, *Turquie-Europe, une relation ambiguë*, Paris, , 1998. Desde esta misma perspectiva, A. INSEL (dir.), *La Turquie et l'Europe, une coopération tumultueuse*, Paris, 1999.

¹⁵ Según expresamente establecía el art. 36 del Protocolo Adicional al Acuerdo CEE-Turquía, el 1 de diciembre de 1980 era el último día de plazo para la instauración de la libre circulación de trabajadores entre los EEMM y Turquía, sobre el estado de la cuestión, *vid. D. HANF, P. DENGLER, L'annoncée de la Turquie: les perspectives en matière de libre circulation des personnes*, en E. LANNON, J. LEBULLENGER, Bruxelles, 2006.

el devenir de los acontecimientos ha venido a “truncar” la vocación europea prevista para los trabajadores turcos¹⁶.

2.2. *El Magreb: la migración un aspecto esencial en su relación con la UE*

Desde su génesis, la CE así como sus EEMM han mantenido con los países del Magreb estrechas relaciones que se han materializado como en el caso de Turquía a través de la firma de acuerdos exteriores. En concreto, tras los Acuerdos de Cooperación de finales de los años setenta¹⁷, vieron la luz los Acuerdos Euromediterráneos de Asociación que en su mayoría entraron en vigor a partir del año 2000¹⁸. Estos acuerdos lógicamente con un alcance menor que en el caso turco, —al no *ha lugar* a una futura adhesión—, tienen como objetivo establecer una cooperación política, económica y social, siendo su gran reto la creación progresiva de una zona de libre comercio en el Mediterráneo. En esta interacción entre el Magreb y la UE hemos de destacar dos etapas. En primer lugar, aquella representada por los mencionados Acuerdos Euromediterráneos, y a partir de los años 2010, en el marco de la Política Europea de vecindad (PEV) —y su búsqueda de instrumentos más eficaces de actuación adaptados a la nueva realidad—. Tal como se esbozará en las siguientes líneas en cada uno de estos periodos, la dimensión desde la que se aborda el flujo de personas en el Mediterráneo evoluciona al tiempo que cambia la presión migratoria y el origen de los que llaman a las puertas de la próspera Europa¹⁹.

¹⁶ S. BARBOU DES PLACES, *La Cour de Justice et l'Accord d'Ankara: variations jurisprudentielles sur la vocation européenne des travailleurs turcs*, en B. BONNET (Dir.), *L'Union européenne et la Turquie: Etat des lieux*, Bruxelles, 2012, p. 199 ss. Sobre una aproximación a la situación jurídica de los trabajadores turcos derivada de los Acuerdos, *vid.* A. OLESTI RAYO, *cit. supra*; E. TEZCAN, *Le droit du travail et le droit de séjour des travailleurs turcs dans l'Union Européenne à la lumière des arrêts récents de la Cour de justice des communautés européennes*, in *Revue Marché Commun Européen*, n. 445, février 2001, p. 117 ss.

¹⁷ *Cit. supra*.

¹⁸ En la actualidad se han firmado 7 Acuerdos Euromediterráneos por los que se crea una Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y : 1) la República de Túnez (firmado en Bruselas, el 17 de julio de 1995, DO L n. 97, de 30 de abril de 1998); 2) El Reino de Marruecos (firmado en Bruselas, el 26 de febrero de 1996, DO L n. 70, de 18 de abril de 2000); 3) La República Árabe de Egipto (firmado en Luxemburgo, el 25 de junio de 2001, DO L n. 304, de 30 de septiembre de 2004); 4) La República Libanesa (firmado en Luxemburgo, el 17 de junio de 2002, DO L n. 143 de 30 de mayo de 2006); 5) El Estado de Israel (firmado en Bruselas, el 20 de noviembre de 1995, DO L n. 147 de 21 de junio de 2000); 6) La República Argelina Democrática y Popular (firmado en Bruselas, el 22 de marzo de 2002, DO L n. 265, de 10 de octubre de 2005); 7) el Reino Hachemita de Jordania (firmado en Brusela, el 24 de noviembre de 1997, DO L n.129 de 15 de mayo de 2002); más el Acuerdo Euromediterráneo interino de Asociación en materia de comercio y cooperación entre la Comunidad Europea y la Organización para la Liberación de Palestina (OLP), actuando por cuenta de la Autoridad Palestina de Cisjordania y la Franja de Gaza – (DO L n. 187, de 16 de julio de 1997). *Vid. amplius* M. J. TORRAS VIGILI, *Los Acuerdos euromediterráneos de asociación con Marruecos y Túnez: Una cooperación adaptada a los nuevos tiempos*, Universidad Autónoma de Barcelona, *Quaderns de treball*, n. 23, Barcelona, 1997; I. MARTÍN, *Asociación Euromediterránea, zonas de libre comercio y desarrollo en los países del sur del Mediterráneo*, en *Anuario jurídico y económico escorialense*, n. 36, 2003, p. 345 ss.; B. MORENO-DODSON, *Relanzar la integración euromediterránea en tiempos de crisis*, en *Ajkar-Ideas*, n. 67, 2022, p. 48 ss.

¹⁹ Con la PEV también cambian los niveles de cooperación en la búsqueda de una mayor efectividad, de modo que junto con la multilateralidad en el partenariado UE-Magreb, se prevén nuevos instrumentos basados en un proceso diferenciado según los países así como la cooperación bilateral entre Estados. Sobre la conveniencia y posibilidades de estos marcos de carácter subregional o transversal en los AJI, donde se incluyen las migraciones, *vid.* C. ECHEVERRÍA JESÚS, *La cooperación en asuntos de justicia e interior y el proceso de Barcelona: un*

En los Acuerdos Euromediterráneos —herederos de los Acuerdos de Cooperación— bajo el propósito central de promover una cooperación global entre las Partes signatarias a fin de contribuir al desarrollo socioeconómico del Magreb y favorecer el fortalecimiento de sus relaciones, estará igualmente presente la situación jurídica de los trabajadores migrantes residentes en la UE. Si bien con un alcance más limitado que en el caso de Turquía, su articulado incorpora igualmente un principio de no discriminación sobre la base de la nacionalidad, circunscrito a las condiciones de trabajo y de remuneración.

A partir del año 2008 asistimos a una revitalización de las relaciones entre la Unión Europea y los países del Magreb, en torno a la realidad de una UpM y el nuevo impulso a través de la PEV hacia el Mediterráneo²⁰. En este partenariado entre la UE y los PSM, gana protagonismo la gestión del flujo migratorio desde una nueva dimensión: su encuadre en los Asuntos de Justicia e Interior que —fundamentalmente tras el Tratado de Lisboa— impregnan las relaciones exteriores conformándose como un elemento vertebrador que dota de consistencia a ese nuevo espacio euromediterráneo. En este punto, el Espacio de libertad, seguridad y justicia europeo se liga necesariamente a la Política Exterior y de Seguridad Común considerándose que la seguridad interior y la exterior resultan inseparables²¹, y cuya consecuencia inmediata es la externalización de la política europea de migración.

En ese nuevo partenariado el sistema a instaurar en cuanto al flujo de personas en el Mediterráneo responde a una lógica sencilla, al menos en su formulación teórica: la UE intentará establecer mecanismos que permitan una movilidad de personas más fluida entre la UE y los países del Magreb, siempre que éstos últimos colaboren estrechamente para luchar contra las amenazas a la seguridad y el flujo irregular de inmigrantes. Se instauran así dos bases de actuación en esta colaboración euromediterránea: un reparto de las cargas y de las responsabilidades, junto con el principio de diferenciación y la consiguiente recompensa²². En el contexto, de un diálogo estructurado sobre «migración, movilidad y seguridad», la UE se compromete, a estudiar vías de migración legal, junto con el desarrollo de políticas de integración activas dirigidas a los residentes legales de larga duración procedentes de estos países. Por su parte, los países del Magreb deben asumir una actuación proactiva en cuanto

balance, UNISCI Discussion Papers, n. 9, octubre 2005, p. 83 ss.; I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *La dimensión mediterránea del Espacio de libertad, seguridad y justicia. Del Proceso de Barcelona a la Unión Europea por el Mediterráneo*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.19, 2010, p. 1 ss.

²⁰ Vid. E. BARBE IZUEL, *La Unión por el Mediterráneo: de la europeización de la política exterior a la descomunitarización de la política mediterránea*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 32, 2009, p. 11 ss.; D. BAYÓN, *La Unión por el Mediterráneo: Al final, una etapa más en el proceso de Barcelona*, UNISCI Discussion Papers, n. 17, 2008; R. ALIBONI, F. AMMOR, *Under the shadow of Barcelona: From the EMP to the Unión for the Mediterranean*, Euromesco Paper, n. 77, enero 2009. D. LIÑAN NOGUERAS, *La Política exterior de la Unión Europea en el Mediterráneo*, en J. M. FARAMIÑÁN GILBERT, V. GUTIÉRREZ CASTILLO (Coords.), *La Conferencia de Algeciras y las Relaciones Internacionales*, Ed. Junta de Andalucía/Fundación Tres Culturas del Mediterráneo, 2008; A. MORILLAS FERNÁNDEZ, I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *La cooperación territorial en el Mediterráneo: la Política Europea de Vecindad*, UNIA, 2009.

²¹ “Europa en un mundo globalizado. La dimensión exterior de la libertad, seguridad y justicia”, Conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas, 10-11 de diciembre 2009, EUCO 6/90.

²² Señala acertadamente A. DRISS que con la PEV existe una evolución en cuanto a lo que él denomina el “principio de la condicionalidad”. De modo que en el Proceso de Barcelona, ésta se revelaría como “negativa y eficaz”, mientras que en el marco de la PEV “la UE propone una nueva forma de condicionalidad ahora calificada de positiva, ya que se basa más en la persuasión y el estímulo que en las sanciones”, A. DRISS, *El diálogo política y de seguridad euromediterráneo*, en *Dossier Med. 2009 Del Proceso de Barcelona a la Unión por el Mediterráneo*, p. 95, consultable en <http://www.iemed.org/anuari/2009>.

a la lucha contra la migración ilegal junto con el establecimiento de mecanismos eficaces de retorno, tanto a nivel bilateral como institucional²³.

3. El principio de igualdad de trato en los acuerdos exteriores: alcance y perspectivas

En el actual contexto de las relaciones entre la UE y sus vecinos del Mediterráneo marcado por la crisis migratoria, parece obviarse —o al menos minimizarse— la situación jurídica del numeroso colectivo de trabajadores que procedentes del Magreb, así como de Turquía, son residentes legales en la UE. No obstante, tanto el Acuerdo de Asociación con Turquía como los Acuerdos Euromediterráneos con el Magreb reconocen un principio de igualdad de trato con los nacionales, dotando así de un estatuto jurídico concreto para estos trabajadores y sus familiares.

Con carácter previo hemos de advertir que el aludido principio de igualdad de trato no otorga en ningún caso a los nacionales de tales países prerrogativas de naturaleza instrumental que garanticen el primer acceso, su residencia y el ejercicio de actividad económica en un EM, sino que se limitan a reconocer derechos de carácter referencial en el territorio del EM donde legalmente residan durante un periodo determinado. A excepción de los Acuerdos con los países de la Asociación Europea de Libre Cambio y Suiza²⁴, el Acuerdo firmado con Turquía constituye el único acuerdo exterior que alude expresamente a la realización futura de una libre circulación de trabajadores extranjeros en la UE²⁵; aspecto que en el caso de Turquía, el TJUE se encargó pronto de interpretar teniendo como resultado la falta de reconocimiento alguno, ni siquiera en el marco de la asociación²⁶, —todo ello aludiendo al carácter programático de sus disposiciones y al no ser estas de carácter precisas e incondicionales²⁷—.

Así las cosas, y pese a la promesa de los actores europeos para con sus socios del Mediterráneo de facilitar la entrada y la residencia, no se han desarrollado aún vías legales privilegiadas para facilitar el primer acceso con el fin de ejercer una actividad económica ya

²³ En el marco de las relaciones bilaterales España-Marruecos el elemento principal es el Acuerdo de 13 de febrero de 1992, relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, BOE n. 100, de 25 de abril de 1992. En materia migratoria la labor en el marco del Grupo Permanente Hispano-Marroquí sobre Migraciones, vid. XX Reunión celebrada en Rabat tras la hoja de ruta fijada en el encuentro bilateral entre el Presidente del Gobierno de España y el Rey de Marruecos el 7 de abril de 2022, disponible en www.inclusion.gob.es (consultada el 2 de abril de 2023).

²⁴ Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, d 2 de mayo de 1992, firmado entre los Estados Miembros, por una parte, y los Estados de la Asociación Europea de Libre Cambio, DO L n. 1, de 3 de enero de 1994; Acuerdo sobre libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Conferencia Suiza, por otra, DO L n.114, de 30 de abril de 2002.

²⁵ El art. 12 del Acuerdo tiene el siguiente tenor: «Las Partes Contratantes acuerdan basarse en los artículos 48, 49 y 50 del Tratado constitutivo de la Comunidad para llevar a cabo gradualmente, entre ellas, la libre circulación de trabajadores». Vid. Asimismo art. 36 Protocolo Adicional al Acuerdo CEE-Turquía.

²⁶ En el marco del pensamiento de autores que distinguen la clásica “libre circulación comunitaria” y la “libre circulación de asociación” en el marco del Acuerdo con Turquía. Vid. C. RUMPF que distingue entre una “*grande libre circulation*” y una “*petite libre circulation*” según se refiera al cruce de las fronteras exteriores de la Comunidad o se limite a un libre tránsito intracomunitario de aquellos trabajadores turcos ya establecidos en la Comunidad (*La libre circulation des travailleurs turcs et l'association entre la Communauté européenne et la Turquie; De Demirel à Kus en passant par Sevince*, en *Actualités du Droit*, 1994, p. 269 ss.).

²⁷ Asunto *Demirel* (STJUE de 30 de septiembre de 1987, asunto C-12/86, *Meryem Demirel c. Stadt (municipio) Schwäbisch Gmünd*, ECLI:EU:C:1987:400, apdo 23). Vid. *amplius*, A. OLESTI RAYO, *cit.*, *supra*, p. 57 s.

sea asalariada o por cuenta propia, así como en el contexto de la formación o prácticas. Por tanto, en este sentido a los nacionales turcos y magrebíes les es de aplicación el conjunto de directivas que reglamentan para todos los nacionales de terceros países las condiciones de entrada y el alcance de sus derechos según el motivo de la estancia²⁸. Sobre su alcance y requisitos me remito a la numerosa bibliografía existente sobre la materia²⁹.

De este modo, el aludido principio de igualdad de trato del que gozan se refiere a los llamados “derechos referenciales”, y cuya vocación es un tratamiento paritario con los nacionales de los EEMM en aras a garantizar su integración mediante el reconocimiento de un conjunto de derechos básicos para el trabajador y los familiares que le acompañan. El objetivo de este epígrafe es doble, por un lado, acercarnos al alcance del mencionado principio —resultando clave atender si bien someramente a una jurisprudencia consolidada del TJUE—, y por otro, advertir del riesgo actual en cuanto a una minoración de los mismos en el contexto de la actual crisis migratoria.

3.1. *Aproximación a las disposiciones y praxis jurisprudencial*

En el marco del Acuerdo con Turquía, el art. 37 del Protocolo Adicional reconoce una igualdad de trato en las condiciones de trabajo y remuneración³⁰, dando un paso más hacia este estatuto privilegiado de los nacionales turcos los artículos 6 y 7 de la Decisión 1/80 del Consejo de Asociación CEE-Turquía al reconocer una cuestión clave en aras a dar continuidad a la residencia en el EM de acogida: el derecho a la renovación del permiso de trabajo y el acceso al mercado laboral de dicho Estado que se gradúa según la duración de la residencia. Como complemento a tales prerrogativas, la Decisión 3/80 del Consejo de Asociación CEE-Turquía tiene como objetivo coordinar los regímenes de la seguridad social de los EEMM con el fin de que los nacionales turcos que trabajen o hayan trabajado en uno o varios EEMM disfruten de prestaciones en las ramas tradicionales de la seguridad social; sus disposiciones evidencian la paridad a la que aspiran con los propios nacionales de los

²⁸ Directiva (UE) 2016/801, de 11 de mayo, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*, DO C n. 132, de 21 de mayo de 2016; Directiva (UE) 2021/1883, de 20 de octubre, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado y por la que se deroga la Directiva 2009/51/UE, DO L n. 382, de 20 de diciembre de 2020; Directiva 2011/98/UE, de 13 de diciembre, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro, DO L n. 343, de 23 de diciembre de 2001; Directiva 2014/36/UE, de 26 de febrero, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros (DO L n. 94, de 28 de marzo de 2014) y Directiva 2014/66/UE, de 15 de mayo, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales (DO L n. 157, de 27 de mayo de 2014).

²⁹ Vid. *inter alia*, S. POLI, C. CINELL, *Mobility and legal migration in the context of the European Neighbourhood Policy: what role for the European Union?*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2017, n. 58, p. 979 ss.; M. MOYA ESCUDERO, *Un código de derechos para los residentes legales en la Unión Europea. Un avance en derecho antidiscriminatorio*, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 34, 2017, p. 1 ss.; I. LIROLA DELGADO, A. FERNÁNDEZ LISTE, *La migración legal en el marco de la Política comunitaria de inmigración: de un papel secundario a una protagonismo sobrevenido*, en *Revista Internacional de Estudios Migratorios*, vol. 6, n. 1, p. 50 ss.; I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *El estatuto jurídico de los nacionales de terceros países: de la reacción ante la crisis migratoria a la sinergia necesaria*, en *Revista Española de Derecho internacional*, vol. 72, 2020, p. 27 ss.

³⁰ Viene a complementar esta disposición el art. 10 de la Decisión 1/80 del Consejo de Asociación CEE-Turquía, *cit. supra*.

EEMM, al remitirse estas fundamentalmente a los Reglamentos UE en la materia (así el R. 1408/71 relativo a los regímenes relativos a la Seguridad Social)³¹. Dado el alcance del Acuerdo de Ankara, comparto la afirmación de S. Borbou des Places que el objetivo primigéneo de éste es garantizar una integración real en el EM de acogida y no una simple migración profesional³².

Cuando nos referimos a los acuerdos firmados con los países del Magreb, estos como ya pusimos de relieve no hacen alusión alguna a la libre movilidad con la UE, limitándose a instaurar una igualdad de tratamiento en el sector de las condiciones de trabajo, de remuneración y de las prestaciones a la seguridad social entre los trabajadores magrebíes empleados en los EEMM y sus nacionales (Acuerdos Euromediterráneos con Marruecos y Argelia, arts. 64-65, y con Túnez arts 67-68)³³.

Desde la entrada en vigor de los mencionados acuerdos exteriores se ha desarrollado una próspera jurisprudencia del TJUE en torno al mencionado principio de igualdad de trato que ha venido a dotar de un contenido específico el estatuto jurídico de los trabajadores turcos y magrebíes residentes en la UE. El punto de partida de esta praxis jurisprudencial descansa necesariamente en el reconocimiento *ab initio* del efecto directo del mencionado principio —sobre la base de estar ante disposiciones con una obligación clara, concreta y expresa—³⁴. Sin ser nuestro objetivo adentrarnos en esta cuestión que excede el alcance de estudio, sí quisiera realizar un breve recorrido que evidenciaría una evolución desde una exégesis jurisprudencial pro activa al reconocimiento de nuevas prerrogativas a favor de estos trabajadores y sus familiares, a un conjunto de resoluciones más recientes de carácter más restrictivas al responder a una lógica que parece apartarse de la equiparación en estas materias con el nacional del EM de acogida.

Ámbito de aplicación personal. En cuanto al alcance personal de esta igualdad de trato hay varias sentencias claves que vienen a dotar de contenido a los beneficiarios contemplados en los acuerdos, a saber, “el trabajador” y “los miembros de su familia que residan con ellos”. La noción de trabajador, en tanto que beneficiario directo, se acoge a la interpretación flexible esgrimida por el Derecho de la UE con respecto a los propios trabajadores nacionales de los EEMM. Así, el TJUE ha considerado como trabajador —y por ende beneficiario de un trato no discriminatorio— tanto a aquellos que se encuentran ejerciendo una actividad laboral

³¹ En la actualidad modificado por el Reglamento (CE) 629/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2006 por el que se modifica el Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, y el Reglamento (CEE) 574/72 del Consejo, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) 1408/71 (DO L 114, de 27 de abril de 2006).

³² S. DE BARBOU DES PLACES, *cit. supra*, p. 5.

³³ El TJCE ha declarado que se está ante “acuerdos paralelos” donde las afirmaciones esgrimidas en cuanto a uno de estos Acuerdos son plenamente extrapolables a los restantes. Vid. la sentencia de 5 de abril de 1995, asunto 103/94, *Zoulika Krid c. Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS)*, ECLI:EU:C:1995:97, apdo. 23.

³⁴ Vid. *inter alia*, la citada sentencia *Demirel* (apdo. 14) y los asuntos *Kızıber* (STJCE de 31 de enero de 1991, asunto 18/90, *Office national de l'emploi c. Bahja Kızıber*, ECLI:EU:C:1991:36, apdo. 22) o *El-Yassini* (STJCE, de 2 de marzo de 1999, asunto 416/96, *Nour Eddline El-Yassini c. Secretary of State for the Home Department*, ECLI:EU:C:1999:107, apdo. 31). Asimismo, no podemos obviar otros preceptos como los arts. 12 y 13 de la Decisión 3/80 en los que el TJUE ha negado dicho efecto directo, *vid.* asunto 277/94, *Taşlan-Met y otros c. Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank y O. Akol c. Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging*, ECLI:EU:C:1996:315. Sobre esta cuestión *vid.* N. H. TAGARAS, *L'effect direct des accords internationaux de la Communauté*, en *Cahiers de droit européen*, 1985, p. 15 ss.

como a los que, bajo determinadas circunstancias, ya no la ejercen. *Ad exemplum*, se han calificado como trabajadores a nacionales magrebíes ya jubilados tras haber desarrollado su actividad laboral en la Comunidad (asuntos *Kziber*, *Hallouzi-Chobo* y *Bababeneni*)³⁵, a víctimas de un accidente de trabajo (*Yousfi*)³⁶ o a fallecidos que han realizado su carrera profesional en un Estado miembro (*Krid*)³⁷. Asimismo, el TJUE en esa acción expansiva ha considerado trabajador a un ciudadano turco que realiza una actividad en el marco de una formación profesional con un empresario determinado (*Kurz*)³⁸. A la hora de concretar el alcance en relación a los miembros de la familia, al no precisar los Acuerdos Euromediterráneos el grado de parentesco, el TJUE ha venido a colmar dicha laguna recurriendo, una vez más, de manera analógica al Derecho de la UE, concediendo así una pensión de invalidez a la suegra de un nacional marroquí que vive en Bélgica hace años (*Mesbah*)³⁹. Por su parte, en el marco del Acuerdo de Ankara, los jueces comunitarios importan asimismo el alcance existente a nivel comunitario⁴⁰, de este modo el asunto *Ayaz* estima que la nuera menor de 21 años de un trabajador turco empleado en un EM es un miembro de la familia en el sentido de la decisión 1/80⁴¹. Digno de mención es el asunto *Eroglu*, que tras admitir la aplicabilidad inmediata del art. 7 de la Decisión 1/80, dispensa un trato particular a los hijos de ciudadanos turcos formados profesionalmente en un EM, permitiéndoles aceptar en él cualquier oferta de empleo, sin encontrarse subordinado siquiera a un requisito de residencia actual del padre⁴². Por su parte, la sentencia *Akman* da un paso más al reconocer que los derechos de residencia del niño perduran incluso cuando sus padres han abandonado el estado de acogida⁴³. Si nos referimos al ámbito de la seguridad social es preciso señalar sentencias como *Sürül* en la que se reconoció el derecho a prestaciones familiares con independencia de la naturaleza del título de residencia que sustenta su estancia en un determinado EM⁴⁴.

Ámbito de aplicación material. Tal como ha sido reiterado en diversas ocasiones por el TJUE estos Acuerdos instauran una igualdad de tratamiento en el sector de las condiciones de trabajo, de remuneración y de las prestaciones a la seguridad social entre los trabajadores turcos y magrebíes empleados en los EEMM y sus nacionales⁴⁵. En este sentido, si bien el

³⁵ Asunto *Kziber* antes citado; STCE de 3 de octubre de 1996, asunto C-126/95, *A. Hallouzi-Chobo c. Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank*, ECLI:EU:C:1996:368; STJCE de 15 de enero de 1998, asunto C-113/97, *Henia Bababeneni c. Estado belga*, ECLI:EU:C:1998:13.

³⁶ STJCE de 20 de abril de 1994, asunto C-58/93, *Zoubir Yousfi c. Estado belga*, ECLI:EU:C:1994:160.

³⁷ *Cit. supra*.

³⁸ STJUE de 19 de noviembre de 2002, asunto C-188/00, *Bülent Kurz c. Land Baden-Württemberg*, ECLI:EU:C:2002:694, apdo. 30 ss.

³⁹ STJCE de 11 de noviembre de 1999, asunto C-179/98, *État belge c. Fatna Mesbah*, ECLI:EU:C:1999:549.

⁴⁰ Vid. D. MARTIN, *Le traitement privilégié des ressortissants turcs*, in *Revue du droit du travail*, n. 1, 2011, p. 62 ss.

⁴¹ STJUE de 30 de septiembre de 2004, asunto C-275/02, *Engin Ayaz c. Land Baden-Württemberg*, ECLI:EU:C:2004:570.

⁴² STJCE de 5 de octubre de 1994, asunto C-355/93, *Hayriye Eroglu c. Land Baden-Württemberg*, ECLI:EU:C:1994:369, apdos. 43 y 44. Las críticas por falta de claridad y coherencia interpretativa no han faltado a esta sentencia. M. LUBY ha puesto de relieve que en este asunto el TJCE da un “tratamiento tan particular a los hijos” que parece obviar la hermenéutica seguida en sentencias precedentes. En efecto, el TJUE prescinde del requisito de una relación laboral actual, en este caso de los progenitores, que ha sido siempre condición *sine qua non* para todo nacional turco que pretenda acogerse a la Decisión 1/80 (nota de jurisprudencia, *JDI*, vol. 2, 1999, p. 579 s.).

⁴³ STCE de 19 de noviembre de 1998, asunto 210/97, *Haydar Akman c. Oberkreisdirektor des Rheinisch-Bergischen-Kreises*, ECLI:EU:C:1998:555.

⁴⁴ STCE de 4 de mayo de 1999, asunto C-262/96, *Sema Sürül contra Bundesanstalt für Arbeit*, ECLI:EU:C:1999:228.

⁴⁵ A. NAYER, M. NYS, F. BOURAS, A. MAESSCHALCK, *Libre circulation, espaces européens et droits fondamentaux des citoyens*, Brugge, 1995, p. 69.

grueso de derechos se encuentran reconocidos por las respectivas legislaciones nacionales en calidad de residentes legales en sus territorios, en el marco de estos acuerdos exteriores hay un avance en el reconocimiento de determinadas prerrogativas, cuya consecuencia es un estatuto jurídico privilegiado a nivel UE. Así, se van a reconocer con independencia de su nacionalidad prestaciones de desempleo, así como una forma específica de estas, las prestaciones transitorias (*Kızıber*), una asignación para minusválidos (*Yousfi*), o entre otras, un subsidio complementario a una pensión de vejez (*Krid*) a favor de una viuda que nunca realizó actividad profesional alguna en un EM⁴⁶.

En el caso de los ciudadanos turcos tal derecho a la no discriminación en materia de condiciones de empleo y de remuneración posee un mayor alcance práctico⁴⁷. Y ello es así, porque a diferencia de los nacionales magrebíes, aquéllos tienen derecho, bajo ciertas condiciones fijadas en la Decisión 1/80, a la renovación de su permiso de trabajo, así como al libre acceso al mercado de empleo del EM en el que desarrollen su actividad asalariada. *Inter alia*, son dignas de mención las resoluciones del TJUE que reconocen la adscripción al mercado laboral del EM de acogida, incluso cuando el nacional turco, tras un periodo de trabajo, ha sido sometido durante más de un año a una pena privativa de libertad (*Nazlı*), siempre y cuando el trabajador no haya obtenido el derecho a residir y trabajar en el país con carácter provisional (*Kus*)⁴⁸.

3.2. Evolución actual: cláusula *standstill* y control eficaz de los flujos

A partir de la crisis migratoria, el TJUE se enfrenta a una serie de supuestos en los que la normativa estatal impone determinados requisitos o nuevas condiciones tanto para el primer acceso como para los familiares que desean reagruparse con el trabajador residente legal en la UE. En este sentido, en el marco del Acuerdo de Asociación con Turquía, la cláusula *standstill* ha resultado clave al tener un impacto directo sobre las competencias migratorias de los EEMM⁴⁹.

A través de su labor el TJUE, confirma que la cláusula de *standstill* prohíbe con carácter general la introducción de cualquier medida nueva que tenga por objeto o como efecto someter el ejercicio por un nacional turco de las referidas libertades económicas en el territorio nacional a condiciones más restrictivas que las que le eran aplicables⁵⁰. Asistimos a una jurisprudencia ambivalente por parte del TJUE; así no faltan resoluciones que parecen impregnarse del actual virage de cierre al exterior mientras que otras reubican esta cláusula en su sentido de cláusula de integración.

⁴⁶ Auntos *Kızıber*, *Yousfi* y *Krid*, *cit. supra*.

⁴⁷ J. F. AKANDJI-KOMBÉ, *Les droits des étrangers et leur sauvegarde dans l'ordre communautaire*, in *Cahiers de droit européen*, 1995, p. 366; E. TEZCAN, *Le droit du travail et le droit de séjour des travailleurs turcs dans l'Union Européenne à la lumière des arrêts récents de la cour de justice des communautés européennes*, in *Revue Marché Unique Européen*, n. 445, février 2001, p. 117 ss.

⁴⁸ STJCE de 16 de diciembre de 1992, asunto C-237/91, *Kazım Kus c. Landeshauptstadt Wiesbaden*, ECLI:EU:C:1992:527, apdos. 12 y 22. De igual modo el TJUE consideró que tampoco se cumplen los mencionados requisitos cuando el nacional turco los períodos de empleo los ha alcanzado al amparo de una autorización de residencia que sólo le había sido concedida a causa de un comportamiento fraudulento (STJCE de 5 de junio de 1997, asunto C-285/95, *Suat Kol c. Land Berlin*, Rec. 1997, ECLI:EU:C:1997:280, apdo. 21)

⁴⁹ S. BARBOU DES PLACES, *cit. supra*, p. 10.

⁵⁰ Vid. *inter alia*, STUE, asuntos acumulados, C-300/09 y C-301/09, *Staatssecretaris van Justitie c. F. Toprak e I. Oğuz*, ECLI:EU:C:2010:756, apdo 54.

En el asunto *Dereci* se da un giro a la solución administrativa de un ciudadano turco, casado con una austriaca con la que tiene tres hijos menores, que al ser considerado bajo una situación puramente interna ha quedado excluido como beneficiario de la Directiva 2004/38, y por ende corresponde valorar su situación al EM concernido bajo la aplicación de sus normas de extranjería⁵¹. Aplicando al caso la cláusula *standstill* del art. 41, apdo. 1 del Protocolo Adicional CE-Turquía, el TJUE resuelve que la exigencia de presentar la solicitud para la autorización de residencia a partir de 2006 desde fuera de Austria —con la consiguiente prohibición de no poder entrar en el país hasta su resolución favorable—, no puede aplicarse al Sr. Dereci considerándose una “nueva restricción” a la libertad de establecimiento de los nacionales turcos.

Cuando se trata de aspectos claves de la persona como el respeto de su derecho fundamental a una vida en familia, existe asimismo un conjunto de resoluciones que suponen un freno a la acción restrictiva de los EEMM. Así en el caso *Genc*, el TJUE considera que se trata asimismo de una violación de la cláusula *standstill* supeditar la reagrupación familiar entre un trabajador turco que reside legalmente en el EM de acogida y su hijo menor al requisito de que este último presente o pueda presentar en dicho EM un arraigo suficiente para permitirle una integración satisfactoria. El asunto *X c. Udlændingenævnet*⁵², analiza una norma estatal que impone a un ciudadano turco un determinado nivel de danés, aunque lleve residiendo y trabajando en Dinamarca desde el año 1979, para poder reagrupar a su cónyuge. Ante la alegación de las autoridades danesas de que se trata de una medida por razón imperiosa de interés general, en concreto, garantizar la integración del cónyuge, el TJUE no duda en considerarla como una “nueva restricción” y por tanto inaplicable bajo el efecto de la cláusula *standstill*.

Junto a estas resoluciones, no faltan aquellas que justifican que los EEMM introduzcan nuevas restricciones en materia de reagrupación familiar en aras a diversos motivos basados en razones imperiosas de interés general, entre las que admite, junto con aspectos tales como evitar la entrada y residencia ilegales (*Demir*)⁵³ o un supuesto matrimonio forzoso (*Dogan*),⁵⁴ motivos de mayor discrecionalidad en cuanto a su implementación como un “control más eficaz de los flujos migratorios”. En relación a este último aspecto, si bien el Alto tribunal estima que la obtención de un permiso de residencia a efectos de reagrupación familiar a los miembros de la familia de un trabajador turco sería una “nueva restricción” (*Yön*), así como la obtención de un permiso de residencia a efectos de entrada y estancia para menores de 16 años (*Tekdemir*)⁵⁵, considera que medidas de este tipo pueden estar justificadas por razones

⁵¹ STJUE de 15 de noviembre de 2011, Asunto C-256/11, *Murat Dereci y otros contra Bundesministerium für Inneres*, ECLI:EU:C:2011:734. Esta resolución es ampliamente criticable al decidir encuadrar y limitar tal derecho a la vida familiar en los casos de situaciones puramente internas, sobre la base de que los menores al poder estar con uno de los progenitores —el nacional de un EM—, no pone en riesgo el derecho fundamental de estos menores ciudadanos de la UE a una vida en familia. En este mismo sentido, *Rahman y otros* (STJUE de 5 de septiembre de 2012, asunto C-83/11, *Secretary of State for the Home Department contra Muhammad Sajjadur Rahman y otros*, ECLI:EU:C:2012:519).

⁵² STJUE de 22 de diciembre de 2022, Asunto C-279/21, *Udlændingenævnet (Examen linguistique imposé aux étrangers)*, ECLI:EU:C:2022:1019.

⁵³ STJUE de 7 de noviembre de 2013, asunto C-225/12, *C. Demir c. Staatssecretaris van Justitie*, ECLI:EU:C:2013:725.

⁵⁴ STJUE de 10 de julio de 2014, asunto C-138/13, *Naime Dogan c. Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2014:2066.

⁵⁵ Tal como inciden los Abogados generales Sr. Mengozzi y Sra. Sharpston, presentadas respectivamente en los asuntos *Genc* (C-561/14, *Caner Genc c. Integrationsministeriet*, EU:C:2016:28, p. 34) y *Yön* (C-123/17, *Nefye Yön c.*

inherentes al control eficaz de la inmigración y de la gestión de los flujos migratorios. No obstante, el TJUE impone un límite al reconocimiento de dicha discrecionalidad estatal de modo que tal restricción solo se aceptarían si sus modalidades de aplicación no van más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido, extremo que según el caso valora directamente la instancia judicial comunitaria o remite su verificación al órgano jurisdiccional remitente.

4. *A modo de conclusión final*

En el diálogo entre la UE y los países de la cuenca Mediterránea —en particular Turquía y los países del Magreb— la cuestión migratoria se consolida como una pieza clave en sus relaciones y compromisos mutuos de cooperación. Dos elementos han ayudado. Los acontecimientos a partir del año 2008 con una afluencia masiva de migrantes. Y, el propio devenir de la política europea de migración con un enfoque integrado, al que se une una dimensión exterior en cuanto a su gestión. Bajo lo que se denomina el marco de un diálogo estructurado sobre «migración, movilidad y seguridad», el tratamiento de la migración se conforma como un exigencia en las relaciones exteriores entre la UE y sus vecinos. Se instauro bajo la lógica europea una base actuación que pivota en una asunción de responsabilidades —principalmente en el control del flujo irregular—, con la consiguiente recompensa de una mayor cooperación —y por ende relación prioritaria con la UE—.

En este contexto, parece obviarse una cuestión como es la situación jurídica del numeroso colectivo de ciudadanos turcos y magrebíes que residen y trabajan de manera legal en la UE. En efecto, una actuación comprometida en cuanto a la integración de la población residente es clave en aras a garantizar una cohesión económica y social en la sociedad de acogida. En este sentido, el reconocimiento de un principio de igualdad de trato incluido en el Acuerdo de Asociación con Turquía —así como su normativa posterior de desarrollo— y los Acuerdos Euromediterráneos firmados con Marruecos, Argelia y Túnez están resultando un instrumento valioso en la “venida a menos” política de integración. En efecto, los ciudadanos turcos y marroquíes se benefician de una igualdad de trato con los nacionales del EM de residencia en materia de condiciones de trabajo, remuneración y prestaciones de la seguridad social, tanto para el trabajador como para sus familiares. En el caso de los ciudadanos turcos, el Acuerdo con Ankara reconoce asimismo un derecho a la renovación de su permiso de residencia tras un periodo de trabajo en el EM en cuestión.

La integración del migrante no solo han dejado de ser una prioridad en la actuación institucional, sino que asistimos a una sinergia peligrosa en la que el ansiado “control” del primer acceso parece impregnar cuestiones como la inserción socio-laboral, y en el caso de los ciudadanos turcos y magrebíes su estatuto privilegiado bajo los mencionados acuerdos exteriores. En este devenir, se afectan entre otros derechos fundamentales de la persona el derecho a una vida en familia a través de nuevas limitaciones a la reagrupación familiar. En este sentido, la cláusula *standstill* incluida en el Acuerdo de Asociación con Turquía que impide la incorporación de “nuevas restricciones” está suponiendo un freno a la actividad normativa estatal de carácter restrictiva; no obstante, advertimos que en ciertos casos el

Landeshauptstadt Stuttgart, ECLI:EU:C:2018:267, p. 108) no se trata de la lista exhaustiva, reconociendo competencias discrecionales a los EEMM en la materia.

TJUE admite tales medidas “por razones imperiosas de control eficaz de la migración y de la gestión de los flujos”. Se subordina así una cláusula de integración, a los fines del control.

ABSTRACT: Migratory crisis vs. equal treatment: The challenging journey within the Euro-Mediterranean framework

The purpose of our study is to highlight the principle of equal treatment recognised by Euro-Mediterranean agreements as a key element in guaranteeing the legal status of legal residents, which has been overshadowed by the humanitarian crisis in the Mediterranean. Any migration policy must adequately address the control of the flow as well as the integration of the migrant population in the new space of coexistence.

These days, the institutional response from the European Union and the Spanish state on migration issues affects not only the control of the irregular flow, but also the basic rights of the contingent of residents from Turkey, the Maghreb and other northern Mediterranean countries.

From this perspective, this article will examine Euro-Mediterranean relations through the international agreements signed by the European Union with Mediterranean countries, paying special attention to the commitments of each of the parties in terms of border control, flow management and free mobility.



LORENA CALLER TRAMULLAS*

EL IMPACTO DE LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS EUROPEAS EN LA CRIMINALIZACIÓN DE LA INMIGRACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Evolución de las políticas migratorias en la Unión Europea. – 3. El Derecho Penal como instrumento para regular la inmigración irregular en España.– 4. Desafíos del ciudadano extranjero en España ante el internamiento.– 5. Conclusiones.

1. *Introducción*

Los fenómenos migratorios han estado presentes a lo largo de la historia y, frente a ellos, las políticas se han venido orientando desde distintas perspectivas.

Se trata de una materia sobre la que los Estados son reacios a ceder soberanía lo cual dificulta el establecimiento de políticas migratorias comunes en la Unión Europea y se traduce en que los intentos que se han llevado a cabo han resultado en numerosos incumplimientos por algunos Estados, como sucede con el Convenio de Dublín que, transcurrido el tiempo, no ha demostrado ser eficaz.

Igualmente, esta securitización de las políticas migratorias ha tenido un fuerte impacto en nuestro ordenamiento penal español, habiéndose llevado a cabo reformas carentes de una mínima coherencia que han contribuido a criminalizar aún más al inmigrante irregular. Igualmente, tanto en el caso de internamiento en centros penitenciarios de los inmigrantes irregulares como el internamiento de éstos en centros de carácter no penitenciario, las vulneraciones de derechos que sufren las personas extranjeras han sido ampliamente denunciadas.

Cuando los Estados o la Unión Europea trabajan en políticas migratorias la terminología, en muchas ocasiones, hace perder la perspectiva de que detrás de estas políticas hay personas, hombres, mujeres y niños, que, de forma frecuente y reiterada, ven vulnerados sus derechos más elementales como seres humanos.

* Investigadora perteneciente al Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-399 "Derecho Común y Europeo y Estudios Internacionales" y doctoranda como beneficiaria de una ayuda a la contratación predoctoral de la Junta de Andalucía en el Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Departamento de Derecho Público y Común Europeo, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, Universidad de Jaén (España).

2. *Evolución de las políticas migratorias en la Unión Europea*

Resulta necesario remontarnos a la Escuela de Copenhague para abordar el concepto de seguridad al que se alude en las diversas políticas migratorias.

La Escuela de Copenhague¹ hace referencia a un grupo de investigadores que desempeñan su trabajo en el Instituto de Investigación para la paz de Copenhague tales como Ole Wæver o Barry Buzan².

Estos investigadores parten de la base de que la seguridad no es un término unívoco y, partiendo del análisis del lenguaje, concluyen que la seguridad es un término utilizado en lenguaje común. La seguridad es definida por la Real Academia Española de la Lengua como cualidad de seguro, es decir, cualidad de la persona que no siente temor a sufrir agresiones contra su persona cualquiera que sea la forma que revista. Sin embargo, la Escuela de Copenhague ha señalado el concepto de seguridad referido a un instrumento político que permite reunir a grandes masas y aunar sus voluntades. Es por ello que advierten que hay que prestar especial cautela porque, atendiendo a esta conceptualización de la seguridad, se permite securitizar distintos aspectos en el ámbito internacional y pueden generarse daños debido a la manipulación de la población por distintos poderes interesados. La utilización del término seguridad en este sentido permite que desde las élites se desvíe la atención hacia los temas que resulten de su mayor interés logrando que sean materias en las que la población perciba que es prioritaria la intervención, ya sea del Estado o militar³.

Si se atiende a la teoría funcionalista puede afirmarse que, en los períodos de dificultades, los Estados miembros de la Unión Europea son menos reacios a ceder competencias conforme al principio de atribución y se reaviva el sentimiento de unidad europea. Ejemplos recientes de ello son la crisis económica de 2008 que dio lugar a reformas que facilitaron la coordinación en política económica y monetaria y, más reciente aún, la pandemia originada por el COVID-19 que, aunque la Unión Europea no actuó con la rapidez deseada debido al tiempo que requieren algunos trámites y burocracia, sí que se mostró efectiva para dar respuesta y ayuda a los Estados miembros siendo la primera vez que la Unión Europea ha emitido deuda pública con la máxima calificación, por lo que puede decirse que la Unión Europea va adaptándose a las contingencias y respondiendo a los Estados, lo cual favorece el sentido de unidad⁴.

El Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos constituye un instrumento específico de protección colectiva de los derechos humanos y recoge en su articulado el espíritu y los valores que la Unión Europea pretende defender. Dicho Convenio obliga a los Estados a adoptar un comportamiento acorde a lo establecido en dicha norma y prohíbe aquellas actitudes incompatibles con lo establecido⁵.

¹ La Escuela de Copenhague es un término utilizado por primera vez por Bill McSweeney en un ensayo a partir del cual dicho autor comienza una serie de debates con distintos investigadores que él adscribe a esta escuela.

² G. OROZCO, *El aporte de la Escuela de Copenhague a los estudios de seguridad*, en *Revista Fuerzas Armadas y Sociedad*, Madrid, 2000, p. 142.

³ G. OROZCO, *El aporte de la Escuela de Copenhague a los estudios de seguridad*, cit., p. 144.

⁴ A. ADELIÑO, *La securitización del discurso migratorio de la UE bajo las presidencias del Consejo*, Barcelona, 2019.

⁵ J. A. CARRILLO, *Protección de derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales*, en *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, 1991, p. 438.

En el Tratado de Maastricht se atribuyó a la Unión Europea la competencia sobre inmigración y asilo. Posteriormente, con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la Comisión Europea se erige en responsable de realizar las propuestas en esta materia que debían ser aprobadas por unanimidad por el Consejo Europeo hasta que se incorpora el Parlamento como un operador más en el proceso de toma de decisiones de la Unión Europea en el año 2005.

Con el Tratado de Lisboa, puede observarse de la lectura de los artículos 67 y 78 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que se proclama la intención de crear una política migratoria común y con pleno respeto al principio de no devolución. Además, tales artículos junto con el artículo 80 del mismo cuerpo legal realiza referencias continuas al reparto equitativo y a la solidaridad entre los Estados miembros. Para llevar a cabo el desarrollo de esta competencia fue adoptado el Convenio de Dublín y el Sistema Europeo Común de Asilo, sustituido desde el 19 de enero de 2022 por la Agencia de Asilo de la Unión Europea.

Con el Convenio de Dublín se estableció que la petición de asilo debía ser tramitada en el estado receptor. Es necesario matizar que cuando se acordó el Convenio de Dublín no se preveía la afluencia masiva que se produjo fruto de la primavera árabe y el conflicto de Siria en un contexto de contracción económica en la eurozona que comenzó en 2008. Posteriormente, en las revisiones del Convenio llevadas a cabo en los años 2003 y 2013, se priorizó la unidad familiar, el permiso de residencia o visado que ostentase el solicitante de asilo y, por último, el Estado por el que cual hubiera accedido a la Unión Europea o aquel Estado miembro en el que hubiera llevado a cabo la petición.

El problema que en la práctica se ha planteado es que se ha llevado a cabo un reparto no equitativo de las responsabilidades atribuidas a los Estados miembros en la materia y, por otra parte, se ha puesto de manifiesto la falta de garantías de objetividad e imparcialidad en el examen que se lleva a cabo de la demanda de asilo, lo que se traduce en la vulneración de derechos de las personas refugiadas.

Estos problemas derivan de que la atribución de la responsabilidad de tramitar la demanda de asilo a los receptores generaba una desigualdad en el reparto de esta obligación pues los países que constituyen frontera exterior del sur de Europa recibían en su territorio la mayor parte de los demandantes como es el caso de Italia, Grecia o España. Este exceso condujo a la adopción por parte de estos países de medidas muy duras como el internamiento en centros de detención de los inmigrantes irregulares en Italia⁶. Igualmente, esto contribuyó a que algunos Estados levantaron muros fronterizos en el interior del espacio Schengen, por ejemplo, Eslovenia o Austria⁷.

Por otra parte, el Convenio de Dublín no favorecía la inserción social del inmigrante porque no hacía coincidir los criterios de atribución de la responsabilidad de la tramitación a los Estados receptores con las posibles preferencias que tuviera el solicitante. Por cuestiones laborales, afinidad lingüística u otras cuestiones, el inmigrante puede mostrar algunas preferencias por unos países y descartar otros. Igualmente, hay Estados donde resulta más favorable obtener una resolución favorable a su petición de asilo.

⁶ El endurecimiento de las medidas en esta materia se plasma también en la Ley 129/2011 de Italia que amplió la duración del internamiento del inmigrante irregular en centros de detención de 6 a 18 meses.

⁷ C. IMAZ, *La política migratoria europea: entre la seguridad y la humanidad*, en *Instituto español de Estudios Estratégicos*, Madrid, 2020, p. 6.

Otra cuestión que es preciso tener en cuenta es que las competencias en la materia de inmigración y asilo son compartidas lo que dificulta enormemente la implantación de una política migratoria común eficaz.

En todo ello influye también el auge de los movimientos nacionalistas y euroescépticos que han ido ganando terreno en Europa, teniendo ejemplos recientes en las elecciones de Suecia e Italia. Algunos de estos movimientos y partidos políticos mantienen un discurso antiinmigratorio y proclaman la necesidad de orientar las políticas estatales hacia el proteccionismo económico⁸.

En el Parlamento Europeo se observan distintas agrupaciones políticas de ultraderecha que, aunque mantienen algunas diferencias, sí que tienen en común sus postulados sobre la necesidad del cierre de las fronteras exteriores de la Unión Europea y la defensa de la identidad nacional⁹.

La crisis migratoria producida por la llegada de los refugiados sirios en 2016 incrementó los problemas ante la negativa de algunos Estados como Alemania o Dinamarca a sustituir el Convenio de Dublín por una normativa que redistribuyera la responsabilidad respecto de los demandantes de asilo en los Estados miembros de la Unión Europea. Ante esta coyuntura se reforzaron económicamente los Estados que constituyen la frontera exterior de la Unión Europea puesto que recibían un mayor impacto migratorio y, por otra parte, se comenzó a normalizar la externalización de fronteras¹⁰ a través de la adopción de acuerdos bilaterales de los Estados miembros con terceros países, revelándose una muestra clara de la actuación de los Estados miembros al margen de la Unión Europea y poniendo el acento en sus propios intereses nacionales.

Como ejemplo de las consecuencias de este discurso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea condenó a Hungría por reformar la ley incrementando los motivos de denegación de asilo y tipificando penalmente la petición de asilo a la que no se tiene derecho.¹¹

Fruto de todo ello, se plantearon distintas reformas como el establecimiento de un sistema centralizado de gestión de peticiones de asilo, el criterio de la economía y población de los Estados para distribuir las responsabilidades o la creación de una agencia europea que pudiera prestar asistencia técnica eficaz para la gestión de las crisis migratorias en los Estados miembros, entre otras. Sin embargo, la presentación de las distintas propuestas en forma de paquete suscitó rechazo y, finalmente, únicamente se aprobaron las propuestas especialmente securitarias y se pospuso la aprobación de reformas con perspectiva humanitaria.

La Comisión Europea, bajo la presidencia de Úrsula von der Leyen, ha puesto de manifiesto la necesidad de una política común europea en materia migratoria y la necesidad de reformar el Convenio de Dublín, pero la falta de acuerdo entre los Estados miembros se plasma en las diferencias que existen en esta materia entre el Consejo y el Parlamento. En 2020, el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo pretendió sentar las bases de una política migratoria común y pretende abordar el problema de la inmigración de forma integral con todos los medios al alcance, incluso, los medios pertenecientes a Política Común de

⁸ C. IMAZ, *La política migratoria europea: entre la seguridad y la humanidad*, cit., p. 8.

⁹ T. AKKERMAN, *Partidos de extrema derecha y políticas de inmigración en la Unión Europea*, en *Anuario CIBOG de la inmigración*, Barcelona, 2018, p. 50.

¹⁰ A. RUIZ, *Levantando muros. Políticas del miedo y securitización en la Unión Europea*, en *Resumen ejecutivo del Centre de les estudis per la pau*, Barcelona, 2018, p. 1 ss.

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 16 de noviembre de 2021, asunto C-821/19, *Comisión contra Hungría*.

Seguridad y Defensa¹². Este Pacto pretende armonizar toda la normativa en materia de inmigración que se encuentra dispersa en distintas Directivas y aprobar un Reglamento que aborde integralmente la materia. Por otra parte, este Pacto se mantiene en la línea de la securitización que se plasma en la intención de reforzar FRONTEX y en la búsqueda de la colaboración de terceros países insertando las políticas migratorias en el ámbito de las relaciones exteriores de la Unión Europea. En la actualidad, se sigue negociando dicho pacto y los Estados siguen manifestando la necesidad de que se tenga en cuenta el impacto migratorio que sufren los países que se encuentran en primera línea y la cooperación con los países de origen¹³.

De lo anteriormente expuesto, puede afirmarse que las políticas de seguridad y las políticas restrictivas han venido incrementándose en detrimento de las políticas humanitarias, más acordes con los valores y principios de la Unión Europea del artículo 2 del Tratado de la Unión Europea. Así, si bien las políticas y normativas europeas adoptadas son garantistas y protectoras de los Derechos Humanos, en la práctica, se han convertido en políticas simbólicas porque los Estados miembros incurren a menudo en su incumplimiento.

Finalmente, cabe afirmar que las diferencias entre el Consejo y el Parlamento en materia migratoria, la prioridad de los Estados miembros en sus intereses nacionales y el aumento del discurso antiinmigratorio y xenófobo lo siguen pagando los hombres, mujeres y niños que se embarcan en un viaje en condiciones durísimas para lograr unas condiciones de vida dignas, muchos de ellos huyendo de conflictos armados, otros que huyen de la carencia de recursos alimentarios por causa del cambio climático, otros son perseguidos por su orientación sexual en sus países de origen, entre otras causas, a cada cual más dramática.

3. *El Derecho Penal como instrumento para combatir la inmigración irregular en España*

No cabe duda en que la gestión de la inmigración en el ámbito nacional y europeo está fundada en las necesidades económicas existentes en el mercado de trabajo de cada país y en la Unión Europea. También resulta relevante la diferencia en la percepción del inmigrante con recursos económicos que llega para invertir o crear empresas y el inmigrante sin recursos. Así, la aporofobia se añade a la condición de inmigrante denostando aún más la dignidad de la persona.

La inmigración se gestiona desde la perspectiva de la seguridad porque se percibe como una amenaza y se trata de combatir la inmigración irregular mediante el refuerzo de las fronteras, los instrumentos jurídicos y la dotación de medios materiales.

En España, el Código Penal tipificó en los preceptos 313.1 y 318 bis las conductas de colaboración en la inmigración irregular de trabajadores y el tráfico ilegal de migrantes, respectivamente, sin embargo, si se examina cómo ha evolucionado la tipificación de estos delitos, se puede observar de una forma clara el impacto de las distintas políticas y discursos en cada momento.

¹² M.A. ACOSTA, *El Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo de la Unión Europea y su repercusión sobre la política común de seguridad y defensa*, Cádiz, 2022.

¹³ Noticia del Ministerio del Interior de España, “Grande-Marlaska expresa ante sus homólogos del sur de Europa el compromiso de España por un pacto migratorio en la UE “realista, justo y europeo” del 8 de octubre de 2022.

El artículo 313.1 castigaba a «quien promueva o favorezca por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España o a otro país de la Unión Europea». Se castigó así la colaboración en la inmigración irregular para la realización de una actividad laboral, lo cual requería probar la finalidad laboral del desplazamiento para poder aplicar el precepto penal y, por ello, se introdujo el artículo 318 bis, que fue redactado de una forma genérica y sin incluir ninguna finalidad inherente a la inmigración. Este precepto castigaba a «quien promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España». Se recogieron en dicho precepto una serie de agravaciones atendiendo a los medios y a las circunstancias personales del autor y de la víctima¹⁴.

Con la reforma del Código Penal español de 2003, el precepto se amplió y se reestructuró de forma que tras dicha reforma se castigaba a «quien, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España», es decir, se ampliaron los supuestos subsumibles en el tipo penal con la inclusión de las palabras directa o indirectamente. Se mantuvieron las agravaciones que contenía el precepto y se añadió una agravación en aquellos delitos en los que la conducta realizada tuviera la finalidad de explotación sexual y se añadió una protección a la persona con discapacidad.

En la posterior reforma del Código Penal español de 2007 se añadió «o con destino a otro país de la Unión Europea» ampliando así el ámbito punitivo.

Cabe hacer referencia a la Directiva 2002/90/CE, del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, que define la ayuda a entrar, a circular y a la estancia en condición irregular distinguiendo, por un lado, la ayuda a entrar o a transitar a un Estado vulnerando la legislación de extranjería sin exigir ánimo de lucro en la que el autor queda exento de responsabilidad cuando la finalidad de la conducta sea la prestación de ayuda humanitaria y, por otra parte, la ayuda a permanecer en un Estado miembro con vulneración de la legislación de extranjería y con ánimo de lucro.

La Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, se dirigió al refuerzo de la norma penal en la materia al establecer el marco o directrices conforme a las cuales debía desarrollarse la normativa penal y, entre ellas, la sanción de las conductas mencionadas cuando estuviera presente el ánimo de lucro y el culpable perteneciese a una organización delictiva o se hubiera puesto en peligro la vida de las personas que hubiesen llevado a cabo el desplazamiento.

Con todo ello, puede afirmarse que el bien jurídico que protegen estos preceptos son los intereses estatales y supraestatales en el control de los flujos migratorios y de las fronteras españolas que, a su vez, son fronteras exteriores de la Unión Europea, aunque el título en que se ubica el artículo 318 bis en el Código Penal tenga la rúbrica «*Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*».

Esto ha dado lugar a una cantidad sustancial de sentencias dictadas en los tribunales españolas sancionando tales conductas realizadas de forma aislada, sin ánimo de lucro ni pertenencia a organización delictiva¹⁵. En la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga el 24 de febrero de 2005 se condenó a una pena de prisión de tres años y un día por tratar de ayudar a su sobrino nieto, cercano a cumplir la mayoría de edad, a llegar a Bélgica. Esta condena fue impuesta a pesar de que el propio tribunal expone de forma expresa que la

¹⁴ E. POMARES, *Reforma del Código Penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea*, en *Revista de Estudios Jurídicos da UNESP*, 2015, p. 2.

¹⁵ Véase, Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 25 de abril de 2005 o Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2006.

intención era ayudar al menor a lograr unas mejores condiciones de vida y no fue intención del condenado irrogar perjuicio alguno al menor¹⁶. Igual condena fue impuesta a una mujer que ayudó a entrar a España a su sobrina procedente de Nueva Guinea y de igual forma el tribunal señaló que la intención no era perjudicar a la menor sino proporcionarle una mejor calidad de vida¹⁷.

La adición de la finalidad de explotación sexual al precepto conduce a un solapamiento con el delito de trata de personas del artículo 177 bis del Código penal con la diferencia de que, en el caso del artículo 318 bis se vincula la trata con la inmigración irregular. Sin embargo, el delito de tráfico ilegal de migrantes se diferencia de la trata, entre otras cosas en que en el tráfico ilegal de migrantes existe el consentimiento válido de la persona desplazada¹⁸ mientras que en el delito de trata de seres humanos no hay consentimiento o éste es inválido porque se ha obtenido por medios que invalidan el consentimiento. Además, no puede obviarse que el propio precepto penal, el artículo 177 bis, al regular el delito de trata de seres humanos, señala en su apartado tercero que el consentimiento de la víctima es irrelevante, si para la comisión del delito, se ha empleado violencia, intimidación o engaño, o el culpable se ha prevalido de una situación de superioridad sobre la víctima o de una situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima o, en aquellos casos en el que se ha pagado o recibido dinero o cualquier otro beneficio para obtener el consentimiento de la persona que tenga el control sobre la víctima. En los delitos de trata de seres humanos puede observarse que la utilización de tales medios es lo habitual por lo que el consentimiento de la víctima es inoperante en la gran mayoría de los delitos de trata de seres humanos.

Debido a ello, en la reforma del Código Penal de 2010 se introdujo el artículo 177 bis para regular específica y detalladamente la trata de seres humanos, caracterizada por la ausencia de consentimiento, la finalidad de distintos tipos de explotación inherentes a la conducta y los medios utilizados para doblegar la voluntad de la víctima.

En esta misma reforma se eliminó el precepto 313.1 por considerar que la conducta que sancionaba quedaba subsumida en el artículo 318 bis. Sin embargo, esta reforma no colmó la expectativa de la separación correcta de la trata de seres humanos y el tráfico ilegal de migrantes y, al mantener medios comisivos propios de la trata de seres humanos, contribuyó a incrementar la confusión entre ambas conductas.

Con la reforma de 2015 del Código Penal se suprimieron las referencias a medios comisivos que pueden doblegar o viciar la voluntad de la persona desplazada propios de la trata de seres humanos y se redujeron los márgenes punitivos que, antes de la reforma, incurrían en desproporcionalidad.

Hay que matizar que el proceso de transposición de las Directivas han sido una reproducción del texto sin detenerse al examen de su coherencia en relación con nuestro ordenamiento.

La exención de responsabilidad penal por la realización de la conducta con la finalidad de prestar ayuda humanitaria plantea algunas cuestiones controvertidas puesto que la ayuda humanitaria que se preste debe ser imparcial e independiente. Ello implica que, cuando las conductas se llevan a cabo facilitando la entrada, tránsito o estancia hacia España u otro país

¹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7ª de Melilla, 10/2005 de 24 de febrero de 2005 (JUR 2005\84742). Fundamento de derecho 3º.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 1146/2009, de 18 de noviembre de 2009. (RJ 2010/178). Fundamento de derecho 1º.

¹⁸ M. MARTÍNEZ, *¿Puede utilizarse el Derecho Penal en la lucha contra la Inmigración irregular?*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2008, p. 6.

de la Unión Europea para proteger a familiares o personas con las que existan vínculos afectivos, tales conductas no encuentran encaje en esta excusa absoluta, puesto que la ayuda no es desinteresada al estar influenciada por los componentes emocionales, dando lugar a situaciones verdaderamente injustas¹⁹.

Una vez expuesto lo anterior, puede afirmarse que este precepto no protege al inmigrante, su dignidad ni los derechos de los ciudadanos extranjeros, sino que responde a las políticas de seguridad, centradas en protegernos de ellos y no en protegerlos a ellos mencionadas al comienzo de este artículo y, por otra parte, protege el control estatal y supraestatal de los flujos migratorios. En última instancia, puede afirmarse que tiende a la protección de la estructura socioeconómica que puede alterarse en caso de una excesiva presión migratoria.

Numerosos expertos coinciden en afirmar la necesidad de trabajadores extranjeros en España porque tiene unos índices de natalidad muy bajos y es necesario cubrir puestos de trabajo que habitualmente no se logran cubrir con trabajadores españoles²⁰. Igualmente, las estadísticas no señalan una incidencia alta de la inmigración en la delincuencia. Las consecuencias de la inmigración no son tan negativas como los discursos que últimamente se mantienen en la sociedad y la política quieren hacer ver. Por otra parte, sería también muy necesario realizar estudios e investigaciones de cómo la fuga de talento influye en los países de origen, aspecto sobre el cual no se presta demasiada atención.

Por último, el artículo 318 bis del Código Penal tensiona los principios del Derecho Penal y los límites del *ius puniendi* estatal. Colisiona o, al menos tensa, con el principio de última ratio del Derecho Penal, la proporcionalidad de las penas, el principio de lesividad y el principio de intervención mínima²¹.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia 66/1995 delimitó los criterios para que la restricción de un derecho fundamental supere el juicio de proporcionalidad. Señala como necesario que no existan medios menos lesivos que el Derecho Penal para lograr el fin pretendido, si la medida establecida es adecuada para lograr dicho fin y que el fin protegido por la norma tenga un valor que justifique la restricción del derecho fundamental sin que se produzca un desequilibrio. Aunque en el caso concreto los bienes jurídicos protegidos son legítimos, considero que puede plantearse la posibilidad de que la vía administrativa sea adecuada y suficiente para proteger el control de los flujos migratorios por lo que, en muchas ocasiones, el Derecho penal puede, en mi opinión, resultar excesivo para tal fin. Además, no puede obviarse el estigma que supone una condena penal y el internamiento en los centros de internamiento de extranjeros, aunque éstos últimos no sean centros de carácter penitenciario. Ello implica, en el caso del inmigrante y en la gran mayoría de ocasiones, un doble, triple e, incluso cuádruple estigma social por ser condenado penalmente, por ser inmigrante, por ser pobre y, en su caso, por ser mujer. Todo ello sin entrar en cuestiones de estigmatización por cuestiones de raza, lingüísticas, origen u otras, y esta es una perspectiva que no puede ser obviada por nuestros legisladores porque en la práctica se traduce en múltiples vulneraciones de derechos que sufren las partes más débiles que, al huir de sus

¹⁹ E. POMARES, *Reforma del Código Penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea*, en *Revista de Estudios Jurídicos da UNESP*, 2015, p. 17.

²⁰ Informe 2/2019 del Consejo Económico y Social de España, “*La inmigración en España: efectos y oportunidades*”, p. 89.

²¹ M. MARTÍNEZ, *¿Puede utilizarse el Derecho Penal en la lucha contra la Inmigración irregular?*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2008, p. 17.

países y llegar a otros países calificados como seguros, no resultan eficazmente protegidos ni la persona ni sus derechos.

4. *Desafíos del ciudadano extranjero ante el internamiento*

Es muy habitual que la policía centre sus esfuerzos sobre las personas inmigrantes. En ocasiones no se les ofrece una posibilidad alternativa al encarcelamiento o se les requiere tener empleo para el acceso a la posibilidad de salir en libertad bajo fianza.

En algunos países asiáticos, la ley se aplica un rigor que ha conllevado la prisión o el internamiento de víctimas de trata de seres humanos y de inmigrantes que huyen de sus países de origen por encontrarse en situaciones de riesgo por abuso, persecución u otras causas, es decir, que huyen por razones que justifican *prima facie* su calificación de víctima.

A ello hay que añadir que numerosos países carecen de una regulación que proteja la situación del extranjero internado en un centro penitenciario y ello se traduce en que, a las duras condiciones del encarcelamiento, se suma la dificultad añadida de encontrarse en un país extranjero²². Esto da lugar a problemáticas específicas en esta categoría de reclusos.

En primer lugar, la barrera lingüística y la dificultad para comprender el proceso penal del país donde se encuentran, así como el acceso a la defensa que se ve mermado en muchas ocasiones por carecer de la información necesaria para acceder a asistencia jurídica gratuita son problemas habituales a los que se enfrentan los reclusos extranjeros. En España, la legislación penitenciaria concede el derecho a intérprete y la disponibilidad de la información sobre la normativa y régimen interior en varias lenguas. Sin embargo, en numerosas ocasiones, no hay disponibilidad de intérprete ni las normas están redactadas en dialectos o lenguajes no comunes o frecuentes. Tales circunstancias dan lugar a que el recluso, debido al desconocimiento de las normas del régimen interior del centro penitenciario, cometan infracciones que les perjudican para acceder a beneficios penitenciarios²³.

A ello hay que añadir el aislamiento al que conllevan las barreras lingüísticas²⁴ y la lejanía de su entorno familiar por lo que la situación de aislamiento incrementa la posibilidad de sufrir problemas de salud mental, especialmente cuando se trata de mujeres que, antes de entrar en prisión, ya tenían hijos. Además, la discriminación por cuestiones de origen, raza, lengua o religión siguen estando muy presentes²⁵.

Igualmente, se les deporta con frecuencia cuando termina su condena y, en muchas ocasiones, se les retorna a su país de origen con el que han perdido los vínculos²⁶.

No puede obviarse que en las últimas décadas la inmigración se ha incrementado de forma considerable acompañada al ritmo de la globalización por lo que, a su vez, guarda una correlación lógica con el incremento de la cifra de reclusos extranjeros en prisión. Esta cifra

²² Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual sobre Reclusos con necesidades especiales*, Viena, 2009, pág. 82.

²³ L. CALLER, *Reclusos con necesidades especiales. Especial referencia a los derechos de los reclusos y el tratamiento de la transexualidad en prisión*, Jaén, 2021.

²⁴ C. VALERO, *Derechos de comunicación y lengua en centros penitenciarios: normativa y situación actual en España*, en *Derecho y cambio social*, Lima, 2020, p., 459.

²⁵ Ficha de seguimiento de visita realizada por el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura el 25, 26 y 27 de septiembre de 2019.

²⁶ Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual sobre Reclusos con necesidades especiales*, Viena, 2009, p. 85 ss.

no se debe a que todos los extranjeros sean delincuentes sino que la justicia controla a los inmigrantes de una forma selectiva y, con mayor intensidad a estas personas, lo que ya se venía advirtiendo en la IV Conferencia de Ministros Europeos responsables de asuntos de inmigración reunidos en Luxemburgo en septiembre de 1991 al decir que el peligro de ser detenido se incrementa en el caso de los extranjeros respecto de los nacionales por lo que las estadísticas deben ser interpretadas con cautela²⁷.

Es necesario también referir la situación de ciudadanos españoles que cumplen condena en prisiones extranjeras. El Defensor del Pueblo lleva años alertando de la situación de los mismos porque en países cuyo sistema penitenciario no se puede equiparar al nuestro se añaden problemas de hacinamiento, una alimentación deficiente, la falta de acceso a la salud, consumo de drogas, corrupción del personal penitenciario, la imposibilidad de trabajar y falta de seguridad por la facilidad en el acceso a las armas en algunos países, entre otras²⁸.

Es importante, por otra parte, señalar que en muchos países los reclusos se encuentran recluidos sin haber sido juzgados y pasa un largo tiempo hasta que pueden tener asistencia letrada y, en la mayoría de ocasiones, muy deficiente.

Todas estas circunstancias hacen que la situación de ciudadanos españoles recluidos en el extranjero suponga para ellos unas condiciones de vida muy penosas y parece muy lejana la posibilidad de solucionarlas²⁹.

No obstante, en España los reclusos gozan de la protección que otorga la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, aunque también es necesario señalar que hay una manifiesta falta de medios y falta de reciclaje formativo de los profesionales penitenciarios que conllevan, en numerosos casos, la vulneración de algunos derechos de los reclusos.

La situación cambia por completo cuando el inmigrante, que no ha cometido delito alguno, es internado en un centro de internamiento de extranjeros. En España se han establecido Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes y Centros de Internamiento de Extranjeros, llamados comúnmente CETI y CIE, respectivamente. Los Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes son establecimientos que pertenecen a la Administración Pública y tienen la finalidad de proveer la primera acogida provisional y proporcional al inmigrante las prestaciones sociales y ayudas que requieran los inmigrantes y aquellos que han solicitado asilo. Además, son abiertos, por lo que el inmigrante puede salir y entrar al no hallarse recluido. En la actualidad únicamente se han habilitado en España dos Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes que se ubican en Ceuta y Melilla. Estos centros se encuentran regulados por el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000. La principal problemática que presentan estos centros es el hacinamiento, por lo que los inmigrantes son desplazados gradualmente a la península para poder seguir acogiendo a los inmigrantes que van llegando a la costa española. Cuestión radicalmente distinta es la de los Centros de Internamiento de Extranjeros. En estos centros se interna a las personas extranjeras en situación irregular respecto de las normas de extranjería con el fin de tramitar o ejecutar su expulsión o devolución a sus países de origen³⁰. En este caso, se trata del internamiento en centros de

²⁷ G. VALERO, *Extranjería y prisión, igualdad material en un sistema penitenciario intercultural?*, en *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Leioa, 1994, p. 65.

²⁸ Defensor del Pueblo, *La defensa de los reclusos*, Madrid, 2018.

²⁹ L. CALLER, *Reclusos con necesidades especiales. Especial referencia a los derechos de los reclusos y el tratamiento de la transexualidad en prisión*, Jaén, 2021.

³⁰ J. C. RÍOS, *¿Qué son los centros de internamiento de extranjeros (CÍES)?* en *Razones para el cierre de los CIE: del reformismo a la abolición*, Málaga, 2017.

carácter no penitenciario. La persona inmigrante puede haber llegado por diversas causas como, por ejemplo, por encontrarse en una situación administrativa irregular, porque se ha dictado una orden judicial de expulsión del territorio español o bien porque ha recaído una sentencia penal condenatoria que se ha conmutado por la expulsión, ya sea total o parcialmente³¹.

Su regulación se halla en la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008 que autoriza a los Estados miembros internar estas personas hasta dieciocho meses sin haber cometido delito alguno, únicamente por su situación administrativa irregular. Dicha Directiva, a la cual se le ha denominado ampliamente la “Directiva de la vergüenza”, fue ampliamente rechazada por la una gran parte de la comunidad internacional por contribuir a criminalizar la inmigración³². En España, de conformidad con el artículo 21 del Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los CIES, aprobado por Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, el internamiento no excederá de 60 días y deberá ser acordado por la autoridad judicial. Este Reglamento es la normativa aplicable a estos centros puesto que, al no tener carácter penitenciario, no se aplica la legislación penitenciaria.

Las organizaciones civiles han criticado en numerosas ocasiones el impacto del internamiento³³. Por una parte, es muy lesivo desde una perspectiva psicológica tanto el internamiento como el hacinamiento. En estos centros se interna frecuentemente a niños que, en muchas ocasiones, han perdido a algún progenitor. El internamiento incrementa su vulnerabilidad y produce daños psicológicos importantes. Por otra parte, si bien es cierto que el internamiento es acordado por la autoridad judicial, los jueces y tribunales no disponen de tiempo y recursos para controlar que no se produzcan vulneraciones de derechos, aunque tengan competencias para controlar estos centros.

Las condiciones de habitabilidad e infraestructuras de los centros de internamiento son muy deficientes y, a diferencia de los que sucede en las prisiones españolas, con una regulación más garantista, en los Centros de Internamiento de Extranjeros se producen muchas más vulneraciones de los Derechos Humanos. Esto se debe, en su mayor parte, a que se trata de centros de gestión policial, con un funcionamiento muy opaco en su mayoría, que dificulta mucho la investigación de los abusos. A ello hay que añadir que los recursos sociales con los que pueden contar los internos carecen de eficacia.

En la actualidad, en España, se han establecido ocho Centros de Internamiento de Extranjeros.

El sentido de los Centros de Internamiento puede inferirse a partir de las identificaciones que realizan las fuerzas policiales. Se han examinado las identificaciones realizadas y se ha llegado a la conclusión de que tienen un marcado perfil étnico³⁴. Esto supone otra contribución a la criminalización de la inmigración ya que, numerosos identificados terminan recluidos en estos centros³⁵. Sin embargo, la ineficacia de los medios y la deficiencia de recursos materiales y humanos conducen a que no se ejecuten la mayor

³¹ M. BOSCH, *Los centros de internamiento de extranjeros en España. Un análisis crítico y perspectivas de futuro*, Valencia, 2021.

³² C. VILLEGAS, *La Directiva de Retorno de inmigrantes irregulares a la luz de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la protección internacional de los derechos humanos*, Sevilla, 2010.

³³ E. GARCÍA, *Centros de Internamiento de Extranjeros: motivos para su desaparición*, en *Boletín criminológico*, nº 172, Málaga, 2017.

³⁴ J. C. RÍOS, *¿Qué son los centros de internamiento de extranjeros (CÍES)?* en *Razones para el cierre de los CIE: del reformismo a la abolición*, Málaga, 2017.

³⁵ J. C. RÍOS, *¿Qué son los centros de internamiento de extranjeros (CÍES)?*, cit.

parte de las expulsiones y, transcurrido el plazo máximo de internamiento se libera a estos internos, pero con el estigma del internamiento añadido a su condición de inmigrante irregular. Por otra parte, la propia situación de internamiento hace que las solicitudes administrativas de regularización sean denegadas por no aportar un contrato de trabajo, obvio por otra parte, puesto que quien está internado difícilmente puede trabajar, aunque tuvieran trabajo u ocupación hasta el momento del internamiento.

En España se adoptaron las políticas migratorias establecidas en 2008 por la 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, que vino a establecer determinadas medidas que tienden a la restricción de la circulación de las personas inmigrantes que se hallan en una situación de irregularidad administrativa y a garantizar el retorno forzoso de estas personas.

Las medidas establecidas por la Directiva se incorporaron a la Ley de Extranjería española mediante la reforma que se llevó a cabo en el año 2009 y se tradujo en la adopción de medidas en España muy duras, tales como el incremento del control de fronteras, la ampliación del período de internamiento de los inmigrantes en los centros de internamiento de extranjeros, el incremento de las conductas y el endurecimiento de las penas tipificadas en el Código Penal y la imposición de restricciones a la posibilidad de agrupamiento familiar.

En los centros de internamiento podemos distinguir distintos tipos de inmigrantes en situación irregular que presentan particularidades. Pueden encontrarse en situación de internamiento en estos centros las personas que han finalizado el cumplimiento de una pena de prisión, personas cuya entrada en el territorio español se haya llevado a cabo desde el inicio en situación irregular, también personas que en el momento de renovar su permiso de residencia no contaron con un permiso de trabajo y se convierten de forma sobrevenida en inmigrantes irregulares, entre otras. Pero, además, pueden encontrarse internadas en dichos centros personas que presentan condiciones de vulnerabilidad como mujeres, niños, solicitantes de asilo, etc.

La propia Ley de Extranjería excluye la posibilidad de internar a menores extranjeros no acompañados, pero en estos casos, la práctica forense de determinación de la edad ha planteado situaciones muy controvertidas en las que se producen vulneraciones de los derechos de los niños en los procesos de determinación de la mayoría de edad del menor para poder proceder a su internamiento.

El Comité de Derechos del Niño³⁶ realiza recomendaciones en esta materia señalando la necesidad de que, al adoptar medidas respecto de los menores no acompañados, sean tenidos en cuenta los deseos y las opiniones de los menores y recuerda a los Estados su obligación de garantizar el ejercicio de este derecho especialmente en aquellos que padezcan alguna discapacidad auditiva y aquellos que por su origen no puedan comprender el idioma oficial por ser migrantes, indígenas, por pertenecer a minorías o cualquier otra razón.

El Comité matiza, por otra parte, que la representación del menor tiene que concordar con las normas procesales nacionales y que ello, en ningún caso, permite que puedan establecerse procedimientos que obstaculicen o imposibiliten la efectividad de este derecho. Igualmente, conmina a los Estados a que velen por el cumplimiento de las normas respecto

³⁶ Observación general número 6 del Comité de Derechos del Niño, relativa al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, artículo 12.

de la imparcialidad del proceso, es decir, a velar por la efectividad de, entre otros derechos, el derecho a la defensa y el derecho de acceso al expediente que asiste al menor.

Debido a las irregularidades que se han detectado en la realización de las pruebas óseas y la información obligatoria que no se ha recabado en los informes facultativos, surgió la necesidad de realizar pruebas para complementar la deficiente información. Ante ello, la Fiscalía General del Estado en España elaboró una nota interna³⁷ en la que determinaba su criterio respecto de la determinación de la edad de los menores no acompañados recordando a los miembros del Ministerio Fiscal los criterios científicos, metodologías y pruebas con su correlativo índice de fiabilidad.

El Defensor del Pueblo español ha recibido múltiples quejas y en sus investigaciones han resultado acreditadas distintas vulneraciones de derechos de estos menores³⁸. Así, se ha acreditado la existencia de procedimientos de determinación de la edad en los que no ha participado ningún médico forense, procedimientos en los que no se han practicado las pruebas médicas necesarias en el caso concreto que comprenden la ausencia de pruebas médicas o su insuficiencia, procedimientos en los que no se ha respetado el derecho del menor a participar y, en distintas ocasiones, se ha constatado la ausencia de notificación de las resoluciones que impide que el menor interesado pueda interponer un recurso judicial contra la resolución en la que se ha determinado su edad. Por otra parte, el Defensor del Pueblo ha manifestado que tales prácticas no cumplen con los estándares establecidos por la Fiscalía General del Estado ni por los Institutos de Medicina Legal españoles³⁹.

La ley establece un plazo máximo de 60 días de internamiento y, si en dicho plazo no se ha llevado a cabo la expulsión efectiva del territorio nacional, deben ser puestos en libertad y se da la paradoja de que la persona inmigrante liberada no puede ser expulsada pero tampoco puede regularizar su situación administrativa.

La Ley de Extranjería permite la posibilidad de asistencia de ONG's para prestar ayuda en los centros, sin embargo, al no haberse establecido un protocolo o procedimiento para poder llevarlo a cabo, en la práctica es una posibilidad que no se autoriza, lo que impide el control del cumplimiento de los derechos de los internos y su denuncia.

Las deficiencias más denunciadas son el internamiento en celdas, la deficiencia en la asistencia médica, impedimentos para solicitar asilo, dificultades lingüísticas. Hay que añadir que la ausencia de un sistema de videovigilancia contribuye a la impunidad de las vulneraciones sistemáticas de derechos.

Por otra parte, los preceptos penales relativos a abusos de poder o aplicación de rigor innecesario solo se aplican a funcionarios de centros penitenciarios o de centros de protección de menores⁴⁰, lo cual facilita la impunidad de los abusos y vulneraciones de derechos llevadas a cabo por los trabajadores que prestan servicio en tales centros en un sistema absolutamente policial.

Expuesta así la ineficacia de los centros de internamiento de extranjeros para llevar a cabo los fines para los que fueron creados, puede afirmarse que la eliminación de estos

³⁷ Nota interna de la Fiscalía General del Estado en España 2/2018.

³⁸ *Informe del Defensor del Pueblo sobre la determinación de la edad de los menores extranjeros indocumentados*, Madrid, 2016.

³⁹ Nota interna de la Fiscalía General del Estado 2/2018 y el Código ético y de buenas prácticas de las unidades de valoración forense integral del Ministerio de Justicia.

⁴⁰ Artículo 533 del Código Penal español: «El funcionario penitenciario o de centros de protección o corrección de menores que impusiere a los reclusos o internos sanciones o privaciones indebidas, o usare con ellos de un rigor innecesario, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años».

centros no tendría un gran impacto en el control de la inmigración irregular, sin embargo, en el ámbito social y político se percibe utópica la idea de prescindir de los centros de internamiento. Lo sensato sería hallar otras opciones que comportasen una menor lesividad y un menor impacto en los derechos de los inmigrantes. Estas medidas son mucho menos restrictivas de derechos y permiten que el inmigrante en situación irregular pueda tener el apoyo de amigos y familia. Además, el mencionado artículo no constituye una lista cerrada de medidas, sino que permite que el juez pueda adoptar cualquier medida que considere adecuada y suficiente. Esta cláusula abierta permite que el juez pueda tener en cuenta las concretas circunstancias personales, familiares, económicas, laborales y sociales de la persona inmigrante al momento de adoptar la medida cautelar y, de esta forma, puede acordar una medida que cumpla con la finalidad perseguida respetando plenamente los derechos humanos de la persona y permitiendo que la situación de la persona inmigrante sea un poco más liviana. Por otra parte, en el caso de las personas inmigrantes rescatadas en el mar, el internamiento puede intensificar su sufrimiento y, en muchas ocasiones, el viaje ya le ha supuesto una cadena de abusos que se han prolongado durante mucho tiempo e, incluso, pérdidas de familiares o acompañantes que se traducen en que al llegar a tierra están solos, traumatizados, vulnerables y absolutamente confusos sobre el procedimiento legal. Añadir a estas situaciones el internamiento, existiendo en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de acordar otras medidas cautelares, es una victimización innecesaria y un ataque contra la dignidad de estas personas perfectamente evitable.

Si la finalidad de los centros de internamiento es garantizar la expulsión del inmigrante irregular, el uso de medios de localización electrónica también podría resolver este problema

La policía ha venido llevando a cabo, en ocasiones, “expulsiones exprés”⁴¹. Este sistema consiste en la expulsión forzosa de la inmigrante llevada a cabo directamente desde la comisaría en las primeras 72 horas de detención y, de esta forma, se evita el internamiento en un centro. No obstante, esta alternativa no es adecuada. La inmediatez de la devolución impide en la mayoría de ocasiones un asesoramiento legal adecuado. Por otra parte, esta alternativa implica la ruptura de los vínculos familiares o afectivos que pueda mantener el inmigrante con personas dentro del país, que se produce casi sin tiempo a dejar su vida organizada y sin tiempo apenas para despedirse. De esta forma, puede producirse la expulsión de una persona que tiene hijos, esposo o esposa, otros parientes o un círculo social sin poder cuidar de ningún aspecto de la vida de estos. Resulta fácil imaginar el impacto psicológico o económico si la persona expulsada es la sustentadora principal del hogar por lo que esta opción como alternativa al internamiento no es aceptable.

Las normas de extranjería recogen la posibilidad del retorno voluntario asistido que, sin duda alguna, tienen un impacto negativo menor. Por otra parte, la autoridad judicial es quien acuerda el internamiento, pero no hay obstáculo en las normas que le impidan acordar medidas cautelares de otra naturaleza que sea menos lesiva que la privación de libertad que implica el internamiento. De hecho, el artículo 61.1 de la Ley 4/2000 recoge algunas de estas medidas, mencionando expresamente la presentación periódica ante las autoridades competentes, la residencia obligatoria en determinado lugar y la retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad. Por ello, existiendo la posibilidad de acordar otras medidas, ha de acordarse las menos restrictiva los derechos de la persona.

La dotación de medios materiales y humanos es imprescindible para llevar a cabo una política migratoria con respeto a los derechos humanos. La inversión estatal y autonómica

⁴¹ E. GARCÍA, *Centros de Internamiento de Extranjeros: motivos para su desaparición*, en *Boletín criminológico*, n. 172, 2017.

podrían mejorar considerablemente la situación de las personas inmigrantes. Por una parte, aquellos que resultan internados podrían gozar de unas condiciones de vida dignas y de unas infraestructuras adecuadas. Por otra parte, aquellos que no han sido internados podrían ser ayudados por los servicios sociales si se les dotase de medios humanos y materiales. Los servicios sociales en estos casos son de un interés vital porque podrían ayudar al inmigrante a dar sus primeros pasos en España y, además, si la persona es ayudada es mucho más fácil que cumpla voluntariamente las medidas que la autoridad judicial hubiera acordado. A través de estos servicios se les podría prestar asistencia para lograr alojamiento, servicios de comedor, asesoría legal, búsqueda de familiares, entre muchas otras. No obstante, es necesario matizar que los profesionales que integran los servicios sociales en España son profesionales implicados y eficaces pero el volumen de personas inmigrantes que tienen que atender desborda toda posibilidad de que sean atendidos adecuadamente debido a personal escaso y medios escasos. Por ello, otra de las medidas que pueden ser especialmente útiles, el refuerzo y dotación de los servicios sociales y de acogida y atención al inmigrante, al igual que una correcta dotación de los centros de internamiento.

5. Conclusiones

No cabe duda, en primer lugar, del viraje hacia las políticas de seguridad implantadas a nivel estatal y europeo. Fruto del aumento de los discursos antiinmigración y de la posición de los Estados protegiendo sus propios intereses frente a la posibilidad de llevar a cabo una política migratoria eficaz y común, se ha primado el control de fronteras y la devolución como medidas principales. La forma en que los Estados llevan a cabo la implantación y ejecución de estas medidas difiere, pero las denuncias por vulneración de los derechos de los inmigrantes y su dignidad humana nos permite intuir que las políticas migratorias que abogan por la implantación de medidas de seguridad proclamando el respeto a los derechos de las personas migrantes son, respecto de esto último, meramente simbólicas hasta el momento.

En España, la situación no difiere de lo anterior puesto que se ha criminalizado la inmigración irregular y los medios con los que se han dotado los centros de internamiento son, a todas luces, ineficaces. En la práctica supone la vulneración sistemática de los derechos de los inmigrantes y el internamiento que no reúne las condiciones mínimamente dignas, además, a la opacidad que acompaña a todo lo relativo a los centros de internamiento. Es por ello que, en los casos en que sea imprescindible el internamiento, los centros sean dotados con los medios necesarios y condiciones dignas de forma que no se lesionen los derechos más elementales de las personas y su dignidad. Igualmente, es necesaria la inversión estatal en políticas de integración y cooperación, así como el establecimiento de servicios eficaces que puedan prestar la asistencia social que estas personas requieren.

Igualmente, resulta urgente facilitar los protocolos para que las organizaciones humanitarias puedan acceder e investigar el estado de los centros de internamiento así como establecer un servicio por parte de la Administración que permita canalizar las denuncias de los internos e investigar las vulneraciones de derechos y los abusos que los internos puedan denunciar.

Es precisa la formación que fomente la sensibilidad de las autoridades judiciales para que se valoren en todos los casos las condiciones de la persona en situación irregular para

que, teniendo la opción de acordar diversas medidas cautelares, acuerden la que sea más acorde a la situación de la persona y no se acuerde por defecto el internamiento.

Los medios de comunicación tienen una función imprescindible para que el debate social sea sensato sin que prevalezcan discursos xenófobos o populistas y puedan lograrse soluciones con sentido común desde la sensatez y la sensibilidad con los derechos humanos.

Es necesario recordar a nuestros poderes públicos que la dignidad humana es un mínimo invulnerable que toda persona posee por el hecho de existir y es su labor llevar a cabo políticas que logren los fines con ellas pretendido, pero no a costa de la dignidad y los derechos de quienes las padecen. Por ello, es más necesario que nunca la unidad en una política migratoria justa y equitativa que permita proteger los intereses de los Estados sin hacer recaer el peso en los más débiles.

ABSTRACT: The impact of European migration policies on the criminalization of irregular immigration in Spain

This article examines how successive European rules have impacted immigration regulation. It analyzes the evolution of European policies and the influence of the various migration crises. On the other hand, it describes in detail the evolution of the criminal precepts under the European Directives, observing the impact of both the regulations and the migratory crises, being Spain a country that, together with other countries of Southern Europe, receives an important migratory impact. Finally, the situation of the irregular immigrant in internment, both penitentiary and non-penitentiary, and the state of human rights in such internment is examined.



MARIA TERESA COLLICA*

LA TUTELA PENALE DEL MIGRANTE NEL MEDITERRANEO E IL CONTRASTO ALLE ONG

SOMMARIO: 1. La criminalizzazione del migrante in mare. – 2. La linea di contrasto alle ONG: dal codice di condotta di Minniti, al decreto legge Salvini *bis*, fino al decreto Lamorgese. – 3. Le vicende giudiziarie. – 3.1. Il Caso *Sea Watch* e l'adempimento del dovere. – 3.2. Il Caso *Open Arms* e lo stato di necessità. – 3.3. Il Caso *Vos Thalassa* e la legittima difesa. – 3.4. Il Caso *Asso 28* e la possibile rilevanza penale delle azioni di trasporto e sbarco in Libia. – 4. Il perdurante intento di una linea dura: i decreti del Governo Meloni.

1. La criminalizzazione del migrante in mare

Il diritto penale dell'immigrazione si caratterizza da tempo per una deriva verso il diritto penale d'autore, in cui peraltro sono destinate a prevalere sulle garanzie tipiche del modello classico del diritto penale, esigenze repressive e di giustizialismo¹. Le scelte operate

* Professore associato di diritto penale - Università degli Studi di Messina.

¹ Sul diritto penale dell'immigrazione come espressione del diritto penale del nemico, nella sconfinata letteratura, 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, n. 2, p. 55 ss., 74 ss.; ID., *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'"offense" di Joel Feinberg, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 1588 ss.; D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, p. 547 ss.; ID., *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione giustizia*, 2009, n. 1, 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; A. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.*, 2011, doc. n. 151.1; 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*, Milano, 2011, 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; A. SPENA, *La Crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, n. 1, p. 495 ss.; L. MASERA, *Il diritto penale "dei nemici" – la disciplina in materia di immigrazione irregolare*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, p. 806 ss.; A. CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sistema penale*, 13.4.2022.

dal legislatore italiano negli ultimi venticinque anni vanno in questa direzione, con maggiore o minore enfasi a seconda dei Governi.

In nome della sicurezza collettiva si combatte, tra i tanti nemici, il “migrante”², termine riferibile non più solo allo straniero irregolare che provi a fare ingresso o a soggiornare nel nostro Paese, ma anche a potenziali rifugiati e richiedenti asilo, che pure avrebbero diritto di essere accolti, ma che sempre più spesso sono guardati con sospetto.

Già i decreti-legge Minniti del 2017 avevano privilegiato l’aspetto repressivo del fenomeno dei flussi migratori, ma ciò è stato ancora più evidente con i decreti-legge Salvini³ durante la XVIII Legislatura.

Nella letteratura straniera, si segnalano, 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 MELIÁ, P. MARAVER GÓMEZ, *El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal*, in S. BACIGALUPO, M. CANCIO MELIÁ (coord.), *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona, 2005, p. 343 ss.

² Cfr. L. FERRAIOLI, *La criminalizzazione dei migranti*, in *Quest. Giust.*, 2009, n.1, p. 1 ss.; A. CAPUTO, *Irregolari, criminali, nemici: note sul “diritto speciale” dei migranti*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, n. 1, p. 45 ss.; ID. *Diseguali, illegali, criminali (una guida alla lettura)*, in *Questione giustizia*, 2009, n. 9, p. 85 ss.; 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*, Torino, 2009, p. 28 ss.; G. GATTA, *La criminalizzazione della clandestinità tra scelte nazionali e contesto europeo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, p. 189 ss.; L. RISICATO, *Il confino e il confino: uno sguardo d’insieme alle disposizioni penali del “decreto sicurezza”*, in *Diritto penale e processo*, 2019, p. 15 ss.; L. RISICATO, *Verso un diritto penale illiberale?*, cit., p. 531 ss.; G. ALESCI, *(In-) Sicurezza e immigrazione. La colpevolizzazione dello straniero nel diritto dell’emergenza*, in *Archivio penale*, 2018, n. 3, p. 1 ss.

² Sul clima di securitarismo, tra gli altri, M. PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in *Cassazione penale* 2009, p. 805 ss.; A. CAPUTO, *L’emergenza sicurezza. Appunti su securitarismo e politiche del diritto*, in *Questione giustizia*, 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 *Cassazione penale*, 2008, p. 3558 ss.; D. PULITANO, *Sicurezza*, cit., p. 547 ss.; ID., *Lo sfaldamento del diritto penale e l’ottica amico-nemico*, in *Questione giustizia*, 2006, 4, p. 740 ss.; C.F. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, p. 532; 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.; A. CAVALIERE, *Punire per ottenere “sicurezza”: corsi e ricorsi di una illusione repressiva*, in *Legislazione penale (web)*, 20.4.2021.

³ Sulla tendenza securitaria dei suddetti decreti sia consentito rinviare a M.T. COLLICA, *Il reato di immigrazione clandestina, tra (in)effettività e simbolismo*, in questa rivista, 2020, p. 332 ss. Sui Decreti Minniti, 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-Rivista trimestrale*, 2017, n. 3, p. 278 ss. Cfr. G. MENTASTI, *La libertà personale dello straniero al vaglio della Corte Edu: illegittimità della proroga del trattenimento adottata de plano e diritto alla riparazione per ingiusta detenzione*, in *Diritto penale contemporaneo-Rivista trimestrale*, 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.

Sui decreti sicurezza cfr. tra gli altri, S. ZIRULIA, *Decreto sicurezza –bis: novità e profili critici*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18.6.2019; A. COSENTINO, *L’ANM della Cassazione sul D.L. n. 13/2017 in materia di protezione internazionale e di contrasto dell’immigrazione illegale*, in *Questione giustizia*, 8.3.2017; C. RUGA RIVA, *Il d.l. in materia di sicurezza nelle città. Verso una repressione Urbi et orbi?*, in *Diritto penale contemporaneo-Rivista trimestrale*, 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.; Sulle conseguenze penali del decreto sicurezza, L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza*, cit., p. 43 ss.; G. MENTASTI, *Decreto sicurezza: i profili penalistici*, in *Diritto penale contemporaneo*, 25.10.2018; ID., *Il decreto sicurezza diventa legge. Le modifiche introdotte in sede di conversione*, *ivi*, 21.12.2018; M. DANIELE, *La detenzione come deterrente dell’immigrazione nel decreto sicurezza 2018*, in *Diritto penale contemporaneo-Rivista trimestrale*, 2018, 11, p. 95 ss.; E. LA ROSA, *Il Governo delle politiche migratorie tra criminalizzazione e giustificazione*, in C. CESARI (a cura di), *Stranieri in Italia. Una riflessione a più voci*, Atti del convegno, Macerata, 25 novembre 2021, Padova, 2022, p. 93 ss.

La nuova aberrazione degli ultimi anni è stata quella di aggirare le difficoltà a valle di una effettiva espulsione degli immigrati con operazioni di “*Push Back*” già in alto mare⁴, o, comunque, di impedimento degli sbarchi nel nostro Territorio attraverso la politica dei c.d. “porti chiusi”, che le recenti vicende politiche del nostro paese stanno riproponendo.

Nonostante già nel 2012 la Grande Camera avesse condannato l'Italia per un respingimento effettuato in alto mare, in violazione degli obblighi internazionali⁵, i respingimenti sono di fatto aumentati negli anni successivi. Ed è proprio in questi casi che i diritti dei rifugiati e richiedenti asilo vengono fortemente compromessi.

Un nuovo nemico è diventato, per questa via, come anticipato, anche il richiedente protezione, a volte tacciato di voler approfittare delle misure di protezione senza avere in realtà i requisiti per accedervi. Il messaggio mediatico che ne segue è forte e chiaro: criminalizzazione!

2. La linea di contrasto alle ONG: dal codice di condotta di Minniti, al decreto legge Salvini bis, fino al decreto Lamorgese

Dopo la fine dell'operazione *Mare nostrum*, che impiegava le navi della Marina militare italiana nelle operazioni di salvataggio in prossimità delle acque territoriali libiche e l'avvio nel 2014 dell'operazione Triton compiuta da Frontex (l'agenzia europea di controllo delle frontiere), sono aumentati, oltre ai naufragi, anche i respingimenti. Il Mediterraneo è divenuto così teatro di gravi violazioni dei diritti umani. Negli stessi anni, in mancanza di un sistema di soccorsi efficace predisposto dagli Stati costieri, si è registrato l'inserimento delle ONG nelle operazioni di salvataggio sotto il coordinamento della Guardia costiera italiana.

A poco a poco, però, il centro del processo di criminalizzazione si è spostato dal migrante verso chi lo aiuta⁷ e in questo nuovo clima, a partire dal 2017, l'attenzione dei Governi è stata rivolta anche alle ONG. In particolare, inizialmente è stata veicolata l'idea

⁴ Sui respingimenti collettivi di migranti cfr. S. MIRATE, *Gestione dei flussi migratori*, in *Responsabilità civile e previdenza*, vol. 85, n. 2, 2017, p. 433 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 *Diritto penale e processo*, 2012, p. 509 ss.; C. RUGGIERO, *Le linee di tendenza della criminalizzazione nel sistema penale italiano da “decreto Minniti” al “decreto sicurezza bis”*, in *Archivio penale*, 2020, n. 2, p. 1 ss.

⁵ La Grande Camera ha condannato l'Italia con la sent. sul caso *Hirsi Jamaa c. Italia*, del 23.2.2012, in *Rivista aic.it*, con nota di S. ZIRULIA, *I respingimenti nel Mediterraneo tra il diritto del mare e diritti fondamentali*, per 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 *Sbarifi e altri c. Italia e Grecia*, del 21.10.2014, in www.echr.coe.int.

⁶ Dal 2018, l'operazione Triton è stata sostituita dall'operazione Themis.

⁷ Su questa tendenza, E. LA ROSA, *Il Governo delle politiche migratorie*, cit., p. 99 ss. L'A. individua accanto a una dinamica di criminalizzazione diretta, con la previsione di norme incriminatrici verso chi aiuta il migrante, una dinamica di criminalizzazione indiretta attuata attraverso una particolare “narrazione” che fa apparire come nemici coloro che soccorrono o aiutano i migranti, in grado di incidere sull'opinione pubblica.

che la presenza delle ONG, un tempo considerate quasi degli eroi per il loro impegno nelle azioni di salvataggio in caso di naufragio⁸, costituissero un *pull factor* delle partenze dalla Libia, poi fatta degenerare in poco tempo nella convinzione dell'esistenza di una vera e propria collaborazione tra le ONG straniere e le bande criminali libiche nell'affare del traffico di esseri umani⁹.

Nell'azione politica del Governo inizia, perciò, a farsi strada la necessità della previsione di regole chiare da far seguire nelle azioni di soccorso. È in questo periodo che viene introdotto il codice di condotta per le ONG, varato dall'allora Ministro dell'interno del Governo Gentiloni, Minniti. Il codice non aveva una forza normativa significativa, ma assumeva la forma di mere raccomandazioni operative e subordinava alla sua sottoscrizione la collaborazione delle organizzazioni non governative con le autorità italiane nelle operazioni di soccorso. Le navi che vi aderivano si impegnavano, tra le altre cose, a “non entrare nelle acque territoriali libiche, salvo in situazioni di grave e imminente pericolo”. Erano previste restrizioni nelle operazioni di salvataggio, ma non molte precise per le navi che non rispettavano le regole imposte dal Governo; la relativa clausola era infatti generica, stabilendo che la mancata sottoscrizione del codice o l'inosservanza delle condizioni previste potesse comportare «l'adozione di misure da parte dell'autorità italiane nei confronti delle relative navi, nel rispetto della vigente legislazione internazionale e nazionale, nell'interesse pubblico di salvare vite umane, garantendo al contempo un'accoglienza condivisa e sostenibile dei flussi migratori»¹⁰. L'obiettivo politico era, in definitiva, quello di non avere ostacoli nel rimandare eventualmente in Libia i migranti soccorsi in mare. Da allora le norme di contrasto alle ONG e le relative sanzioni sono diventate sempre più stringenti.

Nel 2018 i rapporti tra ONG e autorità italiane si deteriorano ulteriormente di fronte agli accordi del nostro Paese con le autorità libiche per la creazione e il finanziamento di campi di detenzione libici in cui trattenere chi vuole espatriare illegalmente. Le ONG iniziano ad essere da intralcio in quanto si rifiutano di riportare chi viene soccorso in mare nelle coste libiche e per questa ragione diventano avversari da contrastare.

Dopo il cambio di maggioranza e l'avvio del Governo Conte I, la parola d'ordine del nuovo Ministro dell'interno del Governo Giallo-Verde (Lega/5stelle), Salvini, diventa quella dei “porti chiusi”! Sono gli anni in cui a diverse navi è stato vietato lo sbarco, con una serie di provvedimenti ministeriali, e in cui, per giorni, soccorritori e soccorsi sono rimasti bloccati nei porti, persino quando a effettuare le operazioni non erano state le ONG, ma la marina militare italiana, come è avvenuto nel noto caso Diciotti¹¹.

⁸ Fino al 2016 le ONG erano inserite nel sistema di soccorso delle autorità italiane.

⁹ Le ONG sono state accusate di creare ad arte le condizioni del naufragio. Basta ricordare le ripetute dichiarazioni ai media, che poi non hanno trovato alcun riscontro, da parte del procuratore della Repubblica di Catania Zuccaro, ma anche quelle, durante il Governo Conte I, del vicepresidente della Camera dei deputati Di Maio, che aveva definito le ONG come “taxi del mare”, o ancora quelle dell'allora Ministro dell'interno Salvini, che aveva parlato di aiuto ai migranti delle ONG come “vice-trafficienti”. In definitiva, il processo di criminalizzazione politico-mediatico ha trovato via via una legittimazione anche istituzionale. Sul punto, P. BARRETTA, *Da eroi a trafficanti: le accuse ai protagonisti delle operazioni di ricerca e soccorso in mare*, in *Quest. Giust.*, 4.7.2017; A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, p. 1861 s.; E. LA ROSA, *Il Governo delle politiche migratorie*, cit., p. 103.

¹⁰ Per maggiori dettagli, L. MASERA, *Il contrasto amministrativo alle ONG che operano soccorsi in mare, dal codice di condotta di Minniti, al decreto Salvini bis e alla riforma Lamorgese: le forme mutevoli di una politica costante*, in *Questione giustizia*, 15.6.2021.

¹¹ Le conseguenze giudiziarie di questi blocchi hanno portato alla richiesta di autorizzazione a procedere per sequestro di persona contro il Ministro degli interni. È noto come mentre una prima volta, nel caso Diciotti, il Senato abbia respinto la richiesta, a distanza di un anno, quando la Lega passò all'opposizione e il Ministro degli

Sul fronte giudiziario le ONG iniziano anche ad essere accusate, come meglio si vedrà, del reato di favoreggiamento della immigrazione irregolare, *ex art. 12 del T.U. immig.* Ma è col decreto sicurezza *bis* di Salvini, del 2019, che la volontà di una loro criminalizzazione ha trovato piena attuazione attraverso la nuova previsione di un potere interdittivo attribuito al Ministro degli interni, di concerto col Ministro delle infrastrutture e di quello della difesa, relativo al “divieto di ingresso, transito o sosta in acque territoriali” delle navi civili per motivi di ordine pubblico o di sicurezza e in caso di pericolo di violazione delle norme in materia di immigrazione¹². Si formalizzava, in altri termini, il *modus operandi* in precedenza adottato dal Ministro degli interni in assenza di norme specifiche. La violazione del provvedimento era peraltro sanzionata con misure draconiane: un illecito amministrativo, inserito al comma 6 *bis* dell’art. 12 del T.U. immig., che stabiliva per il comandante della nave la sanzione amministrativa del pagamento di una somma originariamente da euro 10.000 a 50.000, poi aumentata in sede di conversione del decreto con i limiti da 150.000 a 1.000.000 di euro, più il sequestro e la confisca obbligatoria della nave. Le perplessità generate da un aumento di ben 15 volte nel minimo e di 20 volte nel massimo della sanzione originaria oltre che dalla cancellazione del requisito, inizialmente previsto, della reiterazione della condotta per l’applicazione della confisca della nave, sono state denunciate dal Presidente della Repubblica in una lettera inviata al Presidente del Consiglio e ai Presidenti delle Camere in sede di promulgazione della legge. A destare il disappunto del Presidente è stata in particolare l’irragionevolezza di aver affidato alla discrezionalità di un atto amministrativo la valutazione di un comportamento che conduceva a simili sanzioni¹³.

Il nuovo potere interdittivo del Ministro dell’interno, peraltro, rischiava di sovrapporsi a quello del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previsto dall’art. 83 Cn.¹⁴, la cui

interni fu sostituito, venne rilasciata per i casi Gregoretti e Open Arms, sul rilievo che il Ministro non avesse agito per interesse pubblico. Nella prima di queste vicende il Gup di Catania, in conformità alla richiesta del Pm, ha deciso per il proscioglimento dell’allora ministro, nel secondo caso, invece, il Gup di Palermo ha, al contrario, rinviato a giudizio Salvini per sequestro di persona e rifiuto di atti d’ufficio, sul rilievo che la mancata concessione dello sbarco non fu, come sosteneva la difesa, un atto politico, come tale insindacabile, ma un atto meramente amministrativo. I casi in realtà non erano identici. A Catania il trattenimento era stato più limitato e per questo è stato ritenuto quasi fisiologico in attesa di uno smistamento dei migranti in Europa; nel caso della nave Open Arms, ancora pendente, lo sbarco ha invece fatto seguito al sequestro della nave ordinato da un magistrato, conseguentemente alla sospensione del divieto d’ingresso firmato congiuntamente dal Ministro degli Interni e da quello dei Trasporti e della Difesa, ad opera del Tribunale amministrativo del Lazio. Dopodiché il nuovo diniego fu firmato solo da Salvini e non dagli altri due ministri. Si tratta di una differenza sostanziale che ha fatto ritenere il blocco per due settimane dei migranti indiscriminato. Sul caso Open Arms, peraltro, si è registrato anche uno scontro con l’ex premier Conte con una lettera.

¹² La possibilità di esercitarlo è stata prevista nell’art. 11, co. 1 *ter* del T.U. sull’immigrazione. Parlano di una funzione “eccentrica” di coordinamento unificato dei controlli sulla frontiera marittima e terrestre italiana in capo al Ministro degli Interni, A. DI MARTINO, L. RICCI, *Il delitto d’inosseranza della limitazione o del divieto di transito e sosta del mare territoriale (art. 1, comma 2, d.l. 130/2020)*, in *La Legislazione Penale online*, 1.3.2021, p. 2. Sulle misure di *crimmigration* previste dal decreto, cfr., tra gli altri, C. FORTE, *Il nuovo decreto sicurezza (d.l. 4 ottobre 2018, n. 113)*, 2019; L. MASERA, *La crimmigration nel decreto Salvini*, in *Legislazione penale*, 24.7.2019; L. RISICATO, *Il confine e il confino: uno sguardo d’insieme alle disposizioni penali del decreto sicurezza*, in *Diritto penale e processo*, 2019, p. 15 ss.

¹³ Nelle osservazioni del Presidente, in particolare, è stata richiamata anche la sentenza della Corte Costituzionale n. 112 del 2019 che ribadisce la necessità della proporzionalità tra sanzioni e comportamenti.

¹⁴ L’art. 83 Cn., dal titolo «Divieto di transito e sosta», prevede infatti il potere del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di «dimitare o vietare il transito e la sosta delle navi mercantili nel mare territoriale, per motivi di ordine pubblico, di sicurezza della navigazione e, di concerto col Ministro dell’ambiente, per motivi di protezione dell’ambiente marino, determinando le zone alle quali il divieto si estende».

violazione integra il reato di «Navigazione in zone vietate», di cui all'art. 1102 Cn., alla cui base sono richiamati analoghi motivi di ordine pubblico e di sicurezza della navigazione.

L'operatività della misura interdittiva ha, invero, avuto breve durata, in quanto i tumultuosi cambi di maggioranza hanno portato rapidamente alla nascita del Governo Conte II, con la Lega all'opposizione. Con il successivo Governo Giallo-Rosso, PD/5stelle, i Decreti Salvini sono stati modificati attraverso il D.L. n. 130/2020, Lamorgese, conv. con mod. con legge n. 173/2020, contenente «disposizioni urgenti in materia di immigrazione e sicurezza»¹⁵. Tuttavia, a differenza di quanto avvenuto per altri aspetti della nuova disciplina - come il riordino del sistema di accoglienza, la reintroduzione del diritto all'iscrizione anagrafica dei richiedenti protezione internazionale, vietata dal primo decreto Salvini e la previsione di un permesso di «protezione speciale» oltre che di nuovi permessi di soggiorno¹⁶ - rispetto ai quali l'inversione di tendenza apportata dal decreto legge n. 130 è stata netta, sulla politica degli sbarchi la soluzione operata dal Governo Conte II si è rivelata più ambigua o, comunque, meno dirimente di quanto ci si potesse aspettare da chi aveva annunciato netta discontinuità rispetto al passato. Nonostante, infatti, si dicesse che il decreto Salvini veniva abrogato, si reintroduceva contestualmente un analogo potere del Ministro degli interni di divieto di transito e sosta¹⁷ nel mare territoriale per vaghi motivi di ordine pubblico e sicurezza pubblica. Per giunta, la sua violazione è stata trasformata da illecito amministrativo a reato, punito con la reclusione fino a 2 anni, più la multa da 10000 a 50000 euro.

Inoltre, il secondo periodo, contenente la «clausola di non applicazione» dei suddetti divieti e sanzioni per le operazioni di soccorso, che avrebbe potuto rappresentare una vera svolta rispetto alle restrizioni precedenti¹⁸, in realtà è stato limitato alle operazioni di soccorso «regolari», ossia a quelle rispettose delle indicazioni delle autorità competenti, immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso e allo Stato di bandiera ed effettuate nel rispetto delle direttive da questo fornite, emesse in base agli obblighi derivanti dagli accordi internazionali. In sostanza, sono state ammesse solo le operazioni di soccorso cui gli Stati competenti preventivamente informati diano il loro consenso¹⁹. Restava, pertanto, il problema di capire la portata davanti all'eventuale rifiuto da parte delle ONG di riconoscere autorità competenti quelle libiche e «porto sicuro» la Libia per motivi umanitari, essendo ormai note da tempo le gravi violazioni dei diritti umani che

¹⁵ Per un approfondito esame delle dinamiche che hanno portato alle nuove misure, con un riferimento anche alle misure delle navi-quarantena adottate durante l'emergenza Covid-19, L. MASERA, *Il contrasto amministrativo alle ONG*, cit., p. 9 s.

¹⁶ Il divieto era stato dichiarato incostituzionale dalla Corte Costituzionale n. 186 del 2020, giudicandolo in contrasto con l'art. 3, sotto il duplice profilo della irragionevolezza intrinseca, poiché la norma non agevola il perseguimento delle finalità di controllo del territorio dichiarate dal decreto sicurezza e della irragionevole disparità di trattamento perché rende ingiustificatamente più difficile ai richiedenti asilo l'accesso ai servizi ad essi garantiti.

¹⁷ Non si ritrova più il riferimento al divieto di ingresso, ma è chiaro che deve considerarsi implicito in quello di transito e sosta.

¹⁸ La novità era stata peraltro presentata mediaticamente in questo modo.

¹⁹ Si chiede, in particolare, che l'operazione di soccorso sia immediatamente comunicata al centro di coordinamento competente e allo Stato di bandiera dell'imbarcazione che porta soccorso; che la stessa sia effettuata nel rispetto delle indicazioni date dalla competente autorità per la ricerca ed il soccorso in mare nel rispetto degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali in materia di diritto del mare, dalla convenzione Edu, da quelle nazionali internazionali ed europee sul diritto di asilo.

si protraggono in quel territorio, con azioni legate al traffico di persone, torture, stupri, uccisioni illegali, lavori forzati, estorsioni, sfruttamento²⁰.

Tornando, poi, all'accennata trasformazione della violazione del divieto di transito e sosta da illecito amministrativo a delitto²¹, va invero evidenziato che se, ad una prima osservazione, la qualificazione formale più grave risultava stridere con le promesse di una disciplina di rottura rispetto al passato²², ad un'analisi più attenta, si è trattato di una scelta ponderata volta a recuperare alcune garanzie del procedimento penale. In definitiva, la scelta dell'illecito amministrativo, compiuta dal decreto Salvini *bis*, era solo apparentemente meno afflittiva dell'illecito penale²³, ma serviva, al contrario, a riservare il potere sanzionatorio ai prefetti e dunque, secondo la competenza gerarchica, al Ministro dell'interno nella speranza che potesse trovare applicazione più facilmente, a fronte dell'atteggiamento già manifestato dalla magistratura. La competenza del giudice penale finiva dunque per sottrarre all'autorità amministrativa un potere sanzionatorio assai incisivo e discrezionale, censurabile davanti all'autorità giudiziaria solo in via successiva ed eventuale²⁴.

Nel nuovo contesto trovava peraltro maggiore spazio l'esame della presenza di eventuali cause di giustificazione, non più sommario, come pure l'errore sulla presenza di una di queste cause di giustificazione, *ex art.* 59 ult. comma e, quindi, la possibilità di escludere il reato anche per l'assenza del dolo. L'affidamento al giudice penale avrebbe pertanto consentito un'analisi più attenta anche della legittimità del provvedimento del Ministro degli interni, tenuto pure conto del rispetto delle norme interne e del diritto internazionale che garantiscono, in definitiva, maggiori spazi di libertà²⁵.

²⁰ Lo ricorda anche l'Alto commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani in una lettera del 2019.

²¹ Sul piano del trattamento sanzionatorio, il rinvio all'art. 1102 Cn., relativo alla navigazione in zone vietate, comportava la reclusione fino a 2 anni che consentiva però la sospensione condizionale della pena. Era stata poi eliminata la confisca della nave, anche se restava una multa elevata, da 10.000 a 50.000 euro.

²² Non a caso la modifica è stata definita "gattopardesca" da F. VENTURI, *La gattopardesca riforma della disciplina delle operazioni di soccorso in mare ad opera dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 20212, p. 87. Per le critiche alle nuove misure, v. L. MASERA, *Il contrasto amministrativo alle ONG*, cit., p. 11 ss.; L. RICCI, *Il delitto di inosservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale*, in *Legislazione penale*, 1.3.2021; S. ZIRULIA, *Il diritto penale nel "Decreto Lamorgese": nuove disposizioni, vecchie politiche criminali*, in *Diritto penale e processo*, 2021, p. 567 ss.

²³ È noto come, proprio alla luce delle caratteristiche richiamate, l'illecito amministrativo rientri ormai nella nozione di materia penale in senso convenzionale e costituzionale. In questo contesto si registra anche la tendenza, suggerita dalla Corte Costituzionale, di determinare i casi in cui la depenalizzazione possa essere considerata davvero più favorevole al reo solo attraverso un'analisi della specifica afflittività della misura prevista per il reo. Cfr. sul punto C. Cost., n. 68/2017, con nota di F. VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative punitive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10.4.2017 e C. Cost., n. 223/2018 con nota di G.L. GATTA, *Non sempre 'depenalizzazione' equivale a 'mitigazione'*. *La Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative 'punitive' più favorevoli al reo*, *ivi*, 13.12.2018.

²⁴ Chiarisce la volontà del legislatore di mirare al recupero delle garanzie tipico del sistema penale, contro sanzioni solo formalmente amministrative, E. LA ROSA, *Il governo delle politiche migratorie*, cit., p. 121 s., per il quale «il ritorno alla sanzione penale smaschera, almeno, un'ipocrisia punitiva e produce una inversione di tendenza rispetto alle pratiche della *crimmigration*»; L. MASERA, *Il d.l. Piantadosi sulle operazioni di soccorso in mare: l'ennesimo tentativo di impedire ciò che il diritto internazionale impone e il problema della depenalizzazione come fuga dalla giustizia*, in *Sistema penale*, 13.2.2023. L'A. sottolinea che «l'efficacia e la prontezza della sanzione amministrativa vengono preferite alla sanzione penale, la cui maggiore efficacia stigmatizzante viene evidentemente ritenuta subvalente rispetto alla maggiore 'maneggevolezza' del sistema sanzionatorio amministrativo» e prosegue denunciando una «fuga di giurisdizione».

²⁵ In precedenza, infatti, poteva intervenire a riguardo il giudice civile solo in caso di opposizione dei soggetti sanzionati.

In generale, però, la modifica normativa è apparsa più un'operazione di «cosmesi legislativa»²⁶, che, al di là delle intenzioni commendevoli, ha lasciato invariata la disciplina sul punto e si è anzi prestata mediaticamente ad un messaggio di ancora maggiore durezza delle sanzioni. È anche vero, poi, che sul piano applicativo la violazione del divieto non è mai stata contestata durante il Governo Conte II, né quando era ancora vigente il decreto Salvini *bis*, né dopo l'entrata in vigore del nuovo decreto Lamorgese, mentre, semmai, sono divenuti più frequenti i controlli amministrativi nei confronti delle navi delle ONG, di sicuro meno eclatanti, ma pur sempre un ostacolo della loro presenza nelle operazioni di salvataggio²⁷.

Ancora una volta, in definitiva, si è registrata una discrepanza tra il valore dell'intervento normativo sul piano simbolico - in questo caso come osservato ambivalente²⁸ - e quello sul piano operativo dell'applicazione delle norme.

3. Le vicende giudiziarie

L'attacco diretto alle ONG è avvenuto oltre che con la contestazione dell'inosservanza del divieto di ingresso, transito e sosta delle navi, come accennato, attraverso l'accusa di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, *ex art. 12 T.U. immig.*, in particolare di favoreggiamento dell'ingresso del migrante irregolare. La fattispecie è di facile applicazione essendo incentrata nella generica condotta di chi «agevola in qualsiasi modo l'ingresso», a differenza delle ipotesi di favoreggiamento della permanenza e del soggiorno del migrante irregolare, previste nei commi successivi e caratterizzate dal fine «di trarre un ingiusto profitto»²⁹. In definitiva, davanti all'esigenza di tutelare l'ordine pubblico e la regolarità dei flussi, il rischio è che diventino tipiche persino condotte solidaristiche di privati o delle ONG.

In effetti, sono numerosi i procedimenti penali che sono stati aperti su questa scia, anche se, ad onore del vero, tutti chiusi con richiesta di archiviazione dalle stesse procure che avevano aperto le indagini, salvo un caso ancora pendente³⁰.

Se, infatti, con diverse misure la vocazione degli ultimi Governi è stata quella di regimentare le operazioni di soccorso e contrastare decisioni autonome delle ONG, persino con la minaccia del ricorso al diritto penale, dall'altro lato, un'operazione in controtendenza è stata, parallelamente compiuta, a più riprese, sul piano applicativo delle norme. Il processo

²⁶ F. VENTURI, *La gattopardesca riforma*, cit., p. 90.

²⁷ Per più ampi riferimenti, L. MASERA, *Il contrasto amministrativo alle ONG*, cit., p. 10 s.; ID., *Il d.l. Piantadosi*, cit., p. 86.

²⁸ L'ambivalenza riflette i diversi approcci al problema delle due parti politiche che avevano dato vita al Governo Conte II, che il provvedimento ha provato a equilibrare.

²⁹ Su questi e altri aspetti problematici della disposizione incriminatrice e, in particolare, sulla controversa conciliabilità con finalità umanitarie, E. LA ROSA, *Il Governo delle politiche migratorie*, cit., p. 104 ss.; ID., *Controllo dei flussi migratori "versus" tutela dei diritti umani: il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare nel diritto penale italiano*, in Atti del III Congresso internazionale italo-espagnol "*Crisis migratorias: nuevos desafíos para los derechos humanos*", Universidad de Jaén, 20-21 ottobre 2022, in questa rivista; A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, p. 1859 ss.; L. MASERA, *L'incriminazione dei soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disumano?*, in *Questione giustizia - Rivista trimestrale*, 2018, n. 2, p. 231 ss.

³⁰ In un caso, invero, il Gip Trib. Trapani, 2.8.2017, ha disposto il sequestro della Juventa, la nave dell'Ong tedesca *Jugend Rettet*, il cui equipaggio è accusato di essere un "taxi del mare" e di concordare i soccorsi con i trafficanti libici. A distanza di cinque anni il processo è ancora alle sue prime fasi per una serie di impedimenti legati anche alla circostanza che gli imputati sono tutti stranieri. Intanto la richiesta dell'attuale Presidente del Consiglio e del Ministro dell'Interno di costituirsi parte civile è stata respinta.

politico-mediatico di criminalizzazione delle ONG si è scontrato, in altri termini, con un sistema di anticorpi, altrettanto forte, garantito dalle Corti europee e dalle Corti nazionali (sia dalla Corte Costituzionale sia dai giudici ordinari), che ha garantito spazi di liceità.

Un ruolo fondamentale in questo senso hanno avuto, come anticipato, le cause di giustificazione che entrano in gioco in queste circostanze: la legittima difesa, lo stato di necessità e l'adempimento di un dovere in relazione tanto alle leggi nazionali quanto a quelle sovranazionali. E proprio gli obblighi di diritto internazionale hanno svolto un importante freno a determinati eccessi.

È accaduto, pertanto, che sul piano giudiziario le sentenze sui respingimenti italiani - dall'episodio della nave Gregoretti a quello della nave *Open Arms*, ma ancora con il caso *Sea Watch 3*, ecc. - siano state l'occasione per ribadire il valore di quei principi.

3.1. Il caso *Sea Watch* e l'adempimento del dovere

Volendo procedere ad una sintesi di alcune fra le vicende giudiziarie più rilevanti, emerge un dato inequivoco: ad oggi non si è mai arrivati per le ONG ad una condanna, né in relazione all'inosservanza del provvedimento di divieto di sbarco del Ministro dell'interno né per il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Il più delle volte ciò è stato garantito attraverso il rinvio agli obblighi di diritto internazionale e, dunque, il riconoscimento, di volta in volta, dell'adempimento del dovere, tanto rispetto all'obbligo di soccorso quanto rispetto all'obbligo di portare i naufraghi in un "posto sicuro".

È quanto è accaduto, per esempio, nel caso *Sea Watch 3*, in cui la comandante della nave, Carola Rackete, dopo aver soccorso in mare 53 migranti provenienti dalla Libia, si era rifiutata di dirigersi verso il porto di Tripoli, come indicato dalle autorità libiche, non ritenendolo un *place of safety* (POS). Dopo essersi diretta verso l'Italia, la comandante aveva fatto scendere i migranti a Lampedusa andando contro il divieto di ingresso e di sbarco emesso dall'allora Ministro dell'interno Salvini e dalla Guardia di Finanza, ai sensi del decreto sicurezza-*bis*, da poco entrato in vigore. Durante le concitate manovre di attracco la comandante finì anche per speronare la nave della Guardia di Finanza.

Contro Rackete venne contestata la violazione del menzionato ordine previsto dall'art. 12, co. 6 *bis*, TU immig., oltre al delitto di resistenza a un pubblico ufficiale, *ex art.* 337 c.p., e a quello di resistenza o violenza contro nave da guerra, di cui all'art. 1100 Cn. La Cassazione³¹, intervenuta in fase precautelare per il riesame dell'arresto in flagranza emesso inizialmente, ha, tuttavia, riconosciuto corretta la decisione del Gip del Tribunale di Agrigento,³² che non lo aveva convalidato e aveva rigettato la richiesta di applicazione della misura cautelare del divieto di dimora nella provincia, in nome della «norma consuetudinaria di diritto internazionale genericamente riconosciuta e pertanto direttamente applicabile nell'ordinamento interno, tramite l'art. 10, comma 1, della Costituzione» che impone davanti all'immediato pericolo di naufragio il soccorso in mare, il quale pertanto non solo è legittimo

³¹ Cass., III, n. 6626/2020, in *Sistema penale*, 24.2.2020, con nota di S. ZIRULIA, *La Cassazione sul caso Sea Watch: le motivazioni sull'illegittimità dell'arresto di Carola Rackete*, L. MASERA, *La Cassazione sul caso Rackete: la strategia dei porti chiusi è contraria alla disciplina dei soccorsi in mare*, in *Questione giustizia*, 26.2.2020.

³² Trib. Agrigento, 2.7.2019, con nota di L. MASERA, *Il caso della capitana Rackete e l'illegittimità della politica governativa dei porti chiusi per le ONG*, in *Giustizia insieme*, 6.7.2019; V. VALENTINI, *Dovere di soccorrere o diritto di speronare? Qualche spunto (quasi) a caldo sul caso Sea Watch 3*, in *Criminalia*, 5.8.2019.

ma doveroso. Successivamente le indagini nei confronti della comandante sono state archiviate dal Gip di Agrigento, su richiesta conforme della Procura³³.

3.2. Il Caso Open Arms e lo stato di necessità

Nel caso di specie la nave spagnola *Open Arms* aveva soccorso 218 migranti prima che arrivassero gli aiuti delle imbarcazioni libiche, che avevano già comunicato alle autorità italiane, segnalanti a monte un evento SAR, la loro disponibilità ad intervenire. Durante il concitato salvataggio, avvenuto su iniziativa della motonave, si era pure registrato un duro scontro con la guardia costiera libica. La nave aveva segnalato una situazione grave per un neonato e la madre, i quali venivano per questo fatti scendere nella più vicina isola di Malta, mentre gli altri imbarcati erano stati portati in Italia.

La Procura di Catania aveva disposto il sequestro preventivo della nave ipotizzando, in via preliminare, a carico del comandante e del coordinatore della ONG, i reati di associazione per delinquere e di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare.

Il Gip di Ragusa, divenuto competente dopo che il Gip di Catania aveva ritenuto insussistente il delitto di associazione per delinquere, ha tuttavia rigettato la richiesta di sequestro preventivo della nave della ONG spagnola³⁴. Appare interessante evidenziare come i due giudici coinvolti nella vicenda siano arrivati a conclusioni differenti sulla presenza dello stato di necessità.

Il Gip di Catania, infatti, aveva negato l'applicazione dell'art. 54 c.p., considerando che al momento del salvataggio il pericolo di naufragio si sarebbe potuto evitare con l'imminente arrivo delle autorità libiche, le quali, come detto, avevano già dato la loro disponibilità ad intervenire e assunto il coordinamento delle operazioni. Alla base del provvedimento del sequestro della nave vi era perciò la negazione dello stato di necessità, sul rilievo della mancanza del pericolo reale per la vita dei migranti. Per di più si faceva notare che la causa di giustificazione menzionata non si applica a chi si è volontariamente posto nella situazione di pericolo, cosa che secondo il Gip avrebbe fatto proprio l'ONG.

Il Gip di Ragusa, invece, richiamandosi al principio di *non refoulement*, ha affermato che se da un lato la Guardia costiera e la Marina libica forniscono azioni di supporto, nell'area del Mediterraneo, nel contrasto al traffico di esseri umani e all'immigrazione illegale, dall'altro lato il territorio libico non può ritenersi posto sicuro, essendo tale non solo un punto sulla terra ferma dove sia possibile intervenire per salvaguardare le esigenze primarie di cibo e acqua, ma anche un luogo che possa salvaguardare da pena di morte, tortura o discriminazioni fondate sulla razza, l'orientamento sessuale, l'appartenenza ad un gruppo sociale o politico. Non essendo tale la Libia, e quindi in difetto dell'evitabilità del pericolo di un danno grave alla persona, il salvataggio dei migranti, portato avanti anche contro gli ordini delle autorità libiche e, anzi, in contrasto diretto con esse, è comunque legittimo. Nel caso di specie è cioè stato riconosciuto lo stato di necessità, ex art. 54 c.p., davanti al pericolo attuale di un danno grave alla persona, non tanto di naufragio, posto che probabilmente le autorità libiche sarebbero potute arrivare in tempo per evitarlo, bensì per le conseguenze che i migranti avrebbero potuto subire qualora fossero stati consegnati alle autorità libiche,

³³ S. ZIRULIA, *Caso Sea Watch (Carola Rakete): archiviate le accuse di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e rifiuto di obbedienza a nave da guerra*, in *Sistema penale*, 17.1.2022.

³⁴ Gip Trib. Ragusa, decreto di rigetto, 16.4.2018, in *Questione giustizia*, con nota di M. PATARNELLO, *Dissequestrata la nave Open Arms: soccorrere i migranti non è reato*.

confermando che la Libia non è “porto sicuro”. Il danno, specifica il giudice, per i motivi esposti non può perciò dirsi ipotetico e non attuale.

Ciò, tuttavia, non bastava per chiudere l'analisi della legittimità dell'intera vicenda, dovendosi analizzare anche le operazioni di sbarco successive al soccorso in mare ai fini dell'eventuale integrazione del reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Le perplessità sul punto nascevano dalla circostanza che la nave, nonostante avesse a un certo punto ricevuto l'invito da parte delle autorità italiane a mettersi in contatto con quelle maltesi per la richiesta di un POS, si fosse invece limitata a fare scendere sull'isola solo i casi più gravi per poi dirigersi verso l'Italia. L'istruzione disattesa riguardava dunque la mancata richiesta di porto sicuro alle autorità di Malta³⁵.

Vero ciò, il Gip di Ragusa ha ritenuto comunque di non poter riscontrare una violazione delle norme in compresenza di una causa di giustificazione come lo stato di necessità, destinata ad avere una portata generale che vale oltre la specificità di alcuni dettagli del caso di specie.

Ebbene, da una valutazione complessiva della vicenda, potrebbe intanto contestarsi la negazione dell'esistenza di un pericolo nelle fasi del salvataggio in mare dal giudice di Catania, posto che il trovarsi in centinaia su barconi in alto mare già crea una situazione rischiosa, diversamente si finirebbe per dover limitare l'operatività dello stato di necessità solo durante un naufragio in atto, in assenza di qualunque soccorritore. Ad ogni modo, seguendo le argomentazioni del Gip di Ragusa, si arriva ugualmente al riconoscimento dello stato di necessità davanti al pericolo insito nella consegna di tutti i migranti alle autorità libiche, perché la Libia non può considerarsi POS, prova ne siano i numerosi documenti raccolti durante le missioni di supporto delle Nazioni Unite in Libia, oltre alle sentenze³⁶ che attestano casi di torture, trattamenti disumani e persino talvolta di omicidi perpetrati nei centri di detenzione libici.

L'operatività dell'art. 54 c.p. si è quindi recuperata allargando l'analisi della presenza del pericolo dall'intera vicenda e non più circoscrivendola al solo momento del recupero dei migranti in alto mare.

3.3. *Il Caso Vos Thalassa e la legittima difesa*

³⁵ Sul punto M. PATARNELLO, *Dissequestrata la nave Open Arms*, cit. ricorda come la motivazione addotta fosse la convinzione che Malta non avrebbe autorizzato lo sbarco, la quale, tra l'altro, non ha mai ratificato gli emendamenti alle convenzioni SAR e SOLAS che la obbligherebbero a fornire un POS su richiesta. Per di più le autorità maltesi avendo manifestato la propria disponibilità a soccorrere i due malati più gravi, avrebbe implicitamente rifiutato di accogliere tutti gli altri. L'A. fa notare tuttavia come una richiesta formale del POS alle autorità maltesi avrebbe messo comunque al riparo la ONG spagnola dalla possibile contestazione del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare.

³⁶ Le prime sentenze hanno riguardato il caso Matammud, sul quale per il primo grado v. Corte d'Ass. Milano, 1.12.2017, in *Diritto penale contemporaneo*, 16.4.2018, con nota di S. BERNARDI, *Una condanna della Corte d'assise di Milano svela gli orrori dei “centri di raccolta e transito” dei migranti in Libia*, mentre in relazione al secondo grado G. MENTASI, *Campi di detenzione per migranti in Libia*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 1, 2020. Ma altre sentenze avevano già raccontato gli orrori dei campi di detenzione in Libia, sia pure incidentalmente, si pensi, ad esempio al caso della comandante Rackete o al caso Thalassa. Per una sentenza che ha riconosciuto in questi casi il delitto di tortura v. Gup Messina, 28.5.2020, in *Sistema Pen.*, 2.10.2020, con nota di G. MENTASI, *Centri di detenzione in Libia: una condanna per il delitto di tortura (art. 613 bis c.p.). Nuove ombre sulla cooperazione italiana per la gestione dei flussi migratori*.

In questa vicenda alcuni migranti, soccorsi da un rimorchiatore italiano in acque internazionali, si erano opposti con la forza al tentativo del capitano di riportarli sulle coste libiche da cui provenivano.

I due soggetti, individuati come responsabili della rivolta, sono stati rinviati a giudizio per i reati di violenza o minaccia, ex art. 336 c.p., resistenza a pubblico ufficiale, di cui all'art. 337 c.p. e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, ex art. 12 TU immig.

In primo grado, il Tribunale aveva riconosciuto i fatti contestati, tuttavia, aveva assolto gli imputati dopo aver applicato loro la legittima difesa, di cui all'art. 52 c.p., sul presupposto che avessero agito per tutelare il proprio diritto al non respingimento e a non essere rinviati in un Paese, la Libia, non sicuro (dove sarebbero stati sottoposti a tortura e trattamenti disumani o degradanti)³⁷.

La Corte d'Appello era giunta, tuttavia, a conclusioni opposte, sul rilievo che gli imputati si fossero posti volontariamente in una situazione di pericolo, mentre si ritiene comunemente che la sua mancanza sia elemento implicito dell'art. 52 c.p. Si aggiungeva che gli imputati avessero provato poi, d'intesa con gli scafisti, a raggiungere irregolarmente l'Italia con una imbarcazione inidonea, in attesa dell'arrivo dei soccorsi.

Secondo la Cassazione³⁸, però, il giudice d'appello, volendo condannare un imputato assolto in primo grado, avrebbe avuto l'onere di una motivazione rafforzata, a suo parere invece mancante.

Si è già detto che il principale argomento adoperato dalla Corte d'Appello per escludere l'applicabilità della legittima difesa al caso di specie avesse riguardato la volontaria causazione del pericolo. In questo senso le condotte violente dei due imputati sarebbero state realizzate non per difendere un diritto proprio o altrui da pericolo di un'offesa ingiusta, bensì come «atto finale di una condotta delittuosa, studiata in anticipo e che correva il rischio (per i migranti) di non essere portato a termine a causa dell'adempimento da parte della Vos Thalassa di un ordine impartito da uno stato sovrano». In definitiva, i migranti si sarebbero posti volontariamente in quella situazione di pericolo, avendo pianificato una traversata in condizioni di estremo pericolo e avendo poi richiesto i soccorsi al fine di essere recuperati.

Per la Cassazione, invece, i giudici di secondo grado sarebbero caduti in errore nella determinazione del pericolo. Sarebbe, infatti, risultata viziata la sovrapposizione operata tra il pericolo di naufragio (ritenuto volontariamente causato) e il pericolo, che doveva in ogni caso ritenersi presente, derivante da un respingimento in un luogo non sicuro, con conseguente rischio per le persone di trattamenti inumani. Posto, infatti, che il pericolo del naufragio era già cessato per effetto dei soccorsi, lo stesso non poteva dirsi per il pericolo derivante dal respingimento verso la Libia, in relazione al quale gli imputati tennero comportamenti aggressivi, ed era quindi solo rispetto a quest'ultimo che si sarebbe dovuto accertare la legittima difesa. Quanto al rilievo più specifico della possibilità di applicare l'art. 52 nel caso in cui il pericolo sia stato provocato dall'agente, la Cassazione, non contrasta l'orientamento favorevole a ritenerlo elemento implicito dell'art. 52³⁹, cui si era allineata

³⁷ Sulla decisione del Gup di Trapani, L. MASERA, *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos Thalassa)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 24.6.2019; C. RUGGIERO, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare – Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Thalassa e Rackete*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 2020, p. 1.

³⁸ Cass., Sez. VI, 26 aprile 2022, n. 15869, con nota di L. MASERA, *La Cassazione riconosce la legittima difesa ai migranti che si erano opposti al respingimento verso la Libia*, in *Sistema penale*, 28.7.2022.

³⁹ A differenza dell'art. 54 sullo stato di necessità, l'art. 52 non contiene infatti espressamente un riferimento che escluda la possibilità di essere applicata nei casi in cui il pericolo di una offesa ingiusta sia stato volontariamente cagionato dall'agente; tuttavia, la giurisprudenza maggioritaria, aderendo ad una

anche la Corte d'Appello, ma, nello stesso tempo, osserva come in ogni caso la giurisprudenza applichi detto requisito «al fine di escludere la causa di giustificazione nell'ambito dello "schema" della sfida, della rissa, del duello, cioè, in situazioni in cui i soggetti sono ordinariamente animati dall'intento reciproco di offendersi ed accettano la situazione di pericolo nella quale volontariamente si pongono, con la conseguenza che la loro difesa non può dirsi necessitata». In sostanza, si tratta di situazioni ben diverse da quella in esame, le quali non vanno estese indiscriminatamente.

La contestazione in base alla quale gli imputati sarebbero stati, inoltre, corresponsabili insieme agli scafisti dell'organizzazione del viaggio e avrebbero volontariamente creato il pericolo di naufragio, al fine di essere soccorsi ed arrivare irregolarmente in Italia sulle navi dei soccorritori, è stata inoltre ritenuta totalmente carente sotto il profilo probatorio, ma anche ipotizzandola come reale, la Cassazione fa notare come non si capisca perché la seconda situazione di pericolo - cioè quella del respingimento verso la Libia - sarebbe riconducibile alla prima e sarebbero entrambe da attribuire ai ricorrenti⁴⁰.

Anche la cornice giuridica, come visto, in cui la Corte d'appello aveva inquadrato la vicenda è stata contestata dalla Cassazione. Per i giudici di legittimità la Corte d'Appello avrebbe dovuto accertare al momento in cui le condotte sono state tenute, se il respingimento verso la Libia costituisse pericolo attuale di un'offesa ingiusta e se, nello specifico, gli imputati potevano riconoscersi titolari di un diritto a non essere respinti verso un paese insicuro.

Ebbene, proprio sul diritto al non respingimento, rispetto al quale i giudici palermitani erano rimasti ambigui⁴¹, la Cassazione ha operato una ricostruzione chiara e completa richiamando la già citata decisione *Hirsi* della Corte Edu del 2012, ma anche, tra le numerose fonti internazionali, l'art. 33 della convenzione di Ginevra del 1951 che lo prevede.

La Corte di legittimità ha poi ribadito che la Libia non è un luogo sicuro per i migranti e che risulta contrario al rispetto dei diritti fondamentali operare respingimenti verso tale Paese, né può incidere su questa valutazione la circostanza, che era stata valorizzata invece dalla Corte d'appello, secondo la quale il nostro Paese nel 2017 ha sottoscritto con la Libia un *memorandum* di intesa in materia di immigrazione. Sono state poi ricordate le numerose sentenze che ormai, facendo richiamo ai rapporti internazionali sulle condizioni dei migranti in Libia, non lo considerano luogo sicuro, con la inevitabile conclusione, pertanto, che il respingimento verso le sue coste non poteva essere disposto, in quanto esisteva «una situazione di pericolo reale e attuale di un'offesa ingiusta».

Si è aggiunto, infine, che la Corte d'Appello non ha nemmeno spiegato perché gli imputati non avessero il diritto di opporsi al tentativo di respingimento, né perché la difesa non fosse proporzionata all'offesa. Da qui l'annullamento della sentenza di merito perché i fatti non sussistono, in linea con quanti avevano da subito duramente criticato la sentenza di secondo grado per la gravissima violazione del diritto di non respingimento.

La sentenza di annullamento ha impedito che la questione fosse portata all'attenzione della Corte Edu, ma sarà oggetto in ogni caso di uno scrutinio della Corte Edu in seguito ad

interpretazione rigorosa della necessità della reazione difensiva, ritiene che l'involontarietà del pericolo debba valere anche per la legittima difesa. In tal senso, tra le tante, Cass., Sez. V, 4 ottobre 2019, n. 47589, CED 277154.

⁴⁰ La collusione tra migranti ed esponenti delle bande criminali che gestiscono i viaggi in Libia, invero, non era stata neppure oggetto di indagine e appariva, pertanto, frutto di un pregiudizio del giudice di secondo grado.

⁴¹ La Corte d'Appello, pur non approfondendo troppo il punto, sembra infatti aver messo in dubbio la natura del diritto al *non refoulement* richiamando le osservazioni del PM che aveva parlato di una regola di condotta imposta agli stati operanti e non anche di un diritto della persona.

un ricorso depositato nel 2019, quando i ministri del tempo Salvini e Toninelli si erano espressi con gravi accuse in ordine alla colpevolezza degli imputati a vicenda ancora in corso e, quindi, sotto il profilo della violazione del principio della presunzione di innocenza⁴². L'esito del ricorso è del tutto indipendente dalla vicenda giudiziaria in sede penale ricordata, ma la sentenza della Cassazione, con le sue prese di posizione sull'impossibilità di ritenere la Libia "posto sicuro" e sull'inesistenza delle prove di una combutta tra i migranti e le autorità libiche, assume rispetto allo stesso indirettamente rilevanza.

È la prima volta che in Europa si arriva a un verdetto di questa portata e che, di fatto, conferma come la Libia non possa essere riconosciuta come luogo sicuro di sbarco.

3.4. *Il Caso Asso 28 e la possibile rilevanza penale delle azioni di trasporto e sbarco in Libia*

Un'altra sentenza interessante è quella del Gup di Napoli sul caso *Asso 28*⁴³, la quale, preso atto che non si tratti di un luogo sicuro, si occupa della possibile rilevanza penale delle azioni di trasporto e sbarco in Libia dei migranti.

Nella vicenda in esame, la *Asso 28*, rimorchiatore di proprietà della compagnia Augusta, battente bandiera italiana, di supporto alle piattaforme petrolifere al largo della Libia, aveva prestato soccorso in acque internazionali, in zona S.A.R. libica, a un barcone con 101 migranti, in prossimità della piattaforma a causa delle condizioni meteo avverse.

Le operazioni di soccorso erano state richieste dal personale della piattaforma che aveva anche ordinato al comandante di recuperare un ufficiale di dogana libico, non meglio identificato, per il quale i migranti dovevano essere riportati in Libia. Il comandante, dopo avere terminato il trasbordo, si era diretto verso le coste libiche e solo in quel momento aveva informato il Centro di coordinamento e soccorso di Tripoli e di Roma delle sue intenzioni, senza dunque attendere una loro autorizzazione o indicazione di un altro posto sicuro. Per precisione, la nave italiana, ormai quasi arrivata a Tripoli, venne successivamente affiancata da una motovedetta libica, la *Patrol Boat*, che ultimò l'operazione di sbarco, senza che più nulla si saprà dei 101 migranti. L'*Asso 28* rimase, invece, ormeggiata al porto di Tripoli e si diresse poi verso Malta. Il suo comandante denunciò l'evento solo a distanza di due settimane dal fatto.

La Procura ha rilevato nel caso di specie un contrasto tra la condotta del comandante e una serie di norme, dalle quali emergeva la violazione del divieto di respingimento in paesi in cui c'è il rischio che i migranti siano torturati o sottoposti a trattamenti disumani o degradanti (artt. 3 e 14 Cedu, art. 33 della convenzione di Ginevra, l'art. 19 Cdfue, 19, co. 1 e l'art. 1 *bis* TU immig.) e inoltre la violazione di una serie di prescrizioni che il comandante deve rispettare nell'effettuare questo tipo di operazioni, tra le quali l'avviso delle autorità competenti per il coordinamento e il soccorso nella zona di *Search and Rescue* o, qualora queste non intervengano, le autorità nazionali che abbiano avuto il primo contatto con la persona in mare.

Tra i reati contestati, vi era l'abuso d'ufficio, di cui all'art. 323 c.p., l'abbandono di minori *ex art.* 591 c.p. e lo sbarco e abbandono arbitrario di persone, di cui all'art. 1155 Cn.

⁴² Il Ministro dell'Interno disse, in particolare, che non avrebbe autorizzato lo sbarco fino a quando "i delinquenti che non sono rifugiati, non andranno in albergo, ma in prigione prima di essere spediti nei loro Paesi".

⁴³ Gup Napoli n. 1643 del 2021, in *Sistema penale*, 5.9.2022, con nota di C. PAGELLA, *Sulla rilevanza penale su suolo libico di migranti soccorsi in acque internazionali*.

Secondo l'accusa, l'abuso d'ufficio sarebbe stato integrato per la violazione di «specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità», come richiede l'ultima formulazione della fattispecie⁴⁴, individuate nelle disposizioni contenute nella Convenzione di Ginevra, nella Convenzione SOLAS, nella Convenzione SAR e nell'ISPS *the International Ship and Port Facility Security Code*. Il comandante della nave, in particolare, avrebbe omesso di comunicare immediatamente lo stato emergenziale dei migranti ai centri di coordinamento di Tripoli e di Roma, l'identificazione degli stessi migranti, la sottoposizione di questi a visite mediche, la ricezione di loro eventuali richieste di asilo. Inoltre, sempre secondo la tesi della procura, ciò avrebbe procurato un ingiusto danno ai migranti per averli trasferiti in un posto non sicuro e garantito, nello stesso tempo, alla società, per la quale lavorava, un ingiusto vantaggio, consistito nel risparmio di tempo e nella minor spesa per la nave rispetto a quelli necessari se avesse dovuto contattare la centrale di Roma e attendere di seguirne le indicazioni⁴⁵. Quanto all'elemento soggettivo, indici eloquenti dell'intenzionalità dell'evento da parte dell'autore di reato sono stati ravvisati nella competenza professionale propria del comandante della nave, che esclude la non comprensione del fatto posto in essere, oltre che nella macroscopica illegittimità dello stesso.

Il delitto di abbandono di minori o incapaci, *ex art. 591 c.p.* è stato invece configurato alla luce dell'esistenza di un dovere di cura e di custodia per il comandante della nave nei confronti di trasportati vulnerabili quali minori di anni 14 e donne incinta.

Infine, è stato contestato lo sbarco e abbandono arbitrario di persone, *ex art. 1155 Cn.*, per aver il comandante della nave sbarcato i migranti soccorsi a Tripoli senza contattare, come detto, le autorità competenti⁴⁶.

Il Gup del tribunale di Napoli che ha esaminato la questione ha condannato il comandante della nave mercantile ASSO 28 a titolo di sbarco e abbandono arbitrario di persone e di abbandono di persone minori o incapaci, *ex art. 1155 Cn.* per aver trasportato e sbarcato in Libia i 101 migranti soccorsi in acque internazionali e in zona SAR libica.

Nello specifico l'arbitrarietà dello sbarco è stata legata al mancato rispetto delle procedure e del preventivo contatto dei centri di coordinamento e soccorso di Tripoli o di Roma, avendo il comandante agito solo sulla base delle indicazioni provenienti dalla società in favore della quale la nave prestava la propria attività. Non erano state, tra l'altro, preventivamente raccolte le generalità dei migranti (non si era accertato nemmeno se i bambini a bordo fossero accompagnati), né il comandante aveva informato in ordine alla loro eventuale intenzione di formulare richiesta d'asilo.

Il reato di abbandono di minori e incapaci risultava invece integrato avendo il comandante consapevolmente esposto a pericolo i migranti, tenuto conto dell'esistenza nella sua qualità di un particolare dovere di cura e di custodia da espletare anche se avesse ricevuto l'indicazione di portarli al porto di Tripoli. Trattandosi di minori e di donne incinta, e dunque

⁴⁴ Si tratta della modifica apportata al reato di abuso d'ufficio dal D.L. 76/2020, c.d. decreto semplificazioni.

⁴⁵ La nave avrebbe, in sostanza, dovuto attendere le indicazioni dall'autorità centrale sul posto sicuro in cui trasferire i migranti e probabilmente dovuto di conseguenza trasferire i migranti a Malta o in Italia anziché nella più vicina Libia.

⁴⁶ L'art. 1155 Cn prevede la reclusione da sei mesi a tre anni per il comandante della nave che, fuori dal territorio nazionale, arbitrariamente sbarchi un passeggero o lo abbandoni, impedendone il ritorno a bordo, con l'aggravante di pena disposta dal secondo comma nel caso in cui lo sbarco arbitrario o l'abbandono riguardi persone sprovviste di mezzi di sussistenza, come appunto nel caso di specie.

di soggetti incapaci di provvedere da sé⁴⁷, sul comandante, in definitiva, sarebbe residuo comunque un dovere ulteriore di verificare a chi fossero stati affidati e se ne fossero state garantite le cure necessarie dopo la lunga e difficile navigazione. Averli invece lasciati in Libia nella consapevolezza del pericolo a cui venivano così esposti o quanto meno accettando la possibilità far correre loro un tale pericolo implica l'integrazione del reato in esame.

Diversamente, il Gup non ha riconosciuto l'abuso d'ufficio, in quanto, pur riscontrando la violazione di norme procedurali vincolanti (mettersi in contatto con la sede centrale, ecc.) - e dunque in linea con quanto richiesto dall'ultima formulazione del reato, - ha ritenuto non sufficientemente provati gli altri elementi del reato.

In particolare, quanto all'ingiusto danno per i migranti si è rilevato come, da un lato, fosse solo probabile che i Centri coordinamento, se contattati, avrebbero dato come indicazione quella di recarsi presso i più distanti porti di Malta o dell'Italia e non direttamente a Tripoli, e, dall'altro, non fosse dimostrate le condizioni di privazione in cui i migranti, sbarcati in Libia, sarebbero stati detenuti.

Altrettanto dubbio sarebbe rimasto, secondo il Gup, l'ingiusto vantaggio per l'Augusta.

Su questa scia il giudice non ha ritenuto provato neanche il dolo intenzionale di arrecare danno, visto il soccorso prestato, né del vantaggio, dato che il risparmio di spesa per la società era solo probabile.

Infine, non sarebbe stato riscontrato neppure un nesso causale tra la violazione delle procedure con cui sarebbe stata integrata la condotta e l'evento ingiusto, alla luce della diversità degli interessi tutelati dalle norme sulle convenzioni violate e il bene giuridico tutelato dal delitto di abuso d'ufficio, da individuare nel buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione.

A ben vedere però, fra i rilievi utilizzati dal giudice per negare l'abuso d'ufficio uno desta qualche perplessità. A non convincere è soprattutto la ritenuta assenza di un danno ingiusto per la vittima, che - a dire del giudice - risulterebbe non provata in quanto solo conseguenza solo probabile e non certa della condotta. Invero, alla luce delle considerazioni fin qui più volte espresse, la pericolosità dei centri di permanenza libici non può essere messa in discussione e che sia obbligatoriamente questo il destino di tutti coloro che ritornano in Libia, non sembra farne mistero lo stesso giudice.

Senza poter approfondire oltre la questione, quello che sembra mancare è l'elemento dell'intenzionalità del dolo richiesto da questo specifico reato, non essendo sufficiente ad integrarlo il dolo eventuale⁴⁸.

Per completezza la responsabilità del comandante avrebbe potuto essere esclusa solo se si fosse riconosciuto l'adempimento di un ordine dell'autorità. La tesi difensiva sembra

⁴⁷ Tenuto conto della peculiarità della condizione dei migranti soccorsi e della prospettiva di un ritorno in Libia, a dire il vero, il ragionamento del giudice potrebbe essere esteso a tutto l'equipaggio. Per una riflessione analoga, C. PAGELLA, *Sulla rilevanza penale su suolo libico di migranti*, cit.

⁴⁸ Ritiene invece possibile riconoscere in questo caso l'elemento soggettivo dell'intenzionalità C. PAGELLA, *Sulla rilevanza penale su suolo libico di migranti*, cit., sulla base di «fatti esterni sintomatici, quali la manifesta illegittimità del comportamento serbato (anche un profano si renderebbe conto che per coordinare un'operazione di salvataggio del tipo di quella condotta nel caso di specie occorre confrontarsi con l'autorità pubblica competente, e non con un privato non identificato, qual era l'ufficiale di dogana libico presente sulla piattaforma S. imbarcato sulla ASSO 28), i rapporti intercorrenti tra il pubblico ufficiale e la persona nella cui sfera le scelte del primo sono destinate a produrre effetti (nel caso di specie, tra il Comandante e la M. O. a. G. intercorrevano rapporti professionali) l'esistenza di un movente per la condotta illecita (qui, quello di far conseguire alla società A. O., di cui il Comandante era dipendente, un risparmio di spesa) e, più in generale, tutti gli elementi di contesto».

avere provato a sostenere che con ogni probabilità anche rispettando esattamente la procedura l'autorità competente avrebbe indicato di portare i migranti sulle cose libiche, donde il possibile riconoscimento della causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p. Tuttavia, il nostro codice penale richiede a tale fine che l'ordine sia imposto da disposizioni legislative o dall'ordine legittimo di una Pubblica Autorità. L'ordine deve essere dunque legittimo sia formalmente sia sostanzialmente. Per consolidata interpretazione esiste legittimità formale qualora si riscontri la competenza del superiore ad emanare l'ordine, l'idoneità dell'inferiore ad eseguirlo, e la forma dell'ordine quale prescritta *ex lege*; la legittimità sostanziale, invece, presuppone la conformazione dell'atto ai requisiti stabiliti dalle norme di diritto. Nel caso di specie si può ritenere che sia mancata la legittimità formale dell'ordine, con specifico riferimento alla competenza del soggetto alla sua emanazione, stante la Convenzione SOLAS e le Direttive IMO, secondo le quali "autorità competenti" a tal fine sarebbero stati solo i centri di coordinamento di Tripoli o l'IMRCC di Roma (*Italian Maritime Rescue Coordination Centre*), e non, invece, un rappresentante (o eventuale dipartimento) della Piattaforma Sabratha. È, inoltre, mancata la legittimità sostanziale per la violazione degli articoli: 3 Cedu sul divieto di trattamenti inumani e degradanti; 33 della Convenzione di Ginevra, in relazione al principio di non *refoulement* e 19 T.U. immig., divieto di espulsione e di respingimento.

Anche, dunque, a voler ritenere ammissibile l'argomentazione della difesa sull'esistenza dell'adempimento di un obbligo imposto da un'autorità, l'antigiuridicità della condotta del comandante non sarebbe esclusa in quanto "manifestamente criminoso".

Altro elemento da accertare è se potesse applicarsi la scriminante di cui all'articolo 51 comma 3 c.p. Si tratta dell'errore di fatto: se il reato è commesso per ordine dell'autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine, e inoltre chi l'ha eseguito, salvo che, per errore di fatto, questi abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo. Nel nostro caso tenuto conto che il comandante ricopriva l'incarico sin dal 2012 e avendo, peraltro, già in precedenza gestito eventi analoghi con modalità differenti è possibile affermare che la qualificazione professionale lo portava a dover avere una conoscenza specifica della legislazione italiana, come richiesto anche dall'articolo 292 *bis* Cn, ma anche della pericolosità della situazione libica.

Pertanto, può escludersi anche l'applicabilità della scriminante dell'errore di fatto *ex art. 51 co 3 c.p.*

La decisione del Tribunale di Napoli è stata nel frattempo confermata anche dalla Corte d'Appello⁴⁹, che ha perciò ribadito che il comandante è tenuto sempre a rispettare le norme del diritto internazionale, come pure che la Libia non è paese sicuro.

4. *Il perdurante intento di una linea dura: i decreti del Governo Meloni*

Nonostante da un punto di vista giudiziario le diverse indagini aperte ai sensi dell'art. 12 TU Immig. nei confronti delle ONG si siano concluse in larga misura con richieste di archiviazione da parte delle stesse Procure, ed esista oggi un solo caso pendente in cui è stato chiesto il rinvio a giudizio dei responsabili delle ONG⁵⁰, la linea dell'ultimo Governo ha continuato a perseverare in un atteggiamento ostruzionistico.

⁴⁹ Corte d'Appello Napoli, 10 novembre 2022.

⁵⁰ È così nel caso *Juwenta*, al vaglio al momento del Gup di Trapani.

Il decreto-legge n. 1 del 2023, contenente disposizioni urgenti per la gestione dei flussi migratori, convertito in legge 24 febbraio 2023, n. 15 limita con nuove prescrizioni la possibilità dei soccorsi in mare perseverando, com'era prevedibile che accadesse, nel processo di criminalizzazione e di ostacolo degli spazi di intervento delle ONG. Il dato, poi, che le accuse lanciate negli ultimi anni a questi nemici della nostra "sicurezza" vengano normalmente archiviate in sede giudiziaria o che di fatto statisticamente siano coinvolte in un numero esiguo di sbarchi⁵¹ interessa poco o nulla al dibattito mediatico.

Rispetto al decreto Lamorgese è stata riscritta la clausola sull'esclusione dell'operatività della violazione del divieto ministeriale di sbarco e transito delle navi⁵², e modificato il profilo sanzionatorio.

Sotto il primo profilo, il decreto specifica una serie di condizioni necessarie per consentire alle ONG di intervenire nelle operazioni di soccorso, pur restando comunque prescrizioni non esaustive, in quanto la violazione del divieto assume rilevanza davanti al mancato rispetto di qualunque prescrizione dell'autorità.

Le condizioni descritte sono individuate innanzitutto nel dover agire "in conformità ad autorizzazioni o abilitazioni rilasciate dalle competenti autorità dello Stato di bandiera" e nel possesso dei "requisiti di idoneità tecnico-nautica alla sicurezza della navigazione", precisazioni che tuttavia non aggiungono di fatto niente di nuovo rispetto a quanto avveniva già prima trattandosi di presupposti richiesti in generale per tutte le navi che attraversano il mare⁵³.

⁵¹ I dati statistici mostrano come gli sbarchi provocati dalle ONG siano solo il 10 % di quelli complessivi. L'altro 90% avviene in via autonoma.

⁵² Il nuovo testo prevede infatti che «Le disposizioni del comma 2 non si applicano nelle ipotesi di operazioni di soccorso immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo nella cui area di responsabilità si svolge l'evento e allo Stato di bandiera ed effettuate nel rispetto delle indicazioni delle predette autorità, emesse sulla base degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali in materia di diritto del mare, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e delle norme nazionali, internazionali ed europee in materia di diritto di asilo, fermo restando quanto previsto dal Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata per combattere il traffico illecito di migranti via terra, via mare e via aria, reso esecutivo dalla legge 16 marzo 2006, n. 146. Ai fini del presente comma devono ricorrere congiuntamente le seguenti condizioni: a) la nave che effettua in via sistematica attività di ricerca e soccorso in mare opera in conformità ad autorizzazioni o abilitazioni rilasciate dalle competenti autorità dello Stato di bandiera ed è in possesso dei requisiti di idoneità tecnico-nautica alla sicurezza della navigazione; b) sono state avviate tempestivamente iniziative volte a informare le persone prese a bordo della possibilità di richiedere la protezione internazionale e, in caso di interesse, a raccogliere i dati rilevanti da mettere a disposizione delle autorità; c) è stata richiesta, nell'immediatezza dell'evento, l'assegnazione del porto di sbarco; d) il porto di sbarco assegnato dalle competenti autorità è raggiunto senza ritardo per il completamento dell'intervento di soccorso; e) sono fornite alle autorità per la ricerca e il soccorso in mare italiane, ovvero, nel caso di assegnazione del porto di sbarco, alle autorità di pubblica sicurezza, le informazioni richieste ai fini dell'acquisizione di elementi relativi alla ricostruzione dettagliata dell'operazione di soccorso posta in essere; f) le modalità di ricerca e soccorso in mare da parte della nave non hanno concorso a creare situazioni di pericolo a bordo né impedito di raggiungere tempestivamente il porto di sbarco».

Il nuovo comma 2-ter che regola poi le ipotesi di pericolo per l'incolumità dei naufraghi aggiunge poi che «il transito e la sosta di navi nel mare territoriale sono comunque garantiti ai soli fini di assicurare il soccorso e l'assistenza a terra delle persone prese a bordo a tutela della loro incolumità, fatta salva, in caso di violazione del provvedimento adottato ai sensi del comma 2, l'applicazione delle sanzioni di cui ai commi 2-quater e 2-quinquies».

⁵³ Sul punto v. L. MASERA, *Il d.l. Piantedosi*, cit., per il quale si tratta di indicazioni talmente generiche e ovvie da non avere nessun contenuto innovativo, se non un chiaro intento mediatico: trasmettere all'esterno l'idea che solo adesso si richieda il rispetto di regole che riconducano le ONG verso la legalità.

Si prevede poi l'avvio di «iniziative volte a informare le persone prese a bordo della possibilità di richiedere la protezione internazionale e, in caso di interesse, a raccogliere i dati rilevanti da mettere a disposizione delle autorità», con il quale si mira, in realtà, all'annunciato obiettivo politico di impegnare in questo tipo di attività e nelle verifiche conseguenziali lo Stato di bandiera della nave che ha operato il soccorso (trattandosi quasi sempre di navi straniere, che vengono considerate come parte del territorio di appartenenza) e non quello del primo approdo. Senonché il già menzionato fine è destinato a scontrarsi con i dettami del diritto internazionale, e come tale irrealizzabile sul piano pratico, se non modificando a monte la normativa europea che regola la materia. Preso atto dell'impossibilità che una legge nazionale possa consentire l'attesa modifica, la prescrizione richiesta si riduce alla richiesta di un impegno di informazione sulle norme del diritto d'asilo da compiere già a bordo della nave di salvataggio, prassi peraltro già seguita da molte ONG da prima dell'intervento normativo in esame, nei casi in cui le condizioni logistiche lo consentano, salvo a volerla interpretare, non potendo lo Stato italiano imporre qualcosa a funzionari di altro Stato, solo come la creazione di condizioni volte a far scattare il proprio divieto di transito e sosta.

Il vero carattere innovativo è contenuto nelle ultime condizioni indicate dal d.l., legate al modo con cui individuare il posto sicuro ove trasferire i migranti soccorsi. Ebbene, a questo fine - prevede la norma - «richiesta, nell'immediatezza dell'evento, l'assegnazione del porto di sbarco» e che «il porto di sbarco assegnato dalle competenti autorità è raggiunto senza ritardo per il completamento dell'intervento di soccorso». Le ONG devono dunque chiedere il porto di sbarco immediatamente dopo il primo salvataggio e raggiungere «senza ritardo» il porto sicuro, il che, oltre a limitare le operazioni di salvataggio, rende il soccorso molto più oneroso. In molti hanno infatti lamentato che sarebbe in questo modo impedito il trasbordo dei naufraghi in altre navi più grandi (c.d. *transshipment*) e i soccorsi multipli, a meno che siano richiesti dalle autorità della zona SAR. Di qui le principali accuse mosse al decreto dalle ONG e da numerose associazioni, che ribadiscono il contrasto tra i suddetti limiti e l'obbligo di soccorso in mare prescritto dal diritto internazionale e nazionale, oltre che da parte della Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa, espresse in una nota inviata al Ministro dell'interno del Governo Meloni il 26 gennaio.

A dire il vero, tuttavia, già in un commento a caldo del nuovo impianto normativo⁵⁴, è stato segnalato come, nonostante il messaggio mediatico lanciato, non si possa far dire alla previsione richiamata più di quanto effettivamente non dica. In altri termini, nella norma non è scritto che sono vietati i soccorsi multipli, ma solo che è necessario raggiungere senza ritardo il porto assegnato. I soccorsi multipli, perciò, restano legittimi se le condizioni di pericolo richiedono un nuovo intervento in zona SAR, anzi non farlo rischia di far scattare responsabilità di tipo penale essendoci il dovere giuridico di intervenire. Quello che, semmai, una volta effettuato il primo salvataggio sarebbe vietato è sostare per giorni nelle acque internazionali in attesa di ulteriori richieste di aiuto⁵⁵.

Un'ulteriore condizione prevista nel decreto per le ONG è quella di fornire alle autorità «le informazioni richieste ai fini dell'acquisizione di elementi relativi alla ricostruzione dettagliata dell'operazione di soccorso posta in essere». Anche questa prescrizione appare scontata e inutile. Probabilmente si è voluto ancora una volta solo lanciare un messaggio mediatico che vuole da un lato le Organizzazioni non governative finora poco collaborative

⁵⁴ L. MASERA, *Il d.l. Piantedosi*, cit., p. 88 ss.

⁵⁵ Così ancora L. MASERA, *Il d.l. Piantedosi*, cit., p. 88.

con la polizia, se non addirittura responsabili di nascondere prove importanti su reati eventualmente commessi durante il soccorso, e dall'altro il Governo pronto a porvi rimedio.

Infine, si stabilisce che le modalità di ricerca e soccorso in mare da parte della nave non (abbiano) «concorso a creare situazioni di pericolo a bordo né impedito di raggiungere tempestivamente il porto di sbarco»; imposizioni altrettanto generiche e inutili, trattandosi di un'esigenza normalmente rispettata dalle ONG.

L'elenco si conclude con l'art. 2 *ter*, secondo il quale, salva l'applicazione delle nuove sanzioni in caso di violazione degli ordini dell'autorità, «il transito e la sosta di navi nel mare territoriale sono comunque garantiti ai soli fini di assicurare il soccorso e l'assistenza a terra delle persone prese a bordo a tutela della loro incolumità». Si tratta stavolta di una precisazione importante e in controtendenza al tenore del nuovo impianto normativo perché sembra garantire a tutti i migranti soccorsi, anche nel caso di applicazione delle sanzioni per violazione del divieto ministeriale, l'assistenza a terra, con buona pace dell'infelice soluzione dei c.d. «sbarchi selettivi»⁵⁶, con cui il ministro Piantedosi aveva connotato i primi interventi del Governo Meloni.

Circa le modifiche del trattamento sanzionatorio, il nuovo decreto media tra le soluzioni adottate dai governi precedenti.

In questo caso la natura dell'illecito per la violazione del divieto di transito e sosta, torna ad essere amministrativa, così come nel decreto-sicurezza *bis*, allorché, come osservato, si era scelto volutamente di evitare la strada della giustizia penale a favore di sanzioni amministrative severissime (con una sanzione pecuniaria addirittura fino a 1 milione di euro). L'ammontare della sanzione è però da 10.000 a 50.000 euro per il comandante della nave⁵⁷, analogamente alla multa contenuta nel decreto Lamorgese, senza ovviamente la reclusione.

È prevista in questo caso anche la sanzione accessoria del fermo amministrativo per due mesi dell'imbarcazione utilizzata per commettere la violazione, con nomina come custode dell'armatore che fa cessare la navigazione e provvede alla custodia della nave a proprie spese. In caso di reiterazione della violazione commessa con l'uso della medesima imbarcazione, si applica la sanzione amministrativa accessoria della confisca, previo sequestro cautelare del natante. Anche sotto questo profilo, pertanto, la misura è meno drastica del decreto Salvini *bis* (che prevedeva, come osservato, la confisca obbligatoria della nave già alla prima violazione), ma nello stesso tempo più gravosa del decreto Lamorgese, che non stabiliva ipotesi speciali di confisca.

Il decreto Piantedosi introduce pure un nuovo illecito amministrativo che si configura qualora il comandante e l'armatore non rispondano alle informazioni richieste dall'Autorità nazionale per i soccorsi o non si uniformino alle indicazioni impartite da quest'ultima. In questi casi si applica la sanzione amministrativa da 2.000 a 10.000 euro, nonché la sanzione accessoria del fermo amministrativo per 20 giorni della nave utilizzata per commettere la violazione.

Se pure in parte più modeste rispetto alle sanzioni stabilite dal decreto Salvini *bis*, quelle vigenti rispondono comunque alla stessa esigenza di fondo, quella di ricorrere alla risposta

⁵⁶ Nei primi giorni del Governo Meloni, il Ministro Piantedosi non ha voluto autorizzare in particolare lo sbarco dei maschi adulti in buona salute, di fatto discriminandoli sulla base del sesso, dividendoli dai nuclei familiari e respingendoli fuori dal territorio nazionale prima che potessero presentare una richiesta di protezione internazionale. Gli sbarchi selettivi pongono, tuttavia, un problema di compatibilità con le norme internazionali, che anche il nostro Stato è tenuto a rispettare.

⁵⁷ L'armatore e il proprietario della nave sono tenuti in solido in caso di inadempimento del comandante, potendosi poi rivalere nei confronti dell'autore della violazione.

dell'illecito amministrativo per arginarne l'operato della magistratura che ha ribadito in più occasioni la liceità dei soccorsi in mare, vanificando gli interventi normativi restrittivi voluti dai Governi⁵⁸. L'obiettivo è dunque quello di arrivare all'applicazione della sanzione amministrativa da parte dei prefetti, prima che possa eventualmente arrivare un freno dei giudici attraverso il ricorso.

Giova un'ultima considerazione, la terribile strage avvenuta di recente nelle acque di Cutro, che ha visto naufragare un caicco proveniente dalla Turchia, causando la morte di novantaquattro migranti e un numero imprecisato di dispersi, ha di fatto mostrato che il re è nudo. Emerge cioè un dato oggettivo e inequivocabile: per quanto dure possano essere le misure di contrasto all'immigrazione irregolare previste dai Governi, è impossibile frenare le partenze di quanti fuggono da situazioni di guerra o da realtà caratterizzate da vessazioni e discriminazioni, oltre che per motivi economici.

È accaduto così che il Governo Meloni per evitare di dover spiegare il perché gli sbarchi e le morti di migranti non diminuiscono, nonostante le politiche di contrasto in atto, ha attribuito la responsabilità di quelle morti ad un'errata manovra degli scafisti. Si è voluto cioè concentrare l'attenzione dell'opinione pubblica su un nuovo nemico, lo scafista appunto, per poi annunciare, subito dopo, la previsione di nuove sanzioni, facendo credere che le misure prima previste non fossero sufficientemente repressive⁵⁹. Torna ancora una volta il diritto penale simbolico, pronto a introdurre nuove fattispecie incriminatrici o innalzamenti di sanzioni al solo fine di ottenere consenso, anche se poi in concreto prive di reale efficacia e non necessarie. A pochi giorni dalla tragedia è stato così emanato un nuovo decreto sull'immigrazione⁶⁰, che stabilisce oltre, come annunciato, a nuove sanzioni per gli scafisti, anche un inasprimento delle pene per i reati connessi all'immigrazione clandestina e, in particolare, l'introduzione di un nuovo reato di «morte o lesione come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina», con una pena da 10 a 20 anni di reclusione quando seguono lesioni gravi o gravissime a una o più persone, da 15 a 24 anni di reclusione per la morte di una persona e da 20 a 30 anni di reclusione per la morte di più persone.

Sennonché, è facile immaginare come neanche questo tipo di intervento potrà avere l'effetto di ridurre il numero degli sbarchi. Quanto allo scafista, inoltre, va precisato che il più delle volte è un errore confonderlo o accomunarlo ai trafficanti di esseri umani. Accade, infatti, di frequente che a guidare i barconi sia uno degli stessi migranti in viaggio, che paga meno il biglietto quando non è direttamente costretto a farlo. Non si tratta perciò di appartenenti alle pericolose associazioni di trafficanti, che restano nel paese di partenza, o nelle navi madre in cui si svolge la prima parte della traversata, ma dovrebbe forse rassicurarci il roboante annuncio del Presidente del Consiglio di volere dare la caccia a trafficanti e scafisti in tutto il “globo terracqueo”, con la previsione di un reato rispetto al quale sarebbe stata creata la “universalità” della giurisdizione penale, ma che, in verità, la giurisdizione della Cassazione aveva già riconosciuto per questa tipologia di fattispecie criminose attraverso una interpretazione dell'art. 7 n. 5 del c.p. in combinato disposto alla convenzione di Palermo sulla criminalità organizzata.

Con il decreto migranti, il Governo semplifica anche le procedure per l'espulsione di stranieri a seguito di una condanna eliminando la convalida del giudice di pace per l'esecuzione dei decreti di espulsione.

⁵⁸ Per più ampie riflessioni sul punto, L. MASERA, *Il d.l. Piantedosi*, cit., il quale parla di una «fuga dalla giurisdizione», che potrebbe tradursi in un'ancora più grave “fuga dalla legalità”.

⁵⁹ Le sanzioni previste per trafficanti e scafisti erano in realtà già particolarmente elevate.

⁶⁰ Il D.L. n. 20/2023 è stato convertito nella L. n. 50/2023.

Ma l'aspetto che più ci sembra grave, infine, riguarda le nuove restrizioni sulle misure di accoglienza e le limitazioni legate alla protezione speciale che era stata prevista dal decreto Lamorgese, perché in questo caso siamo destinati a doverci confrontare non solo con norme inutili, ma anche del tutto antitetiche rispetto all'obiettivo annunciato del decreto. Dovrebbe ormai essere noto, infatti, che contrastare l'immigrazione irregolare alimentandone i confini, anziché ridurli con procedimenti di regolarizzazione, crei un inevitabile effetto perverso. Va da sé che, così com'era avvenuto con il decreto Salvini, migliaia di persone che attualmente lavorano regolarmente perderanno il proprio permesso di soggiorno entrando a far parte di quel sommerso in cui diventa conseguenziale delinquere. Si finisce paradossalmente per generare, attraverso misure annunciate come strumenti di contrasto dell'immigrazione irregolare, un effetto criminogeno. Ed è sotto questo aspetto che il diritto perde ogni sua funzione, posto che il valore simbolico in questi casi non produce solo norme inutili ma anche dannose.

ABSTRACT: The protection of migrants in the Mediterranean and the fight against NGOs

The speech analyzes the national and supranational reference standards that are applied in the rescue of migrants at sea. It has highlighted the inconsistencies of the "push back" operations and the "closed ports" policy adopted by Governments in recent years are highlighted, given that the process of criminalization of migrants and NGOs involved in rescue operations has been counterbalanced by a system of antibodies offered by our legal system through the justification defences.



IRENE MARCHIORO*

RIFLESSIONI SULL'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA DEI MINORI RICHIEDENTI ASILO NEGLI STRUMENTI RIMEDIALI EUROPEI A MARGINE DELLA SENTENZA *DARBOE E CAMARA C. ITALIA*

SOMMARIO: 1. Alcuni elementi di contesto. – 2. Inadeguatezza delle condizioni di accoglienza e assenza di rimedi effettivi. – 3. (segue) Considerazioni a margine sull'effettività del sistema rimediale del sistema europeo comune d'asilo. – 4. La procedura di accertamento della minore età dei richiedenti asilo alla prova della Corte EDU. – 5. Le garanzie previste dal diritto dell'Unione europea contro metodi di accertamento dell'età inadeguati. – 6. Considerazioni conclusive: un lieto fine solo di principio?

1. *Alcuni elementi di contesto*

L'occasione di parlare del grado di efficacia, rispettivamente, del diritto dell'Unione Europea e del sistema convenzionale Cedu nella tutela dei minori richiedenti asilo deriva dalla pubblicazione della sentenza della Corte EDU *Darboe e Camara c. Italia*, risalente al luglio dello scorso anno¹. Il caso, nella cui istruzione e presentazione la scrivente è stata attivamente coinvolta, ha sollevato l'interesse degli osservatori² poiché, per la prima volta, la Corte EDU si è pronunciata sul tema delle garanzie minime che devono circondare le modalità di accertamento dell'età di un minore e sul ruolo che tale elemento identificativo (la minore età) gioca nel contesto del sistema di tutela predisposto dalla Convenzione.

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione Europea - Università degli Studi di Padova.

¹ Sentenza della Corte EDU del 21 luglio 2022, ricorso n. 5797/17, *Darboe e Camara c. Italia*, ECLI:CE:ECHR:2022:0721JUD000579717.

² Si vedano M. AVIAT, *Bone Testing for Migrants' Age Assessment: Evaluation of the European Practice Pursuant to the Standard of Proof Set by Union Law and the Supervisory Bodies of the Council Of Europe*, in *Amsterdam Law Forum*, 2019, 3, p. 42 ss.; C. DEL GAUDIO, L. MÜLLER, N. ZIMMERMANN, *Chère Cour: Propositions pour le jugement imminent Darboe et Camara c. Italie*, in *Revue suisse pour la pratique et le droit d'asile*, 2020, p. 9 ss.; D. SIMON, M. KLAASSEN, *Age Assessment and the Presumption of Minority as a Prerequisite for Effective Human Rights Protection of Asylum Seekers: a Discussion of Darboe and Camara v Italy*, in *strasbourgobservers.com*, 4 ottobre 2022. Il caso è menzionato anche da A. GELBLAT, R.M. INGHILTERRA, *L'intérêt supérieur de l'enfant: radiographie d'une exigence constitutionnelle*, in *Rev. dr. homme*, 2019, 16, p. 1 ss.; J. MOYERSON, *Minori non accompagnati: l'articolata ed ostica questione dell'accertamento dell'età*, in *Minorigiustizia*, 2017, 3, p. 90 s.; S. PENASA, *L'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati: quali garanzie? Un'analisi comparata e interdisciplinare*, in *Federalismi.it*, 2019, numero speciale 2, p. 107 s.; E. ROZZI, *L'accertamento dell'età e l'accoglienza dei minori non accompagnati all'esame della Corte Edu*, in *Minorigiustizia*, 2017, 2, p. 220 ss.

In via del tutto preliminare giova ricordare che per un giovane richiedente asilo l'accertamento della minore età è rilevante a numerosi fini. Questa, infatti, in base alle regole previste dal sistema europeo comune d'asilo, determina l'applicabilità di norme specifiche con riferimento ai presupposti e alle modalità del suo eventuale trattenimento (art. 11, direttiva cd. accoglienza³), al trasferimento nello Stato competente individuato ai sensi del regolamento Dublino III⁴, alle decisioni di allontanamento a norma della direttiva 2001/40/CE⁵, nonché in ordine alle condizioni di accoglienza e assistenza, su cui si avrà modo di tornare nel prosieguo.

Le travagliate vicende italiane dei signori Darboe e Camara iniziano nella struttura di accoglienza di Conetta, nel comune di Cona, provincia di Venezia, all'interno di una ex base militare riconvertita dalla Prefettura di Venezia ed affidata in gestione ad una cooperativa privata appaltatrice di servizi di accoglienza. Tra la fine del 2016 e l'inizio del 2017 le condizioni materiali di accoglienza, all'interno di quel centro, erano di estremo degrado: la struttura si distingueva, *inter alia*, per un gravissimo sovraffollamento, per la carenza di condizioni igienico – sanitarie di minima vivibilità, per episodi frequenti di criminalità diffusa e di violenza, per un rapporto gravemente sproporzionato tra membri dello staff e numero di richiedenti asilo accolti.

Per lunghi mesi quanto stava accadendo nella piccola frazione di Conetta rimaneva ignoto al pubblico, fino a che, il 2 gennaio 2017, moriva Sandrine Bakayoko, una giovane ragazza ospite della struttura. L'episodio innescava una rivolta dei richiedenti asilo accolti all'interno della struttura, i quali lamentavano le condizioni non dignitose in cui erano costretti a vivere, attirando così l'attenzione dei *media*. Nei giorni successivi alla morte di Sandrine, un gruppo di persone, composto da due parlamentari e alcuni rappresentanti di associazioni attive nella tutela dei diritti fondamentali della persona, riusciva ad ottenere dalla Prefettura di Venezia l'autorizzazione all'ingresso nel campo di accoglienza e, in quella sede, constatava le condizioni sopra descritte.

Tra le altre criticità, il drappello entrato nella struttura verificava anche la presenza di un gruppetto di minori, riuscendo, in particolare, a intercettare due di questi, che sarebbero poi divenuti i ricorrenti nel caso *Darboe e Camara*. Il vissuto dei due giovani richiedenti asilo era simile: entrambi hanno lasciato i loro Paesi di origine (il Gambia per Darboe, la Guinea per Camara) e sono approdati alle coste italiane nell'estate del 2016, dove si sono fin da subito dichiarati minori non accompagnati, e come tali sono stati registrati. L'unico documento identificativo in loro possesso era infatti una tessera 'STP' (acronimo di 'straniero temporaneamente presente') che li qualificava, appunto, come minorenni. Dai loro punti di approdo, poi, i due sono stati trasferiti nel centro di Cona, e ciò nonostante quella struttura di accoglienza fosse esclusivamente dedicata a richiedenti asilo adulti, e non avrebbe dovuto, pertanto, ospitare alcun minore.

Ciò che appariva evidente fin da subito è che nonostante i due minori, nel gennaio 2017, fossero ormai presenti nel sistema di accoglienza italiano da molti mesi, essi non erano

³ Direttiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione), in GU L 180 del 29 giugno 2013, p. 96 ss.

⁴ 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 GU L 180 del 29 giugno 2013, p. 108 ss.

⁵ Direttiva 2001/40/CE del Consiglio del 28 maggio 2001 relativa al riconoscimento reciproco delle decisioni di allontanamento dei cittadini di paesi terzi, in GU L 149 del 28 maggio 2001, p. 34 ss.

in possesso di un permesso di soggiorno temporaneo ovvero di altri validi titoli di soggiorno, non avevano avuto modo di formalizzare la loro richiesta di protezione internazionale, non avevano ottenuto la nomina di un tutore o comunque di altro rappresentante legale che potesse curare i loro interessi e non avevano ricevuto, rispetto a ciascuno dei tre punti appena elencati, alcuna informazione da parte di personale formato e a ciò dedicato⁶.

In un caso come quello appena delineato, l'attivazione degli strumenti di tutela predisposti dall'ordinamento a protezione dei diritti degli individui richiede, in via preliminare, di superare rilevanti ostacoli, tanto di natura fattuale quanto giuridica. Sotto il primo profilo, si deve tenere presente che non è affatto semplice intercettare potenziali ricorrenti. Infatti, l'accesso ai centri di accoglienza viene spesso ostacolato, se non *de plano* impedito – in spregio, peraltro, alle garanzie previste all'art. 18 della direttiva accoglienza⁷ –: nel caso *Darboe e Camara*, per esempio, è stata dirimente in questo senso la pressione politica esercitata dai parlamentari interessatisi alla vicenda. La presa di contatto con i soggetti lesi, poi, è stata resa possibile grazie all'intervento spontaneo di alcuni membri del personale della struttura di accoglienza, che hanno favorito e facilitato l'organizzazione di incontri privati con i difensori. A ciò si aggiunga che, poiché la *strategic litigation* in materia di tutela dei migranti e dei richiedenti asilo, a fronte del grande sforzo richiesto, non è remunerativa, essa richiede che i legali incaricati ricevano supporto economico e scientifico dall'esterno. Tale supporto è giunto, nel caso di specie, dall'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione (Asgi).

Dal punto di vista giuridico, il maggiore ostacolo risiede nell'individuazione di quale sia il primo e più immediato strumento di tutela che va azionato, sul quale verrà poi costruito tutto il contenzioso successivo. In questo caso, una volta constatata l'impossibilità, a livello interno, di assumere iniziative giurisdizionali in mancanza della nomina di un tutore abilitato a rilasciare una valida procura alle liti, è stata inizialmente segnalata la presenza di due minorenni presenti sul territorio, chiedendo al Tribunale dei minorenni di Venezia di provvedere alla nomina di un tutore nei loro confronti. Tale tentativo non portava ad alcun risultato utile: il giudice tutelare, infatti, si limitava ad annotare a penna, sulla prima pagina dell'istanza depositata in tribunale, la seguente frase: “da trasmettere alla Questura di Venezia per i necessari controlli”, senza che a ciò, peraltro, seguisse alcuna comunicazione da parte delle autorità statali. Solo a quel punto, non dandosi alternative per lamentare la situazione in cui si trovavano Darboe e Camara, si concretizzava l'ipotesi di presentare una istanza alla Corte di Strasburgo per l'ottenimento di una misura provvisoria ai sensi dell'art. 39 del Regolamento della Corte⁸, affinché questa disponesse con urgenza il trasferimento dei due ragazzi in una struttura adibita all'accoglienza dei minorenni.

⁶ Per la ricostruzione dei fatti, si rinvia a E. ROZZI, *L'accertamento dell'età e l'accoglienza dei minori non accompagnati*, cit., p. 223 ss. e I. MARCHIORO, M. FERRERO, *La condizione giuridica dei minori non accompagnati richiedenti asilo in Italia alla luce della legge Zampa*, in M. OMIZZOLO (a cura di), *L'asilo come diritto*, Roma, 2018, p. 198 ss.

⁷ Il riferimento è, in particolare, al par. 2, lett. b) e c) dell'art. 18, a norma del quale gli Stati membri provvedono affinché «i richiedenti abbiano la possibilità di comunicare con i parenti, gli avvocati o i consulenti legali, i rappresentanti dell'UNHCR e altri organismi e organizzazioni nazionali, internazionali e non governativi competenti; ai familiari, agli avvocati o ai consulenti legali nonché ai rappresentanti dell'UNHCR e di organizzazioni non governative competenti riconosciute dallo Stato membro interessato, sia consentito l'accesso al fine di assistere i richiedenti».

⁸ Il quale prevede, al par. 1, che «La camera o, se del caso, il presidente della sezione o un giudice di turno [...], possono, su richiesta di una parte o di ogni altra persona interessata, ovvero d'ufficio, indicare alle parti le misure provvisorie la cui adozione è ritenuta necessaria nell'interesse delle parti o del corretto svolgimento della procedura».

Con le osservazioni inviate dal Governo italiano in risposta all'istanza depositata davanti alla Corte i due ricorrenti, e con loro i loro difensori, scoprivano che le autorità italiane li consideravano e trattavano alla stregua di maggiorenni, e ciò sulla base delle risultanze di un esame radiologico del polso compiuto a fine ottobre 2016. I risultati di tale esame non erano mai stati comunicati ai ricorrenti, né in via informale né mediante un provvedimento scritto, né era stata assunta alcuna decisione formale che li avesse qualificati come maggiorenni, disconoscendo, quindi, le date di nascita riportate nei documenti STP in loro possesso.

In questo contesto, la richiesta di misura provvisoria si rivelava efficace, in quanto la Corte, non accogliendo le difese del Governo italiano, intimava in tempi molto celeri (circa due settimane) lo spostamento dei due ricorrenti dal centro di Cona ad una struttura appositamente predisposta per l'accoglienza di minori di età. Ottenuto tale spostamento, si apriva la fase di merito davanti alla Corte, nella quale i ricorrenti chiedevano il risarcimento dei danni da loro sofferti ai sensi dell'art. 41 del regolamento della Corte.

2. Inadeguatezza delle condizioni di accoglienza e assenza di rimedi effettivi

Le violazioni lamentate dai ricorrenti nella fase di merito, tutte accolte nella sentenza della Corte EDU, hanno fatto perno attorno a tre diversi profili.

Il primo di questi attiene alla violazione dell'art. 3 della Convenzione, in ragione dell'assenza di condizioni minime e umane di accoglienza all'interno della struttura di Cona, in uno con la circostanza che i ricorrenti erano stati collocati in una struttura per adulti pur essendosi sempre dichiarati minorenni.

A tal proposito, la Corte EDU ha fatto riferimento a propri precedenti 'illustri' come i casi *M.S.S. c. Belgio e Grecia*⁹, *Tarakbel c. Svizzera*¹⁰, *Kblajfia e altri c. Italia*¹¹ e *Rabimi c. Grecia*¹², per ricordare il carattere assoluto e inderogabile dell'art. 3, il quale rappresenta «uno dei valori fondamentali delle società democratiche facenti parte del Consiglio d'Europa»¹³ e la cui violazione, pertanto, non può mai essere giustificata, nemmeno in ragione di un afflusso massiccio e straordinario di migranti e richiedenti asilo. La Corte ricorda, inoltre, la propria copiosa giurisprudenza relativa a violazioni dell'art. 3 che colpiscono minori stranieri non accompagnati, sottolineando come l'estrema vulnerabilità di questa particolare categoria di soggetti sia un fattore decisivo che deve avere la precedenza su ogni considerazione relativa al loro *status* di migrante illegale.

Tutte queste considerazioni hanno portato quindi la Corte ad affermare con relativa facilità che la durata e le condizioni del soggiorno del sig. Darboe¹⁴ nel centro di accoglienza

⁹ Sentenza della Corte EDU del 21 gennaio 2011, ricorso n. 30696/09, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ECLI:CE:ECHR:2011:0121JUD003069609.

¹⁰ Sentenza della Corte EDU del 4 novembre 2014, ricorso n. 29217/12, *Tarakbel c. Svizzera*, ECLI:CE:ECHR:2014:1104JUD002921712.

¹¹ Sentenza della Corte EDU del 15 dicembre 2016, ricorso n. 16483/12, *Kblajfia e altri c. Italia*, ECLI:CE:ECHR:2016:1215JUD001648312.

¹² Sentenza della Corte EDU del 5 luglio 2011, ricorso n. 8687/08, *Rabimi c. Grecia*, ECLI:CE:ECHR:2011:0405JUD000868708.

¹³ Punto 168 della sentenza *Darboe e Camara c. Italia*.

¹⁴ Come si vedrà, infatti, in pendenza della – lunghissima – fase di merito, si sono purtroppo persi i contatti con il sig. Camara, così che il sig. Darboe è rimasto il solo ricorrente in questo procedimento.

per adulti di Cona sono ammontate ad un trattamento inumano e degradante, così accertando l'avvenuta violazione dell'art. 3 della Convenzione¹⁵.

Il secondo profilo concerne invece la violazione dell'art. 13 della Convenzione, poiché i ricorrenti non avevano avuto accesso ad un rimedio effettivo di fronte all'autorità nazionale al fine di denunciare le condizioni della loro accoglienza ed ottenere così il trasferimento in un luogo più dignitoso e idoneo a rispondere alle loro necessità di minori. L'assenza di rimedi effettivi si era manifestata innanzitutto con riferimento all'accertamento dell'asserita maggiore età dei ricorrenti, accertamento che non era stato cristallizzato in un provvedimento impugnabile con un mezzo di ricorso interno e il cui risultato non era stato mai comunicato ai ricorrenti. In effetti i due ragazzi, prima di presentare l'istanza *ex art.* 39 del Regolamento della Corte ai giudici di Strasburgo, non avrebbero potuto far valere la loro minore età di fronte alle autorità amministrative o giurisdizionali per la prima e assorbente ragione che essi non erano nemmeno consapevoli di venire considerati dal Governo italiano alla stregua di maggiorenni.

L'assenza di rimedi interni, inoltre, si estendeva alle condizioni materiali di accoglienza, in quanto non esiste, nell'ordinamento interno, uno strumento di tutela che permetta di lamentare la collocazione in una struttura che non garantisce adeguate condizioni di vita. L'unico provvedimento impugnabile, infatti, è quello con cui viene negato l'accesso al sistema di accoglienza¹⁶, ma non la decisione – che, peraltro, non viene cristallizzata in una misura formale, ciò che rappresenta un ulteriore ostacolo – con cui si viene collocati in un determinato centro di accoglienza, piuttosto che in un altro.

A fronte di tali rilievi, la Corte ha accertato che, a livello interno, i ricorrenti avevano tentato di azionare l'unica via rimediale *prima facie* disponibile, adendo il Tribunale dei minorenni di Venezia per ottenere la nomina di un tutore tramite il quale, poi, provare ad attivare successive azioni giudiziarie. Il fallimento, tuttavia, anche di questo primo e preliminare tentativo ha portato la Corte ad accertare che il Governo non era stato in grado, nelle proprie difese, di «indicare alcun rimedio specifico tramite il quale il ricorrente avrebbe potuto lamentare le sue condizioni di accoglienza a Cona», mentre, per quanto riguarda le modalità di accertamento dell'età, «i rimedi indicati dal Governo si erano dimostrati inefficaci»¹⁷. Alla luce di tutto ciò, veniva confermata la violazione dell'art. 13 della Convenzione da parte dello Stato italiano.

Si evidenzia, peraltro, come la constatazione dell'inutilità dell'istanza di nomina di un tutore sia stata rilevante anche ai fini dell'ammissibilità del ricorso. Da un lato, infatti, quella constatazione ha permesso di superare l'eccezione del Governo italiano secondo la quale i minori non avrebbero avuto la capacità di rilasciare una valida procura e, quindi, non avrebbe avuto capacità processuale di agire davanti alla Corte. Come nota correttamente la sentenza, infatti, la mancata nomina di un rappresentante legale costituiva proprio una delle censure principali del ricorso, e non poteva quindi venire usata per negare il *locus standi* dei ricorrenti. Dall'altro, l'insuccesso dell'azione indicata dal Governo stesso come unico mezzo rimediale attivabile, ossia la richiesta della nomina di un tutore ai sensi dell'art. 19 del d.lgs. n. 25/2008¹⁸,

¹⁵ V. punto 183 della sentenza *Darboe e Camara c. Italia*.

¹⁶ V. art. 15, co. 6, d.lgs. n. 142 del 18 agosto 2015, ai sensi del quale «Avverso il provvedimento di diniego delle misure di accoglienza è ammesso ricorso al Tribunale amministrativo regionale territorialmente competente».

¹⁷ V. punti 197 e 198 della sentenza.

¹⁸ D.lgs. n. 25 del 28 gennaio 2008 di Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato. L'art. 19 prescrive, in particolare, che «Al minore non accompagnato che ha espresso la volontà di chiedere la

permetteva di superare la condizione di ammissibilità del previo esaurimento dei ricorsi interni di cui all'art. 35 della Convenzione.

3. (segue) *Considerazioni a margine sull'effettività del sistema rimediale del sistema europeo comune d'asilo*

Quanto esposto finora offre lo spunto per proporre un confronto tra l'effettività in concreto dell'azione portata avanti di fronte alla Corte EDU (pur con le sue gravi aporie, su cui si tornerà nella parte conclusiva del lavoro) e le possibilità di tutela effettiva messe a disposizione dal sistema del diritto dell'Unione Europea, sia dal punto di vista sostanziale, sia da quello processuale.

Dal punto di vista sostanziale, l'impossibilità di lamentare le condizioni materiali di accoglienza in sé considerate sulla base della normativa interna rappresenta infatti il diretto portato della trasposizione all'interno dell'ordinamento nazionale dell'art. 26 della direttiva accoglienza. In base a tale articolo, infatti, «Gli Stati membri garantiscono che le decisioni relative alla concessione, alla revoca o alla riduzione di benefici ai sensi della presente direttiva [...] che riguardano individualmente i richiedenti possano essere impugnate secondo le modalità stabilite dal diritto nazionale. Almeno in ultimo grado è garantita la possibilità di ricorso o riesame, in fatto e in diritto, dinanzi a un'autorità giurisdizionale». Lo stesso legislatore dell'Unione, dunque, si preoccupa soltanto di garantire la tutela giurisdizionale nelle ipotesi di mancata concessione, di revoca o di riduzione dei benefici legati all'accoglienza, con ciò disinteressandosi di ulteriori profili come, ad esempio, l'impugnabilità di provvedimenti (espresi o taciti) i quali, individuando la collocazione del richiedente asilo, ne determinano indirettamente anche le *condizioni* di accoglienza. E ciò vale, si ritiene, anche per l'ipotesi in cui tale collocazione violi le condizioni poste dalla stessa direttiva accoglienza, come avviene nel caso in cui un minore richiedente asilo venga collocato in una struttura di per adulti¹⁹. L'assenza di un rimedio a livello interno si riverbera poi nell'assenza di accesso ad un controllo a livello di Unione Europea. Infatti, non dandosi un'azione diretta davanti alla Corte di Giustizia per la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo²⁰, l'impossibilità di rivolgersi al giudice interno si traduce nell'impossibilità di sollecitare la proposizione di un rinvio pregiudiziale alla Corte.

È pur vero che la direttiva accoglienza contiene due articoli – il 17 e il 18²¹ – specificamente dedicati alle condizioni materiali di accoglienza, che dettano norme come quella secondo cui «Gli Stati membri provvedono a che le condizioni materiali di accoglienza assicurino un'adeguata qualità di vita che garantisca il sostentamento dei richiedenti e ne tuteli la salute fisica e mentale»²², ovvero quella secondo cui l'alloggio fornito in natura deve essere

protezione internazionale è fornita la necessaria assistenza per la presentazione della domanda. Allo stesso è garantita l'assistenza del tutore in ogni fase della procedura per l'esame della domanda».

¹⁹ Il che contrasta con quanto previsto all'art. 24, par. 2, direttiva accoglienza.

²⁰ Rispetto all'assenza di un accesso effettivo davanti alla Corte di giustizia per la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo si rinvia alle riflessioni in prospettiva *de iure condendo* di B. CORTESE, *Il divieto di espulsioni collettive: riflessioni sul rischio di snaturamento dell'ordinamento giuridico dell'Unione alle sue frontiere esterne*, in AA. VV. (a cura di), *Giuseppe Tesaurò. Un uomo, un europeista - Atti del Convegno in memoria di Giuseppe Tesaurò, Napoli 1-2 luglio 2022*, Napoli, 2023, p. 263 s.

²¹ Nello specifico, l'art. 17 è dedicato alle «Disposizioni generali relative alle condizioni materiali di accoglienza e all'assistenza sanitaria, mentre l'art. 18 alle «Modalità relative alle condizioni materiali di accoglienza».

²² Cit. art. 17, par. 2, direttiva accoglienza.

concesso «in centri di accoglienza che garantiscano una qualità di vita adeguata»²³; o ancora la norma secondo cui « Gli Stati membri adottano le misure opportune per prevenire la violenza e la violenza di genere in particolare, compresa la violenza sessuale e le molestie, all'interno dei locali e dei centri di accoglienza»²⁴. Ma di queste previsioni, che sono state trasposte dal legislatore italiano con modifiche progressive dell'art. 10 del d.lgs. di attuazione della direttiva²⁵, è difficile immaginare una reale giustiziabilità, sia per il loro basso grado di specificità, sia, di nuovo, per la difficoltà di individuare un appropriato mezzo di tutela tramite il quale rivolgersi al giudice interno (e anche, a monte, di individuare la giurisdizione – ordinaria o amministrativa – competente).

In effetti, guardando ai casi in cui la Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi sulle carenze dei sistemi di accoglienza degli Stati membri, emerge come questi non abbiano mai avuto ad oggetto l'inadeguatezza delle condizioni materiali di accoglienza in quanto tali, ma siano sempre legati a vicende di diverso tipo.

L'esempio più celebre è quello della sentenza *N.S.*²⁶, in cui la Corte di giustizia ha negato il carattere assoluto della presunzione secondo cui lo Stato competente a conoscere di una domanda di protezione internazionale in base al regolamento Dublino si debba considerare necessariamente capace di garantire la protezione dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo, sancendo pertanto che gli Stati membri sono tenuti a non trasferire un richiedente asilo verso lo Stato membro competente «quando non possono ignorare che le carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo in tale Stato membro costituiscono motivi seri e comprovati di credere che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti ai sensi dell'art. 4 della Carta»²⁷. Tali gravi carenze sistemiche vengono effettivamente riscontrate, sulla scia di *M.S.S.* della Corte EDU, di poco antecedente, nella situazione della Grecia in quel determinato momento storico, in cui le autorità greche apparivano materialmente incapaci di far fronte all'afflusso eccezionale di migranti, sproporzionato rispetto all'onere sopportato dagli altri Stati membri.

Ulteriormente, nella sentenza *Haqbin*²⁸, la Corte di giustizia si è pronunciata sulle condizioni materiali di accoglienza di un minore richiedente asilo, nel senso di negare che una sanzione comminata ai sensi dell'art. 20, par. 4 e 5, della direttiva 2013/33 possa consistere nella revoca, anche solo temporanea, dell'accoglienza stessa, poiché ciò avrebbe l'effetto di privare il richiedente della possibilità di soddisfare le sue esigenze più elementari. Si ricade, quindi, in un'ipotesi di impugnazione della riduzione dei benefici di cui alla direttiva accoglienza, che rientra, come visto, tra le ipotesi in cui la direttiva stessa impone agli Stati membri di garantire mezzi di ricorso effettivi.

²³ Cit. art. 18, par. 1, lett. b) direttiva accoglienza.

²⁴ Cit. art. 18, par. 4, direttiva accoglienza.

²⁵ La norma, infatti, è stata modificata una prima volta a gennaio 2018, poi di nuovo nell'ottobre 2020 e, infine, nel dicembre 2020, in modo da renderla via via più dettagliata e precisa nell'elencazione dei servizi che dovrebbero venire forniti nei centri di accoglienza.

²⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2011, C-411/10 e C-493/10, *N.S.*, ECLI:EU:C:2011:865.

²⁷ Cit. par. 94 della sentenza. Il principio verrà poi ribadito nella sentenza della Corte di giustizia del 19 marzo 2019, C-163/17, *Javo*, ECLI:EU:C:2019:218.

²⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 2019, C-233/18, *Haqbin*, ECLI:EU:C:2019:956, commentata da P. BONETTI, *Il richiamo della Corte al Belgio (dignitose condizioni di accoglienza per i richiedenti asilo) vale anche per l'Italia*, in *Quad. cost.*, 2020, p. 173 ss.

Infine, nella sentenza *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers*²⁹, la Corte si è pronunciata sulla misura minima del sussidio economico che gli Stati membri possono prestare ai richiedenti asilo in alternativa all'accoglienza in natura ai sensi dell'art. 13, par. 5, della direttiva accoglienza, sancendo che questo debba essere «sufficiente a garantire un livello di vita dignitoso e adeguato per la salute nonché il sostentamento dei richiedenti asilo, consentendo loro, in particolare, di disporre di un alloggio»³⁰. In questo caso, quindi, la Corte si è effettivamente spinta a trattare della giusta misura delle condizioni di accoglienza in sé considerate (sebbene relativamente all'accoglienza tramite prestazione di sussidi economici), ma questo ha potuto fare, a ben vedere, poiché a monte vi era stato un diniego dell'accoglienza da parte dell'ufficio belga preposto, accompagnato da un diniego della richiesta di aiuto finanziario da parte del competente centro pubblico di assistenza sociale, la cui impugnazione congiunta ha infine condotto la famiglia interessata di fronte al giudice nazionale, prima, e la Corte di giustizia, poi.

Alla luce di quanto descritto, dunque, si deve concludere per la scarsa effettività del sistema di tutela derivante dal diritto dell'Unione europea a garanzia della predisposizione di condizioni materiali di accoglienza adeguate, ciò che rende opportuno perseguire la diversa strada della proposizione di un ricorso avanti alla Corte EDU.

4. La procedura di accertamento della minore età dei richiedenti asilo alla prova della Corte EDU

Come anticipato, l'aspetto più rilevante della sentenza *Darboe e Camara c. Italia* risiede nell'esame che la Corte EDU conduce rispetto alle modalità di accertamento dell'età dei due ricorrenti, dichiaratisi minorenni ma considerati alla stregua di maggiorenni sulla base di un esame radiologico del polso, il cui esito non era mai stato loro comunicato. Come detto, la Corte non si era mai pronunciata su questo punto³¹. La giurisprudenza di Strasburgo in materia di accertamento dell'età, infatti, si era fino a quel momento concentrata unicamente sul tema dell'eccessiva durata dei procedimenti, durante i quali il supposto minore rimaneva in una sorta di limbo, in attesa di conoscere il proprio destino³².

Il caso ha sollevato l'interesse della dottrina prima ancora che la decisione venisse pubblicata anche in ragione del fatto che quella dei metodi di accertamento dell'età dei minori costituisce una questione dibattuta e sentita in molti Stati europei che, come l'Italia, adottano modalità di verifica dell'età obsolete e considerate non adeguate dalla comunità scientifica, oltre che lesive delle garanzie procedurali minime richieste dalle fonti europee e internazionali³³.

²⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2014, C-79/13, *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers c. Selver Saciri et al.*, ECLI:EU:C:2014:103, commentata da S. ROSSI, *Mi casa es su casa: I richiedenti asilo e il diritto all'accoglienza*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2014, p. 741 ss.

³⁰ Par. 42 della sentenza.

³¹ V. D. SIMON, M. KLAASSEN, *Age Assessment and the Presumption of Minority*, cit., p. 2.

³² In tema si vedano la sentenza della Corte EDU del 22 novembre 2016, ricorsi n. 25794/13 e 28151/13, *Abdullabi Elmi e Aweys Abubakar c. Malta*, ECLI:CE:ECHR:2016:1122JUD002579413, e la sentenza della Corte EDU del 26 novembre 2015, ricorso n. 10290/13, *Mahamed Jama c. Malta*, ECLI:CE:ECHR:2015:1126JUD001029013.

³³ Per una prospettiva comparata, si rinvia a M. TOMASI, *Verso la definizione di uno statuto giuridico dei minori stranieri non accompagnati in Europa? Modelli astratti e concreti di tutela della vulnerabilità*, in *Rivista AIC*, 2020, p. 529 ss. e S. PENASA, *L'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati*, cit., p. 112 s.

Sul punto, la Corte nella sentenza in esame ha ricordato in primo luogo come l'art. 8 della Cedu, relativo al diritto al rispetto della vita privata e familiare, abbia un ambito di applicazione ampio, che copre l'integrità fisica e psicologica della persona e abbraccia, pertanto, molteplici aspetti dell'identità dell'individuo. Nella protezione della vita privata e familiare, prosegue la Corte, rientra anche il diritto allo sviluppo personale e delle relazioni con gli altri³⁴. Quest'affermazione iniziale richiama quanto sancito all'art. 6 della Convenzione ONU sui diritti dei fanciulli, ai sensi del quale «Gli Stati parti riconoscono che ogni fanciullo ha un diritto inerente alla vita. Gli Stati parti assicurano in tutta la misura del possibile la sopravvivenza e lo sviluppo del fanciullo»³⁵.

Affermato questo principio generale, il ragionamento della Corte prosegue qualificando l'età alla stregua di un mezzo di identificazione dell'individuo, così che le procedure per il suo accertamento e le garanzie procedurali che ne fanno da corollario divengono essenziali per garantire al minore il rispetto dei diritti che gli derivano dal proprio *status*³⁶. La Corte, in altri termini, raccogliendo quanto già rilevato in sede di ricorso, enfatizza il ruolo dell'accertamento della minore età, ancorandolo all'insieme di diritti specificamente dedicati alla tutela dei minori, diritti che verrebbero negati nel caso in cui la procedura di accertamento non venisse condotta correttamente³⁷.

La Corte, quindi, richiama un insieme di fonti di diritto dell'Unione europea e di diritto internazionale inerenti al tema dell'accertamento dell'età³⁸, dalle quali è possibile ricavare un principio generale di speciale protezione dei diritti dei minori non accompagnati. Entrando nel merito della questione del mancato rispetto delle garanzie procedurali minime da osservare nel corso del procedimento di accertamento della minore età dei ricorrenti, la Corte ravvisa le seguenti violazioni da parte del Governo italiano: la mancata nomina di un tutore; la mancata trasmissione di informazioni relative al procedimento di accertamento dell'età, ai risultati attesi, ai risultati conseguiti e alle relative conseguenze; la mancata indicazione, nell'esame radiologico svolto sui minori, di un margine di errore rispetto ai risultati ottenuti; la mancata applicazione della presunzione di minore età in caso di dubbio; l'impossibilità di agire contro l'esito dell'esame radiologico. Di queste violazioni, la più grave pare essere proprio la mancata applicazione della presunzione di minore età³⁹, la quale costituisce un corollario fondamentale del principio generale del *best interest of the child*.

³⁴ Cfr. punto 123 della decisione *Darboe e Camara c. Italia*.

³⁵ Sul rapporto tra le procedure di accertamento dell'età e il principio generale previsto dall'art. 6 della Convenzione, si rimanda a J. MOYERSON, *Minori non accompagnati*, cit., p. 80 ss.

³⁶ V. punto 124 della sentenza *Darboe e Camara c. Italia*.

³⁷ Come la Corte rileva al punto n. 125 della sentenza, «Determining if an individual is a minor is thus the first step to recognising his or her rights and putting into place all necessary care arrangements. Indeed, if a minor is wrongly identified as an adult, serious measures in breach of his or her rights may be taken».

³⁸ E, specificamente: l'art. 17 della direttiva 2005/85/CE del Consiglio del 1° dicembre 2005 recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato, in GU L 326/13 del 13 dicembre 2005, p. 13 ss.; le rilevanti norme già viste *supra*, contenute nella direttiva accoglienza; l'art. 25 della direttiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione), in GU L 180/60 del 29 giugno 2013, p. 60 ss. (direttiva cd. procedure); Risoluzione del Consiglio del 26 giugno 1997 sui minori non accompagnati, cittadini di paesi terzi, in GU C 221 del 19 luglio 1997, p. 23 ss.; Risoluzione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa n. 1810 del 15 aprile 2011, *Unaccompanied children in Europe: issues of arrival, stay and return*, in <https://pace.coe.int/en/files/17991>.

³⁹ Sulle diverse declinazioni e interpretazioni di questo principio di rinvia a L. ALESSANDRIA, *La determinazione dell'età dei richiedenti asilo nei paesi di 'secondo approdo': in dubio pro software?*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2022, 3, p. 103 s.

Alla luce di tutte queste considerazioni la Corte conclude che vi è stata, nel caso specifico, una violazione dell'8 della Cedu, determinata dall'esistenza di una serie di vizi procedurali che hanno contraddistinto la vicenda dell'accertamento dell'età dei signori Darboe e Camara. Tali vizi di procedura, infatti, ne hanno determinato la collocazione in un centro di accoglienza per adulti, dove il loro sviluppo personale e il loro diritto a sviluppare una relazione con gli altri sono stati gravemente compromessi⁴⁰.

Poiché le violazioni lamentate dai ricorrenti sono state tutte riscontrate sulla base degli argomenti appena illustrati, la Corte non ha ritenuto necessario esaminare l'ulteriore questione dell'adeguatezza del tipo di esame medico cui i ricorrenti sono stati sottoposti, che pure era stata posta con forza in sede di ricorso. In particolare, l'esame radiologico del polso era stato fortemente criticato in quanto ritenuto, nella letteratura medica e giuridica prevalente, scarsamente affidabile⁴¹. Si lamentava, inoltre, il fatto che tale esame fosse stato condotto mediante l'utilizzo dell'obsoleto metodo di Greulich – Pyle, anziché del più recente e affidabile metodo TW3⁴²; più in generale, si criticava il fatto che non fosse stato utilizzato un approccio multidisciplinare, «che non si concentri esclusivamente sulla determinazione dell'età cronologica ma adotti una prospettiva globale, capace di prendere in considerazione fattori diversi, fisici, psicologici, relativi al grado di sviluppo, ambientali e culturali»⁴³.

Si noti che non mancano pronunce di altri organi che hanno valutato anche questi profili. Il Comitato ONU sui diritti del fanciullo, per esempio, ha esplicitamente criticato il metodo di accertamento dell'età basato sull'analisi radiologica della struttura ossea dei minori in una serie di raccomandazioni⁴⁴, e lo stesso ha fatto il Comitato europeo per i diritti sociali⁴⁵.

⁴⁰ Nello specifico la Corte, al punto 156 della decisione, spiega che «As regards the applicant's situation, the fact remains that he did not benefit from the minimum procedural guarantees, and that his placement in an adult reception centre for more than four months must have affected his right to personal development and to establish and develop relationships with others».

⁴¹ V. *ex multis* G. NOLL, *Junk Science? Four Arguments against the Radiological Age Assessment of Unaccompanied Minors Seeking Asylum*, in *Int. Jour. Refug. Law*, 2016, p. 234 ss; P. MOSTAD, F. TAMSEN, *Error rates for unvalidated medical age assessment procedures*, in *Int. J. Legal Med.*, 2019, p. 613 ss.

⁴² V. S. DEPALLENS, F. JÄGER, N. PELLAUD, *Détermination de l'âge des jeunes migrants, Position de la Société suisse de pédiatrie*, in *Bulletin des médecins suisses*, 24 maggio 2017; G. F. EICH, V. SCHWITZGEBEL, *L'âge osseux ne permet pas de déterminer l'âge des jeunes requérants d'asile*, in *Paediatrica*, 2016, 3, p. 29. V. anche EASO, *Practical Guide on Age Assessment*, Second Edition, 2018; in particolare, per la differenza tra i due metodi menzionati, si veda p. 57. La letteratura medica ritiene che il metodo di Greulich – Pyle abbia un margine di errore di almeno uno – due anni: cfr. NATIONAL MEDICINE ACADEMY, *Sur la fiabilité des examens médicaux visant à déterminer l'âge à des fins judiciaires et la possibilité d'amélioration en la matière pour les mineurs isolés étrangers*, 2007, in <http://www.academie-medecine.fr/07-01-sur-la-fiabilite-des-examens-medicaux-visant-a-determinerlage-a-des-fins-judiciaires-et-la-possibilite-damelioration-en-la-matiere-pour-les-mineurs-etrangers-isoles/>.

⁴³ S. PENASA, *L'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati*, cit., p. 102.

⁴⁴ V. Comitato sui diritti del fanciullo, *Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication No. 11/2017*, del 15 febbraio 2017 e Comitato sui diritti del fanciullo, *Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication No. 40/2018*, del 9 febbraio 2018. Nelle due raccomandazioni, il Comitato, con formulazione pressoché identica nei due documenti, nota che «there is ample information in the file to suggest that [the Greulich – Pyle] method lacks precision and has a wide margin of error, and is therefore not suitable for use as the sole method for determining the chronological age of a young person who claims to be a minor».

⁴⁵ V. decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali del 24 gennaio 2018, ricorso collettivo n. 114/2015, *European Committee for Home-Based Priority Action for the Child and the Family (EUROCEF) c. Francia*, in <https://hudoc.esc.coe.int/fre/?i=cc-114-2015-dmerits-en>. Al punto 108 della decisione, il Comitato spiega che «both in France and at international level, the use of such medical tests [la misurazione radiologica della maturazione ossea] is highly contested because they are unreliable and because they undermine children's dignity and physical integrity».

Come detto, tuttavia, la Corte EDU, ritenendo sufficiente l'aver accertato la violazione della Convenzione in ragione dei vizi procedurali riscontrati, ha rimandato ad altra occasione una presa di posizione su questi nodi critici⁴⁶.

5. *Le garanzie previste dal diritto dell'Unione europea contro metodi di accertamento dell'età inadeguati*

Benché nella sentenza esaminata la Corte EDU non si sia pronunciata sul tema dell'appropriatezza del metodo di accertamento dell'età utilizzato, pare interessante verificare, per l'ipotesi in cui in futuro si arrivi ad approfondire anche questa delicata questione, quali appigli normativi, di diritto dell'Unione europea in particolare, potrebbero venire utilmente richiamati dal giudicante.

Preliminarmente occorre sottolineare che, così come accade nella giurisprudenza di Strasburgo, anche quella della Corte di giustizia non si è mai occupata di questa questione: in effetti, le uniche pronunce attinenti al tema dell'accertamento dell'età dei richiedenti asilo sono quelle relative al momento rilevante per svolgere tale accertamento ai fini dell'applicabilità, in particolare, della normativa in materia di ricongiungimento familiare⁴⁷. Con quella giurisprudenza, nello specifico, la Corte ha chiarito che, ai fini dell'applicazione della disciplina di maggior favore prevista per i minori dalla direttiva 2003/86/CE sul ricongiungimento familiare⁴⁸, la minore età va accertata con riferimento al momento in cui è stata presentata la domanda di protezione internazionale e non a quello, logicamente successivo, in cui il minore – nel frattempo divenuto maggiorenne – proponga la domanda di ricongiungimento familiare, una volta ottenuto lo *status*⁴⁹. In senso analogo la Corte si è pronunciata con riferimento all'ipotesi speculare in cui il minore d'età sia il soggetto che si trova in uno Stato terzo di cui il genitore, titolare di protezione, chiede il ricongiungimento, sancendo, anche in questo caso, l'irrilevanza del momento in cui le autorità statuiscono sulla domanda di ricongiungimento in favore della rilevanza dell'antecedente momento in cui la domanda è stata presentata per la prima volta⁵⁰. Ancora, la Corte si è pronunciata con riferimento al momento rilevante per l'accertamento della minore età in relazione all'applicazione degli artt. 2, lett. j), 24 e 35 della direttiva qualifiche⁵¹ a beneficio del padre di

⁴⁶ Come notano in modo critico D. SIMON, M. KLAASSEN, *Age Assessment and the Presumption of Minority*, cit., p. 3.

⁴⁷ Sul tema, si veda C. FRATEA, *L'accertamento della minore età del migrante e il diritto all'unità familiare: una lettura evolutiva della giurisprudenza della Corte di giustizia a tutela dei beneficiari di protezione internazionale*, in *Quaderni AISDUE*, Sezione "Atti convegni AISDUE", n. 7, 25 gennaio 2023, p. 166 ss.

⁴⁸ Direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003 relativa al diritto al ricongiungimento familiare, in GU L 251 del 3 ottobre 2003, p. 12 ss.

⁴⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 12 aprile 2018, C-550/16, *A, S c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, ECLI:EU:C:2018:248.

⁵⁰ Sentenza della Corte di Giustizia del 16 luglio 2020, cause riunite C-133/19, C-136/19 e C-137/19, *B.M.M. e a. c. État belge*, ECLI:EU:C:2020:577. In materia, cfr. anche la più recente sentenza della Corte di giustizia del 1° agosto 2022, causa C-279/20, *Bundesrepublik Deutschland c. XC*, ECLI:EU:C:2022:618.

⁵¹ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione), in GU L 337 del 20 dicembre 2011, p. 9 ss.

un titolare di protezione internazionale divenuto maggiorenne dopo che lo stesso padre aveva presentato la domanda di asilo⁵².

Tanto premesso, la norma di diritto dell'Unione europea più rilevante per il tema che qui interessa è l'art. 25, par. 5, della direttiva 2013/32/UE (direttiva procedure), il quale, pur non dettando regole specifiche sulle modalità con cui deve avvenire l'accertamento dell'età⁵³, impone il rispetto di alcune garanzie basilari. Tra le garanzie previste da quella disposizione spicca l'obbligo di applicare la presunzione di minore età nell'ipotesi in cui residuino dubbi circa l'età effettiva del (presunto) minore⁵⁴. Questa norma è coerente con quanto previsto all'art. 13 della direttiva 2011/36/UE sui minori vittime di tratta⁵⁵, il quale, dopo aver ribadito che l'interesse superiore del minore deve costituire il parametro fondamentale nell'applicazione delle misure di tutela previste, chiama gli Stati a provvedere «affinché, ove l'età della vittima della tratta di esseri umani risulti incerta e vi sia motivo di ritenere che sia un minore, detta persona sia considerata minore al fine di ottenere accesso immediato all'assistenza, al sostegno e alla protezione» garantiti dalla direttiva.

Come appare evidente, il limite di queste norme risiede nel margine di discrezionalità lasciato agli Stati in ordine alla valutazione sulla sussistenza o meno di un dubbio residuo circa l'età del richiedente asilo: laddove, infatti, il minore sia stato sottoposto ad un esame medico che le autorità nazionali considerano affidabile, il quale abbia sancito, per esempio, il raggiungimento dei diciannove anni d'età, ben potrebbe quello Stato considerare fugato ogni dubbio circa la minore età del minore e non dare quindi applicazione alla presunzione di minore età.

Come è stato notato⁵⁶, in effetti, la presunzione di minore età, se considerata singolarmente, senza il corredo e supporto di altre regole relative all'affidabilità dei test da effettuare, diventa veramente rilevante solo se si partisse dall'assunto che taluni esami medici – *in primis*, l'esame radiologico della maturazione ossea dell'individuo – siano incerti per definizione, e che quindi, laddove vi si ricorra, residui sempre un margine di dubbio. La conseguenza obbligata di questo ragionamento sarebbe che il soggetto sottoposto a questa tipologia di test andrebbe sempre considerato un minore, con il risultato paradossale che proprio le inadeguatezze dei test tornerebbero a vantaggio dei minori richiedenti asilo e dei loro difensori. Questo tipo di approccio, peraltro, a livello interno è già stato rigettato dalla nostra giurisprudenza di legittimità, che ha ritenuto perfettamente affidabile proprio il criticato metodo di Greulich - Pyle⁵⁷.

⁵² Sentenza della Corte del 9 settembre 2021, causa C-768/19, *Bundesrepublik Deutschland c. SE*, ECLI:EU:C:2021:709. In virtù degli articoli citati, taluni familiari di un richiedente asilo presente sul territorio dell'Unione hanno diritto ad ottenere un permesso di soggiorno rinnovabile che deve essere valido per un periodo di almeno un anno.

⁵³ Cfr. M. TOMASI, *Verso la definizione di uno statuto giuridico dei minori*, cit., p. 525 s.

⁵⁴ Cit. art. 25, par. 5, della direttiva procedure: «Gli Stati membri possono effettuare visite mediche per accertare l'età del minore non accompagnato nel quadro dell'esame di una domanda di protezione internazionale, laddove, in base a sue dichiarazioni generali o altre indicazioni pertinenti, gli Stati membri nutrano dubbi circa l'età. Se in seguito gli Stati membri continuano a nutrire dubbi circa l'età del richiedente, considerano il richiedente un minore».

⁵⁵ Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, in GU L 101 del 15 aprile 2011, p. 1 ss.

⁵⁶ V. G. NOLL, *Junk Science?*, cit., p. 248 ss.

⁵⁷ Cfr. Corte di Cassazione, sez. III Penale, sentenza del 25 marzo – 18 settembre 2014, n. 38280, liberamente consultabile in <http://www.sentenze-cassazione.com/sentenze-cassazione-2014/testo-sentenza-eta-radiografia-polso-individuo-determinazione-accertamento/>, secondo cui «il Collegio di merito, richiamando la

Alcuni Autori⁵⁸, inoltre, sembrano ricavare dall'articolo citato una gerarchia che vede i metodi non-medici prevalere sui metodi medici (il che discenderebbe dalla frase «Gli Stati membri possono effettuare visite mediche per accertare l'età del minore ... laddove, in base a sue dichiarazioni generali o altre indicazioni pertinenti ... nutrano dubbi circa l'età»), mentre altri sostengono che «la subordinazione dell'esperimento della visita medica alla sussistenza di un dubbio fondato, sorto a seguito dell'esame dei documenti e delle dichiarazioni del richiedente, qualifica l'indagine medica quale *extrema ratio* per la determinazione dell'età e, dunque, impone un giudizio di proporzionalità delle misure adottate dallo Stato membro»⁵⁹.

Ad ogni buon conto, ciò che appare innegabile è che la presunzione di minore età non può, da sé sola, giocare un ruolo pregnante nella tutela effettiva dei minori, laddove non sia accompagnata da un corollario di norme che limitano la discrezionalità degli Stati nella determinazione, a monte, delle ipotesi in cui si debba ritenere sussistente un dubbio sull'età del richiedente asilo. A tal proposito, sempre l'art. 25, par. 5, della direttiva procedure sancisce che «Le visite mediche sono effettuate nel pieno rispetto della dignità della persona con l'esame meno invasivo possibile ed effettuato da professionisti nel settore medico qualificati che consentano, nella misura del possibile, un esito affidabile»: norma che, tuttavia, appare davvero troppo generica per avere una reale portata precettiva.

Se così è, l'accertamento della violazione delle garanzie che circondano l'accertamento dell'età presuppone, in buona sostanza, che siano riscontrabili anche altri vizi inerenti alle tutele previste all'art. 25, par. 5, dal cui accertamento possa emergere la violazione della presunzione di minore età, come è avvenuto nel caso *Darboe e Camara*.

I due obblighi più immediatamente giustiziabili, in quanto formulati in modo dettagliato e sufficientemente preciso, sono, in particolare, quello di informare il minore «prima dell'esame della domanda di protezione internazionale e in una lingua che capisce o che è ragionevole supporre possa capire, della possibilità che la sua età possa essere determinata attraverso una visita medica»⁶⁰, e quello della necessaria acquisizione del consenso del minore allo svolgimento di una visita medica atta ad accertare l'età⁶¹. Infine, l'articolo in esame dispone altresì che «la decisione di respingere la domanda di protezione internazionale di un minore non accompagnato che ha rifiutato di sottoporsi a una visita medica» non possa essere «motivata unicamente da tale rifiuto»⁶².

Sarà quindi nel contesto di una censura relativa alla violazione di obblighi così formulati che potrà trovare spazio anche una critica sul tipo di metodo di accertamento adottato. Su questo punto, peraltro, potrebbe venire in soccorso per analogia la giurisprudenza della Corte

relazione del consulente del PM, affermava che il metodo più affidabile per la determinazione dell'età era proprio quello eseguito e denominato di Greulich e Pyle. Inoltre, sebbene alcuni autori scientifici asserivano l'esistenza di un precoce sviluppo scheletrico nei soggetti di razza africana, ciò sarebbe vero nei primi anni di vita, mentre perderebbe significato nell'infanzia inoltrata ed a maggior ragione in fase adolescenziale allorché lo sviluppo scheletrico diverrebbe analogo a quello della popolazione caucasica».

⁵⁸ Cfr. S. PENASA, *L'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati*, cit., p. 104.

⁵⁹ Cit. L. ALESSANDRIA, *La determinazione dell'età dei richiedenti asilo*, cit., p. 99 s.

⁶⁰ Cit. art. 25, par. 5, lett. a), direttiva procedure, che prosegue prescrivendo che «Le informazioni comprendono il tipo di visita previsto e le possibili conseguenze dei risultati della visita medica ai fini dell'esame della domanda di protezione internazionale, così come le conseguenze cui va incontro il minore non accompagnato che si rifiuta di sottoporsi a visita medica».

⁶¹ Cfr. 25, par. 5, lett. b), direttiva procedure. Si noti che nel caso *Darboe e Camara* la questione della validità del consenso dei ricorrenti a sottoporsi all'esame medico non è stata vagliata, in quanto non necessaria alla luce del fatto che la Corte aveva già accertato la mancanza di ogni informazione circa il tipo di esame che si stava svolgendo e le possibili conseguenze del suo esito.

⁶² Cfr. 25, par. 5, lett. b), direttiva procedure.

di Giustizia sul valore dei test di verifica dell'orientamento sessuale, laddove i giudici hanno sancito che una perizia può considerarsi appropriata solo se «è fondata su metodi e principi sufficientemente affidabili alla luce degli standard riconosciuti dalla comunità scientifica internazionale»⁶³.

Ciò detto, rimane aperta la questione dei mezzi rimediali esperibili contro la violazione di quelle garanzie, poiché anche qui, come già in relazione ai profili visti sopra, si palesa il rischio di un'ineffettività delle tutele. Infatti, se la direttiva procedure contiene un insieme di norme – pur con il loro diverso grado di azionabilità in concreto, come si è visto – relative alle garanzie procedurali che vanno prestate prima e durante il procedimento di accertamento della minore età, essa non contiene, tuttavia, una previsione esplicita circa l'obbligo che gli Stati garantiscano un ricorso effettivo avverso il provvedimento finale di determinazione dell'età. L'art. 46 della direttiva, infatti, si limita a disporre che il richiedente abbia diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice avverso la decisione sulla sua domanda di protezione internazionale, avverso il rifiuto di riaprire l'esame di una domanda, sospeso a norma degli articoli 27 e 28, e avverso una decisione di revoca della protezione internazionale.

Questo, ancora una volta, si riverbera sull'azionabilità in concreto delle garanzie appena descritte: in assenza di un provvedimento formale di accertamento dell'età e in assenza di uno strumento specifico che permetta di impugnare tale provvedimento, infatti, l'accesso al giudice interno viene, nella pratica, reso notevolmente più complesso, ciò che conduce, altresì, all'impossibilità di raggiungere la Corte di giustizia tramite il rinvio pregiudiziale, strumento che pure si è rilevato fondamentale in altri casi di *strategic litigation*⁶⁴.

6. Considerazioni conclusive: un lieto fine solo di principio?

La vicenda di Darboe e Camara e, più in generale, la giurisprudenza della Corte EDU in materia di asilo, dimostrano come gli strumenti di tutela messi a disposizione dal sistema della Convenzione, prima tra tutti la richiesta di misure temporanee *ex art. 39* della Corte, permettano di dare una risposta adeguata a situazioni di emergenza che richiedono una reazione immediata⁶⁵. Nel caso *Darboe e Camara c. Italia*, in particolare, l'esigenza prioritaria era quella di ottenere il celere spostamento dei due minori in una struttura di accoglienza adatta alla loro età, e la misura *ex art. 39* disposta dalla Corte ha reso possibile questo risultato in pochissime settimane dalla presentazione dell'istanza. La giurisprudenza della Corte EDU dimostra come in casi limite in cui l'urgenza è ancora più pressante, la Corte è in grado di dare riscontro anche entro pochissime ore dall'invio dell'istanza⁶⁶: in tempi recenti questo è

⁶³ Cit. sentenza della Corte di giustizia del 25 gennaio 2018, C-473/16, *F v. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, ECLI:EU:C:2018:36, par. 58.

⁶⁴ Sull'uso del rinvio pregiudiziale quale strumento di cd. *legal mobilization*, si rimanda a V. PASSALACQUA, *Legal mobilization via preliminary reference: Insights from the case of migrant rights*, in *Comm. M. Law Rev.*, 2021, p. 751 ss.

⁶⁵ Cfr. E. ROZZI, *L'accertamento dell'età e l'accoglienza dei minori non accompagnati*, cit., p. 227 s.

⁶⁶ Questo è accaduto, per fare solo alcuni recentissimi esempi, nei casi poi decisi dalla Corte EDU con: sentenza del 22 marzo 2022, ricorso n. 55978/20, *T.K. e al. c. Lituania*, ECLI:CE:ECHR:2022:0322JUD005597820, in cui con misura temporanea era stato fin da subito sospeso l'ordine di espulsione di un cittadino del Tagikistan dalla Lituania; sentenza del 6 ottobre 2022, ricorso n. 37610/18, *Liu c. Polonia*, ECLI:CE:ECHR:2022:1006JUD003761018, in cui era stata disposta la sospensione dell'ordine di estradizione cittadino cinese dalla Polonia; sentenza del 15 settembre 2022, ricorso n. 18603/12, *O.M. e D.S. c. Ucraina*, ECLI:CE:ECHR:2022:0915JUD001860312, in cui era stata emanata una misura *ex art. 39* nello stesso

avvenuto in diverse occasioni, per esempio rispetto ai respingimenti al confine tra la Polonia e la Bielorussia. Il confronto con gli strumenti di diritto dell'Unione europea porta a concludere per una maggiore adeguatezza del sistema della Convenzione a far fronte a queste situazioni emergenziali, in particolare laddove l'ordinamento interno non prevede un rimedio effettivo che consenta di giungere, seppur in via indiretta, alla Corte di giustizia.

Di contro, va rilevato come i tempi di attesa per la decisione di merito da parte della Corte EDU, dopo l'emanazione della misura temporanea, sono irragionevolmente dilatati: nel caso in oggetto, si è trattato di oltre cinque anni e mezzo. Durante questo periodo di tempo, le possibilità di comunicare con la Corte, salvo che sia questa a richiedere l'invio di memorie, sono sostanzialmente azzerate. Ciò ha significato, nella pratica, non poter aggiornare la Corte sulle ricadute che il vissuto di Cona stava avendo sul benessere psico-fisico del sig. Darboe, da un lato, e perdere la fiducia del sig. Camara, dall'altro: un paio d'anni dopo la presentazione del ricorso, infatti, Camara ha lasciato spontaneamente la struttura di accoglienza in cui era alloggiato e si è reso irreperibile (a livello processuale, quindi, la sua posizione è stata estinta). La misura del risarcimento ottenuto, infine, se non simbolica, non sarà comunque sufficiente per determinare un reale e duraturo miglioramento delle condizioni di vita del sig. Darboe. All'efficacia della risposta della Corte nella fase cautelare, quindi, non ha fatto seguito una analoga efficacia della fase di merito, se non per l'importanza dei principi posti a fondamento della sentenza per la costruzione progressiva di un insieme di regole relative all'accertamento dell'età.

In chiusura, si evidenzia come, nel mentre si dipanavano le vicende di Darboe e Camara, la disciplina italiana in materia di identificazione dei minori richiedenti asilo veniva modificata dall'intervento della l. n. 47 del 2017 (cd. 'Legge Zampa')⁶⁷, la quale ha introdotto, all'interno del d.lgs. 142/2015, il nuovo art. 19-*bis*. Questa norma, sulla carta, contiene tutte quelle garanzie che erano mancate a Darboe e Camara: ad oggi, quindi, la disciplina nazionale italiana parrebbe aver raggiunto un alto livello di tutela. La *law on the books*, tuttavia, non sempre si traduce in *law in action*, e la cronaca di situazioni che stanno accadendo anche in queste stesse settimane lo dimostra chiaramente⁶⁸. L'auspicio, quindi, è che il sistema rimediale, a tutti i livelli, vada nella direzione di una sempre maggiore effettività, in termini di adeguatezza della risposta giurisdizionale, di celerità e di facilità di accesso agli strumenti di tutela.

pomeriggio in cui era stata presentata l'istanza, al fine di impedire che una cittadina del Kirgizistan venisse respinta all'aeroporto di Kiev e rimandata in Georgia; sentenza del 30 giugno 2022, ricorso n. 39028/17, *A.I. e al. c. Polonia*, ECLI:CE:ECHR:2022:0630JUD003902817, relativa a un respingimento alla frontiera tra Polonia e Bielorussia avvenuto nel 2017; sentenza del 23 luglio 2020, ricorsi n. 40503/17, 42902/17 e 43643/17, *M.K. e al. c. Polonia*, ECLI:CE:ECHR:2020:0723JUD004050317.

⁶⁷ Sulla Legge Zampa, cfr. C. CASONE, *Brevi riflessioni in merito alla legge n. 47/17 (Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati): luci e ombre*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2017, 2, p. 13 ss.; A. L. SCIACOVELLI, *Minori stranieri non accompagnati: criticità e nuovi sviluppi giurisprudenziali*, in *St. integr. eur.*, 2018, p. 514 ss.; I. MARCHIORO, M. FERRERO, *La condizione giuridica dei minori non accompagnati*, cit., p. 204 ss. Rispetto alle difficoltà applicative di questa nuova normativa, cfr. E. DI NAPOLI, *Riflessioni a margine della 'nuova' procedura di accertamento dell'età del minore straniero non accompagnato ai sensi dell'art. 5 della l. 47/2017*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2017, 3, p. 19 ss. Per la ricostruzione della disciplina italiana complessiva in materia, si rinvia a M. BENVENUTI, *Dubito, ergo iudico. Le modalità di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati in Italia*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2022, 1, p. 172 ss.

⁶⁸ Si veda il documento di ASGI, *Roccella Ionica: situazione attuale e implementazione "approccio hotspot"*, 21 febbraio 2023, in <https://inlimine.asgi.it/roccella-ionica-situazione-attuale-e-implementazione-approccio-hotspot>, in particolare per quanto riguarda la situazione dei minori.

ABSTRACT: *Remarks on the effectiveness of the protection of minor asylum seekers under European remedial instruments in the light of the Darboe and Camara v. Italy judgment*

In judgment *Darboe and Camara v. Italy* the European Court of Human Rights ruled for the first time on the disputed issue of the age assessment of minor asylum seekers, alongside with the more common issues of the inadequacy of the reception conditions and the lack of effective judicial remedies. This judgment thus provides an opportunity to once again dwell upon the effectiveness of the remedies at disposal of minor asylum seekers offered respectively by the Court of Strasbourg and by the protection system under EU law. It is eventually argued that, for different reasons, both systems appear to be seriously deficient, so that even an upholding judgment does not necessarily translate into a real and concrete benefit for the applicant.



ANTONIO MUÑOZ AUNIÓN* - GLORIMAR ALEJANDRA LEÓN SILVA**

LA RESPUESTA DEL SISTEMA REGIONAL INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS A LOS MIGRANTES A RAÍZ DEL COVID: RELATO DE UN ÉXITO

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Respuestas del Sistema regional de protección de Derechos Humanos a la pandemia en el espacio centroamericano. – 2.1. Respuestas a nivel de la Comisión Interamericana. – 2.2. Respuestas a nivel jurisdiccional: la acción de la Corte IDH. – 2.2.1. Los efectos de la sentencia Vélez Looor para el amparo de los migrantes detenidos durante la pandemia del COVID. – 2.2.2. Decisión de la Corte Interamericana sobre la situación en los establecimientos de detención. – 2.2.3. Sobre la legitimidad de la Corte IDH para adoptar medidas provisionales respecto de los asuntos de su conocimiento. – 2.3. Respuesta a nivel nacional: el Papel de Panamá. – 3. La verificación por la Corte IDH respecto de la ejecución de sus medidas. – 4. Levantamiento de las medidas cautelares. – 5. Conclusiones.

1. *Introducción*

La red de carreteras conocida como Panamericana es una extraordinaria obra de ingeniería que recorre unos 19.000 kilómetros desde Alaska hasta Argentina, con una única interrupción en el camino: el cuello de botella de la Selva del Darién, y en concreto, el Tapón del Darién. Este tramo -imposible de sortearlo por tierra en vehículo- tiene unos 160 km de ancho por 250 de largo y se extiende desde el mar Caribe hasta el océano Pacífico.

Durante mucho tiempo ha desafiado el avance de colonos, constructores de carreteras y promotores inmobiliarios. De hecho, el Canal de Panamá ubicado poco más arriba costó la vida de numerosos trabajadores por las duras condiciones reinantes. La leyenda de este territorio como agujero negro está impregnada de sangre y sudor. Después de que los conquistadores españoles descubrieran la región en 1501, consolidaron su primera colonia continental en América masacrando a decenas de miles de nativos. Los españoles pasaron a conquistar el Amazonas y los Andes, pero finalmente renunciaron a domar la Brecha, que se convirtió en un bastión de piratas y esclavos fugitivos. En 1699, más de 2.000 colonos escoceses perecieron de malaria e inanición¹ y en 1854 nueve exploradores murieron por

* Profesor de Derecho Internacional Público y de Relaciones Internacionales de la Universidad de Jaén.

** Profesora de Derecho Internacional Público de la Universidad Autónoma de Chile.

diversas enfermedades en una expedición de reconocimiento de la Marina estadounidense, echando por tierra los planes de un gran proyecto de canal a través del istmo.

En épocas más recientes, los esfuerzos por construir una carretera han fracasado por el temor a que la fiebre aftosa se extienda y devaste la industria cárnica estadounidense, y por la resistencia de los indios *kuna* y *emбера-wounaan* que habitan esta selva tropical. Para comprender la magnitud de este fenómeno, pueden revisarse los registros de migración del Gobierno de Panamá, según los cuales, en el año 2022, más de un cuarto de millón de personas ingresaron a Panamá de forma irregular por aquella región².

Los migrantes que por aquí transitan son solo una pequeña fracción³ respecto de los 65 millones según Naciones Unidas que en estos momentos huyen de guerras, persecuciones y el terror, la cifra más elevada en la historia de los desplazamientos forzados de la humanidad. Una respuesta clara a esta situación debiera ser más fácil y supone un paso adelante en el cumplimiento de los Objetivos del Desarrollo Sostenible- Agenda 2030. En concreto, traemos a colación su punto 10. 7: «Facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas»⁴. Y de esta forma avanzar claramente de la “persecución de un mito” a un nuevo espacio de *soft law* a través de acuerdos no normativos⁵.

El Sistema interamericano de protección de los derechos humanos ha ofrecido protección a los migrantes a través de recomendaciones de su Comisión, mediante las disposiciones contenidas en el Pacto de San José, así como por la propia jurisprudencia de su Corte, muy especialmente, la Opinión Consultiva n. 18/03 de 17 de septiembre de 2003 sobre los derechos de los migrantes indocumentados en la que se reconocen, entre otros, el respeto al principio de igualdad y no discriminación,⁶ su extensión respecto de las personas

¹ G. BENNETT, *Imperial Women of Darien: Scottish Migration and Gender in the Atlantic World, 1650-1740*, en University of Texas, Arlington, 2020, Tesis doctoral. Disponible en: <https://rc.library.uta.edu/uta-ir/bitstream/handle/10106/30673/BENNETT-DISSERTATION-2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

² El número de migrantes que atraviesan la peligrosa ruta de la Selva del Darién se ha duplicado en el 2022 De acuerdo con el Gobierno de Panamá, casi 250.000 personas han cruzado hacia ese país en 2022, en comparación con las cerca de 133.000 en 2021. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2023/01/1517947>. Este incremento en las cifras, para un país con una población de escasamente 4. 5 millones de habitantes, significa un peso elevado para sus recursos.

³ Según el servicio de migración de Panamá, más de 150 mil personas, de los que al menos 21 mil menores no acompañados, han cruzado entre enero y septiembre de 2022. A pesar de ser una cifra relativamente reducida, el número de migrantes, a pesar de lo que pudiera parecer, no está desproporcionadamente compuesto de venezolanos, así países como como la India, Somalia, Camerún, Congo y Bangladesh también tienen nacionales atravesando este espacio para alcanzar los Estados Unidos. Disponible en: <https://www.iom.int/es/news/2022-duplica-el-numero-de-migrantes-en-la-peligrosa-ruta-de-la-selva-del-darien>. Cfr., C. SCHLABACH, *Torn Between Humanitarian Ideals and U.S. Pressure, Panama Screens Migrants from Around the World*, en *Cronkite News*, (2020). Disponible en: <https://cronkitenews.azpbs.org/2020/07/02/humanitarian-flow-panama-migrants/>.

⁴ Por cuanto a los efectos de la Agenda 2030 en el terreno migratorio, véase, F. VACAS FERNÁNDEZ, *La migración en la Agenda 2030, el Desarrollo en el Pacto de Marrakech: Plasmación programática de una inescindible relación*, en *Revista de las Cortes Generales*, 2021. Sobre el desarrollo sostenible en general, véase, C. DÍAZ BARRADO, *Los objetivos de desarrollo sostenible: un principio de naturaleza incierta y varias dimensiones fragmentadas*, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2016.

⁵ Sobre este doblez de la Agenda 2030, véase, C. FERNÁNDEZ LIESA, *Transformaciones del Derecho Internacional por los objetivos de desarrollo sostenible*, en *Análisis y Comentarios de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas*, 2017, p. 44 ss.

⁶ ‘Se debe señalar que la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos

LGBTI en la *Opinión consultiva n. 24/17* y destacados casos contenciosos que definen el marco jurídico de la población migrante⁷.

La migración, como cualquier otra forma de movimiento humano a través de fronteras políticas, representa un vector de contagio y el control pasa a ocupar un papel esencial desde los orígenes de la cooperación internacional⁸. Ello reviste de especial relevancia en tiempos de pandemia. Desde su surgimiento, a finales de 2019, el reciente aumento de su ritmo de expansión, y las nuevas variantes de virus en todo el mundo, la pandemia de COVID-19 ha creado y continúa provocando serios desafíos tanto a nivel nacional como internacional. Estados, Organizaciones/instituciones internacionales, mecanismos judiciales internacionales y otros mecanismos se ven enfrentados a una situación sin precedentes, que desafía esencialmente el núcleo de la protección de los derechos humanos y en particular los derechos sociales⁹.

En la lucha contra la pandemia, el Derecho Internacional se mostró muy fragmentado y la respuesta que ofrece la Corte IDH no es más que un fragmento altamente positivo de la gobernanza internacional y un recordatorio de la interdependencia¹⁰ e indivisibilidad de los derechos humanos¹¹. Sin embargo, como se indica en un reciente informe del CEJIL, la situación en Mesoamérica de los migrantes, los centros de internamiento y la gestión del Covid -19 no es una cuestión aún zanjada a pesar de que las decisiones de la Corte IDH han supuesto un precedente no solo para la región sino para todo el sistema universal¹².

2. Respuestas del Sistema regional de protección de Derechos Humanos a la pandemia en el espacio centroamericano

y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio. Esto no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa' para 118

⁷ Por ejemplo, el *Asunto Familia Pacheco Tineo vs Bolivia* (2013), CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia. CIDH: [s. l.], 23 nov. 2013, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=376.

⁸ Así ya el Convenio Sanitario Internacional de 1892 se dirigía a contener la expansión del cólera por la peregrinación a La Meca y un año más tarde la medida fue extendida a las fronteras intraeuropeas, todas ellas fueron consolidadas por el Convenio de París de 1903. Es de destacar que una opinión contraria a ellas fue la defendida por el microbiólogo Robert Koch quien se inclinaba por la eficacia de las medidas preventivas.

⁹ Véase, B. STANFORD, S. FOSTER, *Human rights in times of emergency. COVID-19 taking the United Kingdom into unchartered territory*, en B. STANFORD, S. FOSTER, C. ESPALIÚ BERDUD (eds.), *Global pandemic, security and human rights: comparative explorations of COVID-19 and the Law*, London/New York, 2021, p. 35 ss; A. BREDIMAS, *The World Health Organization and The Fight Against Epidemics/Pandemics. With A Special Reference To The Coronavirus Crisis (COVID 19)*, Athens/Thessaloniki, 2020.

¹⁰ Resolución de la Asamblea General, *Documento Final de la Cumbre Mundial 2005*, Sexagésimo período de sesiones, 24 de octubre de 2005, (A/RES/60/1): «Todos los Derechos Humanos son universales e indivisibles, están relacionados entre sí, son interdependientes y se refuerzan mutuamente, y deben tratarse de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y con la misma atención».

¹¹ Con su origen en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y reiterado en numerosas Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, a modo de ejemplo, resolución 60 /149 de 16 de diciembre de 2005.

¹² CEJIL, *El impacto del COVID-19 sobre los derechos humanos de los migrantes*, disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/CFI-COVID/SubmissionsCOVID/CSO/CEJIL.pdf>.

La situación límite experimentada por los Estados producto de la COVID-19 tuvo algunas respuestas de los Estados en relación con la limitación de derechos fundamentales y la protección de derechos de grupos vulnerables¹³. La vulnerabilidad¹⁴ que experimentan los migrantes puede derivar de una diversa serie de factores que pueden entrecruzarse o coexistir simultáneamente, influyendo y agravándose mutuamente con el transcurso del tiempo según las circunstancias. Esta vulnerabilidad puede ser resultado de las situaciones que obligan a los migrantes al abandono de sus países de origen, o de aquellas circunstancias propias del trayecto migratorio e incluso de las relacionadas con su llegada en los países de destino; pero también otras asociadas a sus características personales, incluyendo la edad, cultura, identidad de género, raza, discapacidad o estado de salud¹⁵.

En este contexto, el deber de atención a la salud requiere de una respuesta prioritaria por parte de los Estados y demás miembros de la comunidad internacional respecto de las personas vulnerables o menos favorecidas¹⁶. Y ello ha sido un factor relevante en el contexto de la pandemia, observándose algunas respuestas estatales positivas.

Una de ellas fue la de reforzar el papel de las Organizaciones internacionales en la protección de los migrantes en relación con este derecho. Ello se observa en el caso de la OEA, organización que tuvo la posibilidad de reforzar las medidas colectivas y en concreto el sistema de protección de derechos humanos; elevando en sus argumentaciones el *test* democrático interamericano¹⁷ y reforzando el derecho a la salud contenido en el art. 12.2 (c) del PIDESC como un derecho humano colectivo¹⁸. De hecho, el acento creciente que se pone desde las Naciones Unidas en la promoción e impulso de las migraciones se observa en diferentes resoluciones adoptadas por el Consejo de Derechos humanos de la Naciones Unidas, en temáticas que les atañen. En marzo de 2021 se adoptó su resolución A/HRC/RES/46/14 para «Asegurar el acceso equitativo, asequible, oportuno y universal de todos los países a las vacunas para hacer frente a la pandemia de enfermedad por coronavirus

¹³ Véase, S. PERRAKIS, *La protection internationale au profit des personnes vulnérables en Droit International des Droits de l'Homme*, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Tome 420, 2021; M. SAEZ, *Pandemics and the Disproportionate Impact on Vulnerable Groups*, en *Am. Un. Int. Law Rev.*, 2021, p. 1097 ss.

¹⁴ La Comisión de Derecho Internacional, en el art. 15.2 de su proyecto de artículos sobre expulsión de extranjeros del año 2014, titulado “personas vulnerables”, establece que: «Los niños, las personas de edad, las personas con discapacidad, las mujeres embarazadas y otras personas vulnerables objeto de expulsión serán consideradas como tales, y tratadas y protegidas teniendo debidamente en cuenta su vulnerabilidad» Comisión de Derecho Internacional, A/69/10, 2014, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional 66º período de sesiones (5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2014)*, artículo 15, comentario 3, p. 46.

¹⁵ La salud es un estado más completo y complejo que la mera ausencia de enfermedad y desde una concepción amplia, puede entenderse como el buen estado físico y psíquico que permite ejercer con normalidad las diversas funciones del ser humano. Así se observa contenido en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que señala en el segundo párrafo del Preámbulo: «Un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades». Dicho texto fue adoptado por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 y entró en vigor el 7 de abril de 1948.

¹⁶ Observación general 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22º período de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 11 de agosto de 2000, E/C.12/2000/4, CESCR.

¹⁷ Sobre esto, véase, M. MORALES ANTONIAZZI, *El mandato transformador del sistema interamericano como respuesta a la pandemia a la luz del test democrático*, en *International Journal of Constitutional Law*, 2022. Disponible en <https://academic.oup.com/icon/article/19/4/1229/6523432>.

¹⁸ B. MASON MEIER, L. MORI, *The Highest attainable standard: Advancing a collective human right to public health*, en *Columbia Human Rights Law Review*, 2005, p. 37 ss.

(COVID-19)», reiterando que la pandemia requiere de una sólida y unificada respuesta global a fin de eliminar cualquier forma de discriminación entre los individuos en el acceso a atención médica; y, haciendo un llamado a los Estados a intensificar la cooperación, a fin de mitigar cualquier implicación interseccional y multidimensional de derechos humanos de la pandemia actual.

Esta necesidad de respuesta ya había sido señalada por el profesor Armin Von Bogdandy quien sostuvo: «la propagación global del SARS-CoV-2 ha puesto el Derecho Internacional relativo a la respuesta a pandemias y los ámbitos jurídicos afines en el centro de atención»¹⁹. Sin embargo, ya a nivel de la OMS²⁰ se venían emitiendo reglas internacionales sanitarias sobre respuestas conjuntas a pandemias. Las más recientes de 2005, cuando la Asamblea de la organización actualizó las mismas y, en base a ello, la soberanía estatal cedía ante los objetivos comunes de la Comunidad internacional.²¹ No obstante, estas propuestas no fueron seguidas en su totalidad, lo que se tradujo en resultados de los que hemos sido tristemente testigos y, aún más, los grupos vulnerables comprendidos por adultos mayores o migrantes²².

Por otro lado, la respuesta que desglosamos a continuación se caracteriza por cumplir con el enfoque “Triple Nexo” -que implica la interacción entre acción humanitaria, programas de desarrollo y medidas para promover la paz- a fin brindar mejor respuesta a las crisis prolongadas como la cuestión migratoria en el Darién. Para su ejercicio efectivo es necesario respetar los principios humanitarios de neutralidad, imparcialidad e independencia²³. En concreto, a nivel institucional, y en el ámbito del *soft law*, son reseñables: en primer lugar, la acción de la Conferencia Regional sobre Migración²⁴ con la Declaración extraordinaria del Darién, adoptada en la ciudad de Panamá el 25 de marzo de 2022²⁵; en

¹⁹ A. VON BOGDANDY, P. VILLARREAL, *International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in light of the Coronavirus crisis*, en *MPIL Research Paper Series*, n. 2020-07, 2020, p. 28.

²⁰ El primer intento de respuesta concertada a enfermedades infecciosas se produjo en 1851 por parte de varios países europeos para hacer frente al cólera. Véase, V. HUBER, *The Unification of the Globe by Disease? The International Sanitary Conferences on Cholera, 1851-1894*, en *The Historical Journal*, 2006, p. 454. Sobre esta institución y sum arco legal internacional véase, A. BREDIMAS, *The World Health Organization and The Fight*, cit., p. 177 ss. También véase, Y. BEIGBEDER, *The World Health Organization: Achievements and Failures*, London, New York, 2020; M. CUETO, T. BROWN, E. FEE, *The World Health Organization. A History*, Cambridge, 2019; A. BREDIMAS, *Du droit à la santé à la protection des droits du malade. L'interaction entre les Nations Unies et l'Organisation Mondiale de la Santé*, en *Ann. int. droits hom.* - IX, vol. 9, 2018, p. 457 ss.

²¹ Totalizando 66 artículos, 9 anexos y 2 apéndices, operativos desde 2007.

²² En relación a la vulnerabilidad de estos últimos, la Asamblea General de las Naciones Unidas se pronunció ya en el año 2000, UN GENERAL ASSEMBLY. Resolution A/RES/54/166 on 'Protection of Migrants'. 24th February 2000, p. 2. Disponible en: https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbd1486/files/2018-07/A_RES_54_166_en.pdf.

²³ Según el informe del Secretario General de la ONU, las personas en movilidad en esta pandemia soportan una crisis triple, la sanitaria, la socioeconómica y la de protección, [5] ONU (2020). *Documento de políticas del Secretario General sobre la COVID-19 y las personas en movimiento*. Disponible en: https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/sg_brief_c19_people_on_the_move_spanish.pdf.

²⁴ Sobre sus orígenes, estructura y funcionamiento, véase, <https://crmsv.org/es/acerca-de>.

²⁵ Sus puntos principales se resumen en primero, múltiples factores tanto endógenos como exógenos que han generado flujos migratorios mixtos de difícil cribado por parte de las administraciones nacionales responsables lo que incrementa el riesgo de sufrir abusos a los derechos humanos, lo que hace necesario incrementar los controles fronterizos respetando los derechos humanos de las personas en desplazamiento y la garantía de protección internacional, y se reafirman los principios basales de la Carta del organismo, especialmente, la responsabilidad compartida, el respeto del estado de derecho, los derechos humanos y la Cooperación internacional. Texto completo en inglés, en https://rcmsv.org/sites/default/files/darien_declaration-eng-24-03-22.pdf.

segundo lugar, las acciones de la Relatoría sobre los Derechos de las personas privadas de libertad en las Américas, con el mandato de elaborar recomendaciones a los Estados miembros de la OEA, además de llevar a cabo visitas *in loco*, sobre el terreno²⁶; y, en tercer lugar, y en un plano de *hard law*, destacamos el sistema tradicional de protección creado por el Pacto de San José con diversas Resoluciones, Declaraciones y decisiones judiciales de su institución dual²⁷.

2.1. Respuestas a nivel de la Comisión Interamericana²⁸

Desde 2008, la OEA se ha preocupado de los derechos humanos de las personas privadas de libertad²⁹. Por lo que interesa a nuestro análisis, destacamos: i) el Principio décimo (X) referido a cuestiones relacionadas con la salud de las personas privadas de libertad. Estas personas deben tener un acceso pleno a la salud con cuidados médicos, psiquiátricos, odontológicos, entre otros; así como el acceso a medicamentos y a la implementación de programas de educación y de promoción de la salud. En el caso de personas privadas de libertad que tuviesen problemas de salud graves o de alto riesgo, según este principio, estas debieran ser atendidas con medidas especiales que incluyan el resguardo de otros aspectos, como el principio de confidencialidad, de información médica, autonomía y consentimiento en la relación médico – paciente. Todo ello supone un avance respecto del acceso a atención médica primaria contenida en la Declaración de Alma Alta de 1978³⁰. Segundo, el principio (XVII) decimoséptimo sobre medidas para evitar el hacinamiento. Y, tercero, el principio (XII) duodécimo sobre alojamiento, condiciones de higiene y vestuario.

Por su parte, las previsiones de la *Resolución 01/20 Pandemia y Derechos Humanos en las Américas* cobran relevancia, por constituir una aproximación integral de la Comisión en contextos de pandemia, al recoger los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y formular un conjunto de recomendaciones a los Estados de la región para abordar el COVID -19 desde el enfoque de derechos humanos. La CIDH emite estas recomendaciones como órgano principal y autónomo de la Organización de Estados Americanos (OEA), con el mandato de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y en ejercicio del artículo 106 de la Carta de la OEA, el artículo 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 18.b de su Estatuto. La referida resolución señala que las medidas que resulten en restricciones de derechos o garantías deben ajustarse a los principios: pro-persona, de proporcionalidad y temporalidad. Estas medidas deben procurar el estricto cumplimiento de objetivos de salud pública y

²⁶ Sobre este trabajo, véase la información relativa a la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad y para la Prevención y Combate a la Tortura, disponible en: <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/r/DPPL/default.asp>.

²⁷ O. HANASHIRO, S. MACHADO PORTELLA, *O Sistema Interamericano de Protecção, aos Direitos Humanos*, Sao Paulo 2001.

²⁸ La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo mandato surge de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Comisión Interamericana tiene el mandato de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en la región y actúa como órgano consultivo de la OEA en la materia. La CIDH está integrada por siete miembros independientes que son elegidos por la Asamblea General de la OEA a título personal, y no representan sus países de origen o residencia.

²⁹ Nos referimos a la resolución n. 01 /2008 que contiene los principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en el continente. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/resolucion%201-08%20esp%20final.pdf>.

³⁰ Disponible en: http://www.paho.org/spanish/dd/pin/alma-ata_declaracion.htm.

protección integral. Asimismo, es reseñable la innovadora creación, por parte de la Comisión, de una Sala de Coordinación y Respuesta oportuna e integrada a la crisis en relación con la pandemia del COVID 19 para monitorizar el impacto en los derechos humanos y especialmente en los grupos en situación de vulnerabilidad en los 35 países del continente americano³¹.

Por último y respecto de la migración irregular proveniente de Venezuela, cabe reseñar la Resolución n. 2/18 adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se hace énfasis en la grave crisis política, económica y social experimentada en Venezuela durante los últimos años, así como las múltiples y masivas violaciones a derechos humanos en detrimento de la mayor parte de su población, teniendo impactos particulares en derechos tales como la vida, la integridad personal, la libertad personal, la salud, entre otros; lo que ha conllevado al crecimiento exponencial de cientos de miles de personas venezolanas que se han visto forzadas a migrar hacia a otros países de la región. Ante este escenario, en la referida resolución la Comisión pedía a los Estados de la OEA que no «criminalizaran la migración venezolana, evitando la adopción de medidas como ... sanciones por entrada o estancia irregular, ... detenciones administrativas ...»³².

2.2. Respuestas a nivel jurisdiccional: la acción de la Corte IDH

En este ámbito se observan varias respuestas entre las que destacamos las siguientes.

Primero, la adopción de la Declaración 1/20 de 9 de abril de 2020 “Covid-19 y Derechos Humanos: Los problemas y retos deben ser resueltos desde una perspectiva de derechos humanos y con respeto de las obligaciones internacionales”³³. De su contenido destacamos lo siguiente: «(...) dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados, sin discriminación, a todas las personas sujetas a la jurisdicción del Estado y, especialmente, a aquellos grupos que se ven desproporcionadamente afectados por encontrarse en una situación de mayor vulnerabilidad [...]. También es pertinente alertar a los órganos u organismos competentes para combatir la xenofobia, el racismo y cualquier otra forma de discriminación, para que tengan especial cuidado en asegurar que, durante la pandemia, nadie aliente brotes de esta naturaleza con fake news o incitaciones a la violencia». Esta declaración reviste de relevancia al instar a que la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados están realizando para abordar y contener la situación de pandemia por COVID que concierne a la vida y salud pública, en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos.

Segundo, la adopción de la Resolución 4/20: “Derechos Humanos de las personas con Covid-19” y la Resolución 1/21 “Las vacunas contra el COVID-19 en el marco de las obligaciones interamericanas de derechos humanos”. La Comisión ha advertido -desde el inicio de la emergencia sanitaria global- que los esfuerzos en el ámbito interamericano para detener la propagación del virus se han visto afectados por el contexto propio del continente

³¹ Mecanismo que se acompaña con un sitio multimedia con estándares, recomendaciones y monitoreo en derechos humanos sobre la pandemia Covid 19. Disponible en: https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/sacroi_covid19/default.asp.

³² Disponible en: <https://www.migrationportal.org/es/resource/resolucion-resolucion-2-18-migracion-forzada-de-personas-venezolanas/>.

³³ Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_27_2020_eng.pdf. La Comisión puede actuar como órgano del Sistema del Pacto de San José, pero también como órgano de la OEA.

anterior a la pandemia, que incluye la discriminación, la pobreza, la desigualdad, la debilidad estructural de los sistemas públicos de salud y, muchas veces, la falta de estabilidad política e institucional. Por ello, ambas resoluciones responden a la necesidad de garantizar una rápida inmunización y recuerda el deber de los Estados de proteger la salud pública en aras del acceso equitativo a las vacunas, concebidas como un bien público universal y regional, todo ello propio de un modelo solidario. De este modo, el cumplimiento por parte de los Estados respecto de sus obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos de las personas con COVID-19, debe incluir un enfoque interseccional y multidisciplinario que reconozca y afirme la dignidad humana junto a la eliminación de todas las formas de discriminación en el acceso a los servicios de atención a la salud.

Tercero, la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la cuestión de temas sanitarios. Por ejemplo, en el *Asunto Albán-Cornejo y otros v. Ecuador*,³⁴ la Corte afirmó: «los Estados son responsables de regular y supervisar la prestación de servicios de salud, a fin de que los derechos a la vida y a un tratamiento humano sean efectivamente protegidos. Todo ello requiere establecer un ordenamiento jurídico que respete y garantice efectivamente el ejercicio de tales derechos y a supervisar permanente y eficazmente la prestación de los servicios de los que dependen la vida y la integridad personal». La Corte finaliza reiterando la obligación de los Estados de garantizar un nivel mínimo del derecho a la salud y de supervisar su aplicación tanto por entidades públicas como privadas a la luz del derecho a la vida y a un trato humano (artículos 4 y 5 de la CADH).

Cuarta, la reedición de su “Cuadernillo de jurisprudencia n. 26: Restricción y Suspensión de derechos”. En materia de restricción de derechos, la Corte IDH ha desarrollado estándares normativos respecto de los requisitos que legitiman las medidas de restricción de derechos. Y este cuadernillo recoge la jurisprudencia de la Corte IDH sobre derechos que no admiten suspensión, aquellos que sí la admiten y se pone especial atención en las garantías judiciales mínimas en situaciones de excepción constitucional y la vigencia del derecho de hábeas corpus. Su reedición reviste de interés, pues enfatiza que ningún derecho puede ser suspendido sin cumplir con las condiciones estrictas del artículo 27.1 del Pacto de San José.

2.2.1. Los efectos de la sentencia *Vélez Loor para el amparo de los migrantes detenidos durante la pandemia del COVID*

La pandemia ha puesto en evidencia la necesidad de seguir avanzando en el contorno exterior de los derechos humanos. Para algunos autores, como los investigadores brasileños Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, esto requiere de una aproximación holística³⁵. En este contexto, tomamos como referente -por su ejemplaridad y su extensión en el tiempo- el *asunto Vélez Loor c. Panamá*. Como veremos, el cumplimiento de las medidas que Panamá debía adoptar para cumplir con la decisión de la Corte IDH está sujeto a un proceso de verificación a través de sus equipos que, en caso de emitir una decisión favorable, llevaría a dar por finalizada las medidas cautelares y dar por cumplida en su totalidad la sentencia.

Los antecedentes del caso son como siguen: el reclamante Jesús Tranquilino Vélez Loor, ciudadano ecuatoriano, fue detenido el 11 de noviembre de 2002 en la estación de

³⁴ IACtHR, Series C, n. 171, sentencia 22 de noviembre de 2007, consid. 117-122.

³⁵ F. PIOVESAN, *Interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos: Una nueva mirada frente al Covid 19*, en *Anuario de Derechos Humanos*, 2020 p. 35 ss. Disponible en: <https://anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/60300/63775>.

policía de Tupiza, en Darién, Panamá, por no disponer de los documentos necesarios para permanecer en el país. La orden fue emitida por el Dirección Nacional de Migración y Naturalización del Ministerio de Gobierno y Justicia de Panamá. Esto motivó el traslado de Vélez Loor a la cárcel pública de La Palma. Unas semanas más tarde, fue condenado a dos años de prisión por entrar ilegalmente en el país en varias ocasiones. Sin embargo, no recibió ninguna notificación de la decisión y posteriormente fue trasladado a otra prisión llamada "La Joyita". Tras diez meses detenido, Vélez Loor recibió un billete de avión para salir del país. Sin embargo, el director nacional de Migración decidió revocar la sentencia; y, en consecuencia, Vélez Loor fue deportado sin mayor dilación a su país Ecuador. Durante su encarcelamiento, el Sr. Vélez Loor fue mantenido en condiciones inadecuadas. A pesar de haber cometido una infracción migratoria, fue detenido con personas condenadas por delitos comunes. Además, el Sr. Vélez Loor fue víctima de torturas y malos tratos por parte de agentes del Estado.³⁶

Entre los elementos destacables de la sentencia de 2010 encontramos:

Primero, la Corte IDH sostiene que los Estados tienen facultad de fijar sus políticas migratorias, pero «en los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes»³⁷. Así, esta Corte dicta sentencia en el primer caso contencioso sobre los derechos de las personas migrantes del continente y desarrolló estándares para garantizar sus derechos en contextos de control migratorio en el continente americano. En palabras de Blovin y Salmon, «la sentencia sitúa a los migrantes en una línea jurisprudencial e interpretativa del mayor orden que aboga por una suerte de protección reforzada lo que constituye uno de los signos de identidad de la Jurisprudencia interamericana»³⁸.

Segundo, la Corte IDH impuso límites precisos a la facultad de los Estados de restringir y privar de la libertad a una persona como consecuencia de la infracción de normas migratorias. En concreto, la aludida Corte desarrolló el estándar relativo al principio de excepcionalidad de la detención administrativa migratoria, la cual debe responder a un fin procesal, debe estar motivada jurídicamente, ser necesaria y tener una duración limitada. Para la referida Corte las medidas de custodia son equivalentes a medidas punitivas como expresión directa del monopolio de la violencia por el Estado³⁹.

Tercera, esta sentencia de la Corte sirvió para cambiar diversas políticas migratorias de Panamá adoptadas con relación a las personas migrantes en situación irregular. También permitió la supervisión de los puntos relativos a la investigación de los hechos, la situación

³⁶ Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_por.pdf. Durante su detención en una prisión, no tuvo acceso a defensor ni a comunicación con el Consulado de su país, durante su reclusión en dos cárceles, La Palma y La Joyita, sufrió torturas y malos tratos en condiciones inhumanas y nunca se investigaron los hechos a pesar de las denuncias presentadas ante el Defensor del Pueblo de este país y ante la Embajada de Panamá en Ecuador, país de nacionalidad del Sr. Jesús Tranquilino Vélez Loor. En el fallo de la sentencia, se condenó a Panamá a pagar una indemnización de 59 mil dólares por actos de tortura y la derogación del decreto ley que condenaba a los migrantes y por el que fue detenido.

³⁷ CteIDH, *Vélez Loor v. Panamá*, Series C, No. 218, sentencia de 23 de noviembre de 2010, para. 97.

³⁸ C. BLOVIN, E. SALMÓN, *The Standards of the Inter-American System of Human Rights regarding Migration and its impact on the States of the Region*, en *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*, 2020.

³⁹ No obstante, en el marco europeo la situación difiere, así el TJCE ha reconocido que las medidas de detención administrativa no tienen una naturaleza penal, por su parte el TEDH no se ha pronunciado sobre la naturaleza penal de la privación administrativa de la libertad de extranjeros, desechando su propia doctrina sobre el concepto de "materia penal" originada en el Asunto Engel y otros. A nivel legislativo, la UE en su directiva retorno de 2008 estableció límites a la detención arbitraria, *sólo para situaciones excepcionales cuando medidas menos invasivas no pueden ser aplicadas*.

de los albergues para personas migrantes y los programas de formación sobre investigación de tortura y derechos de las personas migrantes. En concreto, uno de estos resultados positivos fue la destrucción del puesto policial en el Darién, en el cual el reclamante había estado detenido y había sido torturado.

Cuarto, se cambió la percepción del migrante como una categoría residual en la protección de los derechos humanos. Ello se observa con los siguientes planteamientos de la sentencia en cuestión: i) la descriminalización de la migración irregular y por ende la promoción de la reducción de la detención migratoria por ser contraria al Pacto de San José de Costa Rica y a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; ii) la razonabilidad, objetividad y proporcionalidad que debe guiar a los Estados para otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, así como el deber de no lesionar sus derechos humanos⁴⁰.

Quinto y último, el camino abierto por el “caso Vélez Loor” junto a decisiones previas del Comité de Derechos Humanos⁴¹ ha permitido a la Corte IDH fallar en contra de dos instrumentos normativos del ordenamiento jurídico mexicano -como son el arraigo y la prisión preventiva- por vulnerarse los derechos de libertad personal, la presunción de inocencia de las personas arraigadas, la integridad personal y la vida privada por hechos ocurridos en una carretera entre las ciudades de Veracruz y Ciudad de México en enero de 2006⁴².

En resumen, como han señalado Blouin y Salmón, con esta sentencia emitida por la Corte IDH se situó a los migrantes en una línea jurisprudencial e interpretativa del mayor orden que aboga por una suerte de protección reforzada y que representa uno de los signos de identidad de la jurisprudencia interamericana⁴³.

2.2.2. Decisión de la Corte Interamericana sobre la situación en los establecimientos de detención

En uno de los párrafos de la sentencia (consd. 15) en el “caso Vélez Loor” se incluye la obligación de tomar medidas, como garantía de no repetición, la adecuación de los establecimientos destinados a la detención de personas por cuestiones migratorias (cuando la detención sea necesaria y proporcionada). Ello resulta relevante pues, según se desprende de esta sentencia, el tiempo de detención en los campamentos de recepción de inmigrantes irregulares superaba ampliamente los seis meses durante la pandemia. Al respecto, el gobierno de Panamá argumentaba que ello se justificaba con el fin de detener la expansión del Covid; no obstante que, con estas medidas, se habían transformado las detenciones -ya de por sí arbitrarias y automáticas de migrantes irregulares- en detenciones indefinidas que eran innecesarias y desproporcionadas.

⁴⁰ CteIDH, *Vélez Loor v. Panamá*, Series C No. 218, sentencia de 23 de noviembre de 2010, para. 248.

⁴¹ Ya en 2010, en el marco del Quinto Informe Periódico Universal, se instó a México, inter alia, a: “(...) adoptar todas las medidas necesarias para eliminar la detención por “arraigo” de la legislación y la práctica, tanto a nivel federal como estatal. Disponible en:” <http://www.hchr.org.mx/Documentos/Invitaciones/2010/05/I070510.pdf>.

⁴² Corte IDH, *Asunto Tzompaxtle Tecpile y otros c. México*, Sentencia de 7 de noviembre de 2022. La Corte desestimó los razonamientos de los peritos argumentando a favor de la historia normativa de la figura de las dos figuras, así como de sus procesos nacionales de revisión de esta en razón de su impacto desproporcionado sobre los derechos de las víctimas. Sobre estas figuras, véase, J. GUTIÉRREZ, S. CANTÙ, *El arraigo y la securitización de la justicia penal*, en *Revista de Derechos Humanos Defensor*, 2012, p. 21 ss.

⁴³ C. BLOUIN, E. SALMÓN, *The Standards of the Inter-American System of Human Rights regarding*, cit.

Esta situación llevó al Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) a solicitar medidas provisionales, sobre la base del artículo 63.2 del Pacto de San José y el precedente sentado en el asunto *Herrera Ulloa vs Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001*⁴⁴. Por su parte, el artículo 27.3 del referido Reglamento del Tribunal establece que «[e]n los casos contenciosos que se encuentren en conocimiento de la Corte, las víctimas o las presuntas víctimas, o sus representantes, podrán presentar directamente a ésta una solicitud de medidas provisionales, las que deberán tener relación con el objeto del caso». Así, en esta solicitud dirigida a la Corte IDH se requería que Panamá adoptara medidas de protección «a favor de las personas migrantes retenidas en [...] el centro La Peñita en la región del Darién a fin de evitar que se produzcan daños irreparables a sus derechos a la vida, salud e integridad personal» en el contexto de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19.

El 26 de mayo de 2020 la Corte IDH respondió a la petición de medidas provisionales, destacando la importancia de mantener los derechos humanos -inclusive en situaciones tan complicadas como las que vivía Panamá- especialmente respecto del respeto al principio de *non-refoulement* y el derecho a la salud⁴⁵. La decisión favorable a los reclamantes fue tomada por la Presidencia de la Corte, por su presidenta, la sra. Elizabeth Odio Benito, al ser un período fuera de sesiones con base en el art. 27.6 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2009. Este artículo señala que, si la Corte no se encontrare reunida, la Presidencia puede requerir al Estado respectivo que dicte las providencias urgentes necesarias para proteger los derechos humanos, asegurando la eficacia de las medidas provisionales que después podría tomar la Corte en su próximo período de sesiones⁴⁶.

Esta “vía abierta” que concede el referido reglamento al Presidente de la Corte cuando se cumplen los requisitos apuntados, supone una “técnica de economía procesal”, algo trascendental cuando se presentan riesgos serios e inminentes en el disfrute de los derechos humanos. Más aún, como sostiene Carrillo Santarelli, N.; «tienen un mayor peso, *entendemos*

⁴⁴Texto Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf. Bajo el argumento de que tienen que presentarse los requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas, por todo lo cual, las medidas provisionales de protección, al buscar evitar daños irreparables a las personas, se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo.

⁴⁵ En un informe de 2020 se describían las condiciones de vida en el principal campamento de recepción de inmigrantes conocido como La Peñita, de insufribles, un espacio preparado para acoger a 200 personas se encontraba ocupado por más de 1700 lo que resultaba en un riesgo agravada para la transmisión del Covid, malaria y otras enfermedades en razón del hacinamiento superior a un 200%. Además, no existía suficiente atención médica y ni aun los casos más graves se llevaban a centros hospitalarios. La única medida que se adoptó fue la de crear un nuevo recinto, Lajas Blancas, con el objetivo de aislar a aquellas personas que tenían o se sospechaba que tenían el Covid, sin embargo, respecto del primer establecimiento no se adoptaron medidas de distanciamiento para prevenir la transmisión del virus.

⁴⁶ En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando, se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión. Bajo el argumento de que tienen que presentarse los requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas, por todo lo cual, las medidas provisionales de protección, al buscar evitar daños irreparables a las personas, se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf. Sobre la efectividad de este instrumento, véase, entre otros. D. SHELTON, TH. BUERGENTHAL, *Protecting Human Rights in the Americas*, 1995, p. 1 ss.

que moral que las medidas provisionales que emite la Comisión, ‘con sus luces,’ el asunto George Floyd, o campos de internamiento de Guantánamo y ‘sombras,’ el asunto Russell Bucklew c. Estados Unidos» (cursiva del autor)⁴⁷.

En concreto la orden “muy amplia” de medidas cautelares recogía la adopción de todas las medidas adecuadas para proteger efectivamente los derechos a la salud, integridad personal y vida de las personas que se encuentran en las Estaciones de Recepción Migratoria La Peñita y Laja Blanca en la Provincia de Darién. También buscaba el aseguramiento, de forma inmediata y efectivo, del acceso a servicios de salud esenciales sin discriminación a todas las personas que se encuentran en las Estaciones de Recepción Migratoria La Peñita y Laja Blanca, incluyendo detección temprana y tratamiento del Covid-19⁴⁸.

La relevancia de estas decisiones se explica por el hecho de ser las primeras decisiones judiciales con efecto vinculante a nivel interestatal, respondiendo a la pandemia y estableciendo pautas para que los Estados las tengan en consideración. Además, la acción de la Corte IDH -como señala Arandia Arzabe- «tiene una especial importancia desde el punto de vista procesal al ser la primera ocasión en la que la Corte Interamericana analizó el otorgamiento de medidas provisionales con base en la garantía de no repetición y para proteger los derechos humanos de personas más allá de las víctimas (a) del caso»⁴⁹. En otro orden de cosas, mediante esta decisión se remedia -en parte- la ineficacia de las reglas de la OMS, centradas más en contener la transmisión de enfermedades entre países que en la transmisión de patógenos de animales a humanos que hoy en día representa el mayor riesgo pandémico⁵⁰.

2.2.3. Sobre la legitimidad de la Corte IDH para adoptar medidas provisionales respecto de los asuntos de su conocimiento

Como ya señaláramos, el Reglamento de Procedimiento⁵¹ de la Corte IDH permite que el órgano judicial actúe -a petición de parte o *motu proprio*- para adoptar medidas provisionales respecto de los asuntos que está tratando. Si estas no han sido presentadas ante

⁴⁷ Resumen de las comunicaciones de las partes interesadas sobre Colombia. Consejo de Derechos Humanos. Grupo de trabajo sobre el Examen Periódico Universal 30 período de sesiones 7- 8 mayo 2018 p. 11. Disponible en: <https://documents-dds.ny.un.org/doc/ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/061/12/PDF/G1806112.pdf?OpenElement>.

⁴⁸ Decisión que coincidió en el tiempo con la aprobación y posterior cancelación de medidas provisionales de un asunto con origen a principios del siglo XXI, en concreto, el Asunto *Durand y Ugarte c. Perú*. (Resolución 1 de junio de 2020). No obstante, el cumplimiento de las medidas provisionales emitidas por los organismos internacionales por parte de los Estados no es algo que sea aceptado de forma pacífica, como muestra la reciente declaración del Gobierno de Polonia informando a la Secretaría del TEDH de su negativa a observarlas en los siguientes casos: - Asuntos *Leszczyńska-Furtak c. Polonia* Núm. Sol. 39471/22; - *Gregajys c. Polonia* Núm. Sol. 39477/22, y - *Piekarska – Drazek c. Polonia* Núm. Sol. 44068/22. En el caso de Polonia esta ha sido la primera ocasión en la que ha rechazado respetar las medidas de la Regla 39.

⁴⁹ O. ARANDIA, *Primeras decisiones jurisdiccionales a nivel internacional respecto a la pandemia de Covid 19 y derechos humanos*, en *Revista de Derecho*, 2022, p. 167 ss.

⁵⁰ Los motivos son variados pero el principal fue el interés de los países europeos en crear una línea de defensa entre Europa y Asia, entre el mundo civilizado y el resto, lo que Koskeniemi señalara como el prejuicio estructural de las Instituciones internacionales. Ibidem, en N. SCICLUNA, *The Politics of International Law*, Oxford, 2021, p. 6.

⁵¹ Revisado y aprobado por la Corte en su período regular de sesiones LXXXV del 16 al 28 de noviembre de 2009. Texto en inglés, disponible en: <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic20.rules%20of%20procedure%20of%20the%20court.htm>.

la Corte, solo se puede activar por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵². Como regla general, la Corte IDH ha deliberado en plenario sobre estas medidas, si bien el art. 27.6 de las reglas de procedimiento permite a la Presidencia cuando la Corte no está reunida, «en consulta con la Comisión Permanente y, de ser posible, con los demás Jueces, requerirá del Estado respectivo que dicte las providencias urgentes necesarias, a fin de asegurar la eficacia de las medidas provisionales que después pueda tomar la Corte en su próximo período de sesiones».

En el *Caso Vélez Llor*, la Presidencia admitió el razonamiento de los peticionarios vinculado los párrafos dispositivos de la sentencia a las amenazas actuales que enfrentaban los migrantes. Recordemos que estas medidas solo pueden ser adoptadas bajo los siguientes supuestos: extrema gravedad, urgencia y daño irreparable. El hacinamiento y la falta de condiciones para garantizar la distancia social y la ventilación constituyeron para la Corte IDH una situación de extrema gravedad en el contexto de la proliferación del COVID-19: «(...) la falta de condiciones para que se garanticen medidas rigurosas de distanciamiento y de higiene para prevenir y mitigar la propagación del COVID-19, así como la falta de información relativa a los insumos con los que cuenta el personal de salud asignado a La Peñita y a Lajas Blancas para garantizar un tratamiento médico adecuado ante complicaciones derivadas de la enfermedad, hacen que sea necesaria la adopción de medidas de forma inmediata para revertir esas situaciones lo más pronto posible»⁵³. Además, las condiciones de urgencia fueron precisadas por la corte en relación con la cantidad de casos de contagio por COVID-19 y la falta de condiciones para asegurar el aislamiento y el aumento de nuevos contagios. Y, respecto de la irreparabilidad del daño, la Corte hizo referencia a las consecuencias irreparables en atención al Derecho a la salud e integridad personal y a la vida, de las personas migrantes retenidas en esos centros de internamiento.

La reacción de la Presidencia, si bien beneficiosa desde el punto de vista de la protección de los derechos humanos, levanta algunas interrogantes desde el punto de vista procesal⁵⁴. Nos referimos, por ejemplo, a la posibilidad de revocar y modificar estas medidas provisionales, que -más allá de su excepcionalidad- se pueden levantar parcialmente e incluso ampliar, a diferencia de las sentencias que puede dictar la Corte.

Asimismo, la legitimidad de la monocracia -por la falta de representatividad en el proceso de toma de decisiones- así como la cuestión de qué ocurriría si la Corte posteriormente desapruueba una decisión tomada por la Presidencia, es algo que no es simplemente teórico. Así lo muestra la frecuencia con la que se adoptan votos particulares en las jurisdicciones internacionales y la propia jurisdicción de la Corte IDH, por lo que respecta a la adopción de medidas provisionales para asuntos que ya han sido objeto de respuesta por la Corte, pudiendo presentarse un solapamiento entre monitorización del cumplimiento de la sentencia y la aprobación de medidas cautelares. Así, resulta complejo aceptar la orden de medidas cautelares para asuntos que ya han sido objeto de sentencia. Un caso extremo lo observamos en la resolución de 12 de marzo de 2019 en la que se aprobó la monitorización de 14 decisiones de medidas cautelares contra el Estado e Guatemala.

⁵² Art. 27. 4. La solicitud puede ser presentada a la Presidencia, a cualquiera de los Jueces o a la Secretaría, por cualquier medio de comunicación. En todo caso, quien reciba la solicitud la pondrá de inmediato en conocimiento de la Presidencia.

⁵³ CteIDH, *Vélez Llor v. Panamá*, sentencia de 31 de julio de 2020, para. 30.

⁵⁴ Resolución de la Presidencia de la Corte Interamericana, medidas urgentes. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/velez_se_01.pdf.

En este sentido, cabe destacar la voz disidente del fallecido juez chileno Eduardo Vio Grossi en sus opiniones separadas, en las que sostiene que una vez que la Corte IDH ha alcanzado una decisión definitiva e inapelable en un asunto contencioso, deja de tener jurisdicción para adoptar medidas provisionales. Tras una decisión sobre el fondo, atendiendo a sus normas de funcionamiento, este tribunal solo puede fallar sobre remedios y costas, interpretación de la decisión, rectificación de errores, monitorización del cumplimiento y denuncia de la falta de este ante la OEA. Una opinión más matizada sobre este asunto la encontramos en el juez colombiano Sierra Porto, H., quien ha sostenido que la Corte IDH puede conceder medidas provisionales durante la monitorización del cumplimiento de una decisión, si bien el umbral de análisis debe ser más riguroso que la necesaria para un asunto que aún no ha sido decidido. Ello con el objeto de no desnaturalizar la jurisdicción de esa corte.

2.3. Respuesta a nivel nacional: el Papel de Panamá

En las respuestas emitidas en este ámbito nacional, haremos especial mención de las adoptadas por el Estado panameño

Primero, hemos de referirnos a las medidas de autotutela del Estado que de alguna manera lesionan los derechos humanos de los migrantes. Entre las medidas adoptadas por Panamá, se acordó el cierre temporal de su frontera con Colombia debido a la preocupación por el COVID-19 frente a la afluencia de 15.000 migrantes que cruzaron la frontera en mayo de 2021. En segundo lugar, en agosto de 2021, Colombia y Panamá flexibilizaron medianamente sus medidas al anunciar que permitirían el paso diario de 650 migrantes de Colombia a Panamá. Las autoridades de Panamá indicaron que estos límites en el número de migrantes obedecían al temor respecto de su seguridad, debido a la peligrosidad del terreno y a los ataques reiterados de bandas criminales. Asimismo, tales limitaciones se adoptaron para garantizar que hubiera suficientes recursos para alojar a los migrantes una vez que llegaran a suelo panameño. El problema de este tipo de medidas radica en la alta probabilidad de que la publicación de la limitación llevase a los migrantes a probar otros terrenos que son aún más peligrosos.

Segundo, nos referimos a las medidas que cumplen con el mandato de la Corte IDH. Ante la decisión de la Corte IDH, primero, Panamá de manera inmediata se mostró reacia a toda reforma legislativa, señalando que las órdenes de la referida corte no podían extenderse a la legislación nacional que había sido revisada en 2008: «no es posible atender la petición... de modificar las leyes migratorias puesto que la solicitud que se hizo a la Comisión Interamericana no incluye ningún argumento sobre el Decreto Ley 3 de 22 de febrero de 2008». Según sostuvo el Estado Panameño, la decisión de la Corte era *ultra vires* e imprecisa, pues el deber -impuesto por la Corte IDH- de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar los derechos reconocidos en el Pacto de San José no era admisible para el país. A pesar de ello, en una medida posterior, de manera sutil, el Decreto Legislativo conllevó importantes cambios al sistema: así se disponía el encarcelamiento de los emigrantes irregulares como castigo por una reentrada no autorizada tras una orden de deportación, y se crearon dos nuevas figuras, el Servicio Nacional de Migración y el Consejo Consultivo sobre Migraciones.

Con el paso del tiempo, el Gobierno panameño tomó varias medidas con el ánimo de mejorar las condiciones de vida de los migrantes. Entre ellas, por ejemplo, la construcción de un nuevo centro de detención que reemplazaría el anterior de “La Peña”. Además, se

habilitó un tránsito rápido desde El Darién hacia la frontera de Costa Rica de un centenar de personas por día. También se implementó un nuevo Protocolo de Recepción de Migrantes irregulares que limitó la detención a un máximo de 10 días y se firmó un Acuerdo con Colombia de intercambio de información de tránsitos no autorizado de fronteras. Asimismo, a nivel regional, la administración panameña ha propuesto y lidera iniciativas para abordar, desde una óptica multilateral, la complejidad de la migración irregular en el continente; con el fin de brindar respuesta homogénea a la situación cambiante y apremiante en las fronteras compartidas y plantear soluciones definitivas que permitan el intercambio de información que coadyuven a lograr flujos migratorios seguros y controlados, conforme los mandatos de la Corte IDH. No obstante, otras medidas -como las de mejora de acceso a servicios de interprete, apoyo cultural y legal, o mecanismos para separar migrantes de solicitantes de refugio según el Convenio de 1951⁵⁵- no se habrían implementado, lo que supone un grave déficit de protección a los migrantes teniendo en cuenta el incremento de personas provenientes de Asia y África por esta vía. También se echa en menos la adopción de un protocolo de buenas prácticas de funcionarios.

3. La verificación por la Corte IDH respecto de la ejecución de sus medidas

Primero, si bien los Estados son libres de elegir los medios por los cuales implementan las medidas individuales o generales de la Corte IDH, esta tiene competencia para verificar el cumplimiento de estas. Ello se ejerce, inclusive de forma diaria, para que los Estados cumplan con las reparaciones ordenadas en sus sentencias a través de diversas formas (proceso escrito, audiencias, visitas y notas de la Secretaría de la Corte). La referida Corte considera que el cumplimiento efectivo de sus decisiones es parte integrante del derecho fundamental de acceso a la justicia⁵⁶.

Segundo, mediante la supervisión del cumplimiento de la sentencia, la Corte IDH asume un papel relevante como órgano jurisdiccional legislativo/reglamentario. Esto no está exento de interrogantes sobre su legitimidad, puesto a que las decisiones declaradas por el mismo tendrán primacía y efecto directo que desplaza la normativa nacional contradictoria. Ello posibilita nuevos derechos y procedimientos para su exigencia en los ordenamientos nacionales. De cualquier forma, su utilización puede aumentar el promedio de cumplimiento por parte de los Estados, lo que ha sido uno de los principales obstáculos en la consolidación de la jurisprudencia interamericana⁵⁷ o la posibilidad de retroceso o involución. Por su parte, ya el Comité de Naciones Unidas sobre protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familiares y el Relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes

⁵⁵ P. PLEWA, *What Have Been Migration Trends Through the Darién Gap and What Do They Mean for Regional Cooperation on Migration?*, en *Duke Univ. Ctr. Int'l & Glob. Stud. Newsletter*, 2021. Disponible en: <https://igs.duke.edu/news/migration-trends-through-panamas-darien-gap-and-what-they-mean-regional-cooperation>.

⁵⁶ Como antecedente de este mecanismo, mencionamos la Resolución de 26 de febrero de 2016 sobre el caso *Artavia Murillo y otros "fecundación in vitro" vs Costa Rica*.

⁵⁷ Por ejemplo, con datos de 2010, los países de la OEA solo habían cumplido con las decisiones de la Corte de investigar y castigar en un 10 por ciento de asuntos. Por cuanto, al cumplimiento de las órdenes de revisión legislativa sólo era de un 14 por ciento. Véase, A. HUNEUS, *Rejecting the Inter-American Court: Judicialization, National Courts & Regional Human Rights*, en *Cultures of Legality: Judicialization & Political Activism in Latin America*, 2010, p. 113 s.

han señalado que es necesario que los Estados faciliten y promuevan la monitorización de los derechos humanos y la recogida de datos por parte de organizaciones internacionales y otros actores⁵⁸.

4. *Levantamiento de las medidas cautelares*

El 25 de mayo de 2022, tras una visita *in situ* a la provincia de Darién y una audiencia privada en Panamá, realizadas los días 17 y 18 de marzo de 2022, la Corte IDH resolvió levantar las Medidas Provisionales ordenadas en los puntos resolutivos segundo y tercero de la resolución de 29 de julio de 2020, y en los puntos resolutivos primero, segundo y cuarto de la resolución de 24 de junio de 2021. Según consideraciones del Tribunal este levantamiento obedeció a que para ese momento no se presentaba «una situación de extrema gravedad como la que existía al adoptarse estas medidas, relacionada con la atención de la pandemia de COVID-19». Por ello, resolvió «[l]evantar las Medidas Provisionales ordenadas» y [d]eclarar que el Tribunal continuará supervisando el cumplimiento de la reparación ordenada [...], sin perjuicio del levantamiento de las Medidas Provisionales».

En la resolución la Corte IDH ha destacado la importancia en la colaboración de los Estados respecto de la implementación de las medidas acordadas por este tribunal. En el caso de Panamá, la aludida Corte señaló que resultó de vital importancia que el Gobierno Nacional colaborase para que se efectuara la visita en terreno a Darién y en la audiencia desarrollada en la ciudad de Panamá los días 17 y 18 de marzo de 2022, relacionadas con la implementación de las medidas provisionales en su territorio: «La Corte destaca la necesidad de que, en casos como el presente, los Estados asuman este tipo de actitud, dirigida a que las diligencias se efectúen de forma directa en su territorio, con la mayor participación posible de funcionarios responsables de adoptar acciones para asegurar la implementación de las medidas ordenadas». Además, planteó que la implementación de medidas por Panamá implicó una coordinación interinstitucional e intergubernamental lideradas, así como la apertura a recibir la cooperación de organizaciones de la sociedad civil y de organizaciones internacionales, destacándose el trabajo realizado en coordinación con el Grupo de Movilidad Humana del Sistema de Naciones Unidas en Panamá. Evidentemente, esta coordinación interinstitucional e intergubernamental da cuenta de la necesidad de promover en el ámbito internacional este tipo de actuaciones, a fin de propender al fortalecimiento de la capacidad de respuesta respecto del fenómeno migratorio, especialmente en el contexto de la pandemia de COVID-19 frente a las necesidades que plantean estos grupos vulnerables.

5. *Conclusiones*

Utilizando la descripción de Farer sobre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, podemos afirmar que la respuesta dada al trato a los migrantes a raíz de la Covid -19, demuestra que las Instituciones han alcanzado una dimensión más cercana

⁵⁸ Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/CMWSMJointGuidanceNoteCOVID-19Migrants.pdf>.

a la de un buey, abriendo surcos que a la onírica figura de un unicornio, con base en los siguientes argumentos: primero, la reacción a la detención administrativa, a la gestión de los flujos migratorios, y al derecho a la salud de los migrantes que ha dado la Corte IDH supone una lección no solo para el sistema dual de protección de los derechos humanos en Europa, sino para todas las regiones en las que la cuestión migratoria presenta retos similares⁵⁹.

En este orden de cosas, la privación administrativa de libertad está estructurada y entendida como un “complemento necesario” de la soberanía del Estado y los Estados miembros de la OEA han seguido esta tendencia general, aplicando en gran medida medidas privativas de libertad a través de procedimientos no penales contra extranjeros irregulares o solicitantes de protección internacional. No resulta tarea fácil distinguir entre una detención penal y una de carácter administrativo, aunque se consideren sanciones aplicadas a través de diversos medios, ya que el grado de privación de libertad es “de facto” el mismo y el carácter punitivo de esta última medida resulta claro. En consecuencia, la Corte IDH se ha mostrado dispuesta a aceptar que puede tener igualmente un matiz punitivo *in rerum natura*, por lo que es reduccionista en su admisión, mientras que los tribunales europeos aún guardan silencio sobre este punto. Además, se puede afirmar que los órganos interamericanos se han centrado más en la protección del derecho de las personas a la libertad, consagrado tanto en la Declaración Americana de los derechos del hombre, inclusive anterior a la propia Declaración Universal, como en el Pacto de San José, que en la preservación de las competencias nacionales, lo que puede considerarse un enfoque sin precedentes en esta materia en todo el mundo y ejemplar en todo caso.

Segundo, la respuesta dispar que la Comunidad internacional ha dado a la pandemia - desde la más orientada a los derechos humanos sin restricciones aparentes en el subcontinente americano, a la más radical sobre los derechos individuales en el continente asiático- muestra lo necesario de ahondar en el planteamiento que apareció a principios del siglo XXI conocido como *one health*, con la finalidad de enfrentar los riesgos para la Salud Pública, acentuados por la globalización y el cambio climático, desde un enfoque multidisciplinar. Desde 2021, a raíz de la labor concertada del Panel consultor de Expertos de Alto Nivel configurado por representantes de la FAO, la OMS,⁶⁰ OMSA,⁶¹ UNEP⁶², este enfoque *one health* pasa a ser integrador y unificador, a fin de equilibrar y optimizar de forma sostenible la salud de las personas, los animales y los ecosistemas. Y ello lo logra reconociendo que la salud de las personas, los animales domésticos y salvajes, las plantas y el medio ambiente en general (incluidos los ecosistemas) están estrechamente relacionados y son interdependientes⁶³.

⁵⁹ N. SANTARELLI, *LACHR Decision in Velez Looz v. Panamá: Covid – 19 and Human Rights in the Courts*, en *Opinio Iuris*, 2020. http://opiniojuris.org/2020/05/30/iachr-decision-in-velez-looz-v-panama-covid-19-and-human-rights-in-the-courts/?fbclid=IwAR03wMeF1I7yzX8Z8Gjs_SBt47RyvxfjF2W-DzAW9Z-zhr6ORISFsHIiDhY.

⁶⁰ A modo de curiosidad, es de destacar que la primera organización internacional especializada en cuestiones sanitarias se creara en el continente americano en 1902, la Organización Panamericana de Salud, En general, sobre la OMS, en inglés, véase, K. LEE, *The World Health Organization*, New York, 2009.

⁶¹ Organización mundial para la salud animal.

⁶² Programa de Naciones Unidas para el Medioambiente.

⁶³ ONE HEALTH HIGH-LEVEL EXPERT PANEL (OHHLEP), *et al.*, *One Health: A new definition for a sustainable and healthy future*, en *PLoS Pathog*, 2022. Disponible en: <https://doi.org/10.1371/journal.ppat.1010537>.

Tercero, el camino abierto por el caso *Vélez Llor* junto a decisiones previas del Comité de Derechos Humanos⁶⁴ ha permitido a la Corte IDH fallar en contra de instrumentos normativos de ordenamientos jurídicos nacionales por vulnerarse los derechos de libertad personal, la presunción de inocencia de las personas arraigadas, la integridad personal y la vida privada.

Cuarto, la acción de la Corte ha servido como recordatorio de que todo acto de discriminación queda prohibido por ser contrario al *ius cogens*.

Por último, el impacto internacional de esta sentencia es notorio como muestra que se haya utilizado el caso Llor ante la Corte Africana⁶⁵ y por el hecho de que los Estados alrededor del mundo hayan diseñado alternativas a la detención obligatoria de los migrantes irregulares. Esto último en parte propiciado por el Diálogo entre las tres Cortes regionales de derechos humanos que evidenció que la pandemia había afectado principalmente a ciertas categorías de personas que sistémicamente habían sido objeto de discriminación como mujeres, *migrantes*, personas mayores, entre otras.

ABSTRACT: *The response of the Inter-American regional system for the protection of human rights to migrants in the wake of Covid: A tale of success*

This article aims to highlight the relevance of the Interamerican system of human rights in the promotion of human rights in times of distress. The different bodies of the system have gradually woven a network of norms of soft law and jurisprudence that have no match in the rest of the world, and hence should be taken as a reference for other instances of protection. Specifically, the article refers to the course of action adopted within the western hemisphere human rights protection system after the outbreak of the Covid pandemic as regards pushbacks, holding centers and medical treatment. Undoubtedly, the yardstick of protection according to this evolution needs to be enlarged for the sake of human dignity, regardless of the state of necessity alleged by the States. All aforementioned, a set of high principles and standards summarized in the judgement *Vélez Llor c. Panama* will gain strength and not be overlooked if monitored by human rights advocates, NGO's, National Commission, Ombudsman or similar, and international bodies or processes given that compliance by the States is always lukewarm.

⁶⁴ Ya en 2010, en el marco del Quinto Informe Periódico Universal, se instó a México, inter alia, a: "(...) adoptar todas las medidas necesarias para eliminar la detención por "arraigo" de la legislación y la práctica, tanto a nivel federal como estatal. Disponible en: <http://www.hchr.org.mx/Documentos/Invitaciones/2010/05/I070510.pdf>.

⁶⁵ UNHCR, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos *Joint Guidance Note on the Impacts of the Covid-19 Pandemic on the Human Rights of Migrants* 26 th May 2020. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/CMWSPMJointGuidanceNoteCOVID-19Migrants.pdf>.

SEZIONE TERZA

Stato di accoglienza e Paese terzo sicuro: prospettiva italo-spagnola
Estado de acogida y tercer País seguro: perspectiva italo-española



GIOVANNI CELLAMARE*

L'IRRAGIONEVOLE LEGGEREZZA DEL CONCETTO DI PAESE TERZO SICURO**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le variabili del concetto di Stato terzo sicuro nel diritto dell'Ue. – 3. Le liste nazionali dei Paesi di origine sicuri. – 4. Le indicazioni giurisprudenziali sul funzionamento del concetto in esame. – 5. L'assunzione di informazioni sul carattere sicuro, per le persone interessate, dello Stato di destinazione o di transito.

1. Introduzione

Come è noto, la disciplina dell'arrivo, accoglienza e *status*, negli Stati membri dell'Unione europea (UE), di persone in cerca di protezione internazionale, proprio in considerazione di ciò, è sottoposta a norme diverse da quelle che regolano, in generale, l'ingresso, la circolazione e il trattamento di altri individui stranieri. In proposito è sufficiente richiamare l'operare, nel primo settore, del divieto di *refoulement*, previsto dall'art. 33 della Convenzione del 28 luglio 1951 sullo *status* dei rifugiati e da una norma internazionale consuetudinaria; il contenuto del sistema posto dagli accordi di Schengen e di Dublino, anteriormente alla loro trasfusione nel diritto comunitario; nonché il diritto derivato dell'Unione europea fondato sugli articoli 77-80 del TFUE, che tengono distinti i due settori in parola. Ciò, peraltro, non esclude le indubbie interferenze tra le discipline dell'asilo e dell'immigrazione, in senso stretto, invero tra loro scarsamente coordinate, nell'ordinamento italiano e in quello dell'UE.

Ora, dall'attività normativa e operativa di quest'ultima, risulta indubbiamente che, nella materia generale dei movimenti di persone, ruolo prevalente è riconosciuto alla disciplina dell'immigrazione irregolare¹. Siffatto ruolo trova riscontro nel Nuovo patto europeo sulla migrazione e l'asilo², predisposto dalla Commissione nel settembre del 2020 con proposte di linee di sviluppo della politica dell'Unione in detti settori. Nel senso indicato, possono richiamarsi gli svolgimenti della Commissione e del Consiglio dell'Unione a sostegno della

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Bari Aldo Moro.** Il presente lavoro è stato condotto nell'ambito del PRIN 2017 "International Migrations, State, Sovereignty and Human Rights: Open Legal Issues", Responsabile nazionale Prof.ssa Angela Di Stasi (prot. 20174EH2MR).

¹ Ci permettano di rinviare al nostro *La disciplina dell'immigrazione irregolare nell'Unione europea*, Torino, 2021.

² COM(2020) 609, del 23 settembre 2020, con le proposte di riforma richiamate, di seguito, nel testo: https://ec.europa.eu/home-affairs/news/20200923/new-pact-migration-asylum-setting-out-fairer-more-european-approach_en. Anche gli altri atti indicati in queste pagine sono reperibili online.

stipulazione di accordi anche informali di riammissione³. La qual cosa non è priva di rilievo, posto che tali atti potrebbero essere utilizzati (a catena) anche per allontanare delle persone, ad esempio, verso il Paese di origine, dei richiedenti protezione, giacché considerato sicuro.

In effetti, può aversi un'azione combinata degli accordi (anche informali) di riammissione con il concetto del *safe third country*, nelle sue variabili normative tra breve illustrate, per allontanare quelle persone verso altri Stati considerati, per l'appunto, sicuri. Ma ciò potrebbe svolgersi in senso contrario ad alcuni diritti individuali dei richiedenti protezione; primo fra tutti, il diritto – previsto da una norma di *jus cogens* oltre che in note Convenzioni internazionali – a non essere sottoposto a tortura, trattamento disumano e degradante. Tanto più che quegli accordi, o atti di altra natura, non assicurano affatto che la persona di cui si tratta possa risiedere o trattenersi nel territorio dello Stato di riammissione, dopo che questa abbia luogo⁴. Sicché potrebbero aversi *refoulement* indiretto, ad opera di quello Stato (terzo sicuro)⁵.

2. Le variabili del concetto di Stato terzo sicuro nel diritto dell'Ue

Il concetto di Stato terzo sicuro, in senso lato, costituisce uno sviluppo di quello di Stato di primo asilo, costruito negli ordinamenti interni scandinavi per contrastare il fenomeno dell'asilante in orbita. Il funzionamento di quel concetto è stato posto muovendo dall'art. 31, par. 1 della Convenzione di Ginevra del 1951, il quale esclude l'adozione, da parte degli Stati contraenti, di sanzioni penali contro i rifugiati in situazione irregolare provenienti “direttamente” dal Paese in cui la loro vita o la loro libertà era minacciata. In altri termini, argomentando *a contrario* dalla lettera di quella norma, si sostiene che gli Stati parti della

³ V. i numerosi riferimenti in tal senso in COM (2018) 634 final, recante la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (rifusione), del 19-20 settembre 2018. Inoltre COM (2022) 740 final recante la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Relazione sulla migrazione e l'asilo, del 6 ottobre 2022. Nello Statement del Capo della delegazione dell'UE alla sessione inaugurale del “Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration” (in https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/40981/en-statement-%E2%80%93-3-united-nations-global-compact-migration-general-statement-zero-draft_en), richiamato il ruolo centrale che per l'UE assume la riammissione delle persone in condizione irregolare negli Stati di cui gli stessi siano cittadini, si afferma «the responsibility of states towards their own citizens». Tale responsabilità «entails the obligation of states – under international law – to take back their nationals without any conditions and actively cooperate to facilitate returns and readmission».

Peraltro, gli accordi informali non sono sottoposti al «parliamentary scrutiny and democratic and judicial oversight that according to the Treaties, the conclusion of formal readmission agreements would warrant parliamentary scrutiny and democratic oversight» (European Parliament, Draft Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals (recast), 21.2.2020, *sub* Amendment 41).

⁴ Si pensi ad esempio, alle espulsioni dal Marocco di persone riammesse in quello Stato in applicazione dell'Accordo tra lo stesso Stato e la Spagna “relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente”, firmato a Madrid il 13 febbraio 1992.

⁵ Nel senso indicato è possibile richiamare esemplificativamente l'esperienza della Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016 e, al di fuori dell'UE, il recente “Memorandum of Understanding between the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the government of the Republic of Rwanda for the provision of an asylum partnership arrangement”, del 13 aprile 2022, in <https://www.gov.uk>.

Convenzione non incontrano obblighi rispetto a persone che non provengano direttamente da quel Paese, con il conseguente possibile loro rinvio in un (altro) Paese sicuro.

In proposito, è appena il caso di considerare che, prevedendo un'eccezione al divieto di *refoulement*, l'art. 33, par. 2 della Convenzione in parola è *strictissimae interpretationis*; sicché, in ogni caso, quel divieto non può essere fatto valere esclusivamente “da un rifugiato se per motivi seri egli debba essere considerato 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”. Ora ciò posto, alla costruzione riferita può opporsi che una lettura sistematica della Convenzione di Ginevra pone in luce la centralità del ruolo e degli obblighi dello Stato che eserciti attualmente la propria *jurisdiction* sulla persona interessata, nel rispetto del principio di non respingimento della stessa. Il concetto di *safe third country*, invece, concentra l'attenzione non sull'esame dell'esigenza di protezione dell'individuo in cerca di rifugio, bensì sul suo itinerario di viaggio, il quale viene a configurarsi come una sorta di prerequisito per il riconoscimento dello *status* di rifugiato⁶.

A sostegno dell'allontanamento del richiedente protezione verso il terzo Paese sicuro è stato addotto altresì, che giusta l'art. 31, lettera E della Convenzione di Ginevra, quest'ultima “non si potrà applicare a coloro che sono considerati dalle autorità competenti del Paese in cui hanno stabilito la loro residenza come aventi i diritti e gli obblighi connessi al possesso della cittadinanza di detto Paese”. Sennonché, la circostanza che una persona goda nello Stato di residenza di diritti pari a quelli del cittadino di detto Stato non leva la possibilità (attuale) di formulare una domanda per ottenere il riconoscimento dello *status* convenzionale. Sul punto non è privo di rilievo considerare che la norma in parola non esclude l'espulsione della persona interessata dallo Stato di (attuale) residenza (nel quale goda dei diritti di cittadinanza ma), di cui in effetti non è cittadino.

L'UNHCR ha criticato la costruzione in esame⁷. Peraltro, trattandosi di un concetto che opera in importanti Stati di immigrazione, ha precisato le condizioni di applicazione degli

⁶ Per le opinioni esposte nel testo e la critica alle stesse, anche per altre indicazioni bibliografiche, per tutti, v. V. MORENO-LAX, *The Legality of the “Safe Third Country” Notion Contested: Insights from the Law of Treaties*, in G. S. GOODWIN-GILL, P. WECKEL (eds.), *Migration & Refugee Protection in the 21st Century: Legal Aspects*, Boston, 2015, p. 665 ss.

⁷ V. UNHCR, *Executive Committee Conclusions*, “*Problem of Refugees and Asylum-Seekers Who Move in an Irregular Manner from a Country in Which They Had Already Found Protection*”, n. 58 (XL) 1989; e UNHCR, *Executive Committee General Conclusion on International Protection*, n. 87 (L), 1999; più recentemente v. UNHCR, *Observations on the New Plan for Immigration policy statement of the Government of the United Kingdom*, maggio 2021 («[t]he requirement that, in order to benefit from exemption from penalties, an asylum seeker should be coming “directly” from a territory where their life or freedom was threatened allows States parties to treat refugees differently only if they have already settled in a country and subsequently move onwards for reasons unrelated to their need for international protection. It is not meant to suggest that an asylum-seeker must claim asylum in the first country that could be reached without passing through another. [...] Rather [...] the term “directly” is to be interpreted broadly as meaning that refugees who have crossed through, stopped over or stayed in other countries en route, may still be exempt from penalties. The “directness” of travel needs, therefore, to be looked at in the context in which such travel often takes place. [...] In sum, if States decide to impose penalties on asylum-seekers who have entered or are present irregularly on the basis that they have not come directly for the purposes of Article 31(1), these should apply only to refugees who: were granted asylum or were lawfully settled, temporarily or permanently, in another country and had already found protection there; were rejected in a fair and efficient asylum procedure; or failed to seek asylum in a timely fashion or at all, in a country where they could reasonably have done so [...]. Asylum should not be refused solely on the ground that it could be sought from another State. While asylum-seekers do not have a right to choose their country of asylum, some might have legitimate reasons to seek protection in a specific country, including family ties or other meaningful links. Where it appears

accordi riammissione e di quel concetto⁸. In particolare, in vista della possibile applicazione di quest'ultimo da parte delle autorità statali, le pertinenti “*Conclusions*” dell'UNHCR attirano l'attenzione di quelle autorità sull'accertamento dell'esistenza nel Paese terzo di rinvio di una procedura equa ed efficiente per il riconoscimento dello *status* di rifugiato; nonché dell'esistenza di legami effettivi dell'interessato con quello Stato, nel senso precisato nelle stesse “*Conclusions*”⁹.

In effetti, quel concetto fa parte dell'*acquis* dell'UE, ancorché già oggetto di valutazioni critiche nel Consiglio d'Europa¹⁰. La presunzione di sicurezza, come è facile scorgere, è implicita nel sistema di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide. L'art. 3, par. 3 del regolamento (UE) n. 604/2013 prevede che gli Stati membri mantengono “la possibilità di inviare un richiedente in un Paese terzo sicuro, nel rispetto delle norme e delle garanzie previste dalla direttiva 2013/32/UE”. Peraltro, siffatta previsione – conservata nella proposta di riforma del c.d. regolamento Dublino III¹¹ – non implica con certezza la sicurezza dello Stato di rinvio¹².

La direttiva indicata reca le possibili varianti del concetto in esame¹³. Può trattarsi dello Stato di origine sicuro, nel quale, dunque, il richiedente protezione possa fare ritorno (in assenza del rischio di essere perseguitato, subire una tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante, o di pericolo a causa di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale). Possono aversi, altresì, dei Paesi terzi sicuri, giusta le indicazioni della direttiva, nei quali gli individui interessati vi abbiano già trovato protezione o siano transitati; sicché può aversi il rinvio verso quei Paesi.

that a person, before requesting asylum, already has a connection or close links with another State, she or he may, if it appears fair and reasonable, be called upon to request asylum from that State in the first instance. While such a link is not a mandatory requirement under international law, in UNHCR's view it is essential to ensure that it is reasonable and sustainable for a person to seek asylum in another State. This increases the viability». Ma, con un approccio più restrittivo, v. COMMISSION OF JURISTS, *Compromising Rights and Procedures: ICJ Observations on the 2011 Recast Proposal of the Procedure Directive*, settembre 2011, par. 74). Il primo rilievo contenuto nel brano riportato è opponibile alla costruzione che considera il concetto in esame funzionale alla possibile “distribuzione” dei richiedenti asilo tra più Stati, per l'appunto, sicuri (con le varianti di seguito indicate).

⁸ UNHCR, *Guidance Note on bilateral and/or multilateral transfer arrangements of asylum-seekers*, 2013.

⁹ UNHCR, *Legal Considerations regarding access to protection and a connection between the refugee and the third country in the context of return or transfer to safe third countries*, aprile 2018: «[p]rior to transfer, it is important, keeping with relevant international law standards, individually to assess whether the third state will: (re)admit the person, grant the person access to a fair and efficient procedure for determination of refugee status and other international protection needs, permit the person to remain while a determination is made, and accord the person standards of treatment commensurate with the 1951 Convention and international human rights standards, including – but not limited to – protection from refoulement. Where she or he is determined to be a refugee, s/he should be recognized as such and be granted lawful stay».

¹⁰ V. i seguenti atti adottati a Londra nel 1992: “Resolution on a Harmonized Approach to Question Concerning Host Third Countries”; “Resolution on Manifestly Unfounded Applications for Asylum; Conclusions on Countries in Which There is Generally No Serious Risk of Persecution”. Per la posizione dell'UNHCR sul funzionamento di quel principio, nelle variabili che esso assume nell'UE, v. *UNHCR Discussion Paper Fair and Fast - Accelerated and Simplified Procedures in the European Union*, 25 luglio 2018.

¹¹ COM (2020) 610 final, recante la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla gestione dell'asilo e della migrazione e che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e la proposta di regolamento (UE) XXX/XXX [Fondo Asilo e migrazione], del 23 settembre 2020 (art. 8, par. 5).

¹² Cfr. *infra*, testo e nota 26 s.

¹³ Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione).

In altri termini, le persone le quali abbandonino il proprio Paese per timore di una persecuzione (*ex art. 1, par. 2 della Convenzione di Ginevra*) dovrebbero presentare la domanda di protezione nel primo Stato sicuro con cui esse abbiano contatto. Ora, a mezzo degli accordi di riammissione (di cui siano parte gli Stati di arrivo e di destinazione, o di transito), potrebbe aversi il rinvio del richiedente asilo nel Paese sicuro (di destinazione, di transito) dove avrebbe potuto ottenere – o abbia già ottenuto – siffatta protezione, così realizzando un passaggio di responsabilità nell'esame della domanda di asilo¹⁴. Peraltro, il passaggio di responsabilità nell'esame di una domanda di asilo pone la questione se, trattandosi di rifugiati, gli Stati che rinviino le persone adempino effettivamente gli obblighi derivanti dalla Convenzione del 1951 nell'esercizio attuale della loro *jurisdiction*.

Tra gli Stati terzi sicuri quella direttiva individua la categoria del Paese terzo europeo (non membro dell'UE) sicuro (*super safe*), in quanto parte della Convenzione sullo *status* dei rifugiati, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (richiamando, in particolare, le norme di questa sull'effettività dei ricorsi), e giacché fornito di una procedura di asilo (articoli 36-39).

I concetti di Paese terzo sicuro e di primo asilo permettono agli Stati membri di ritenere inammissibili le domande di protezione internazionale di coloro che provengano da Paesi così qualificati, o, nel caso di Paese *super safe*, di escludere l'esame della domanda o evitare un suo esame esauriente (ove un'autorità competente abbia stabilito, in base agli elementi disponibili, che il richiedente stia cercando di entrare o sia entrato illegalmente nel suo territorio da quel Paese).

La situazione cui ha riguardo il Paese di primo asilo è diversa da quella, contemplata dall'art. 33, par. 2, lettera *a*) della direttiva, di domanda inammissibile nel caso in cui “un altro Stato membro ha concesso la protezione internazionale”: in quest'ultima situazione si ha il trasferimento – invero non disciplinato – in quello Stato della persona interessata, potendo, a tal fine, venire in gioco alcune convenzioni internazionali, se ratificate dagli Stati membri pertinenti¹⁵.

Va da sé che la domanda è ammissibile ove la persona interessata non possa essere riammessa nel paese di primo asilo (ad esempio perché è insufficiente la protezione: art. 35, lettera *b*). Opportunamente, la proposta pendente di riforma della direttiva in esame prevede che il richiedente possa contestare l'applicazione del concetto in parola alla propria situazione: come è facile scorgere, non trovando applicazione lo stesso concetto, la domanda di protezione seguirà il suo percorso in una procedura ordinaria¹⁶.

3. Le liste nazionali dei Paesi di origine sicuri

¹⁴ Tra gli altri, v. J.C., HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, 2005, p. 293 ss.; S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, III ed., Oxford, 2007.

¹⁵ Si pensi all'Accordo europeo sul trasferimento di responsabilità relativa ai rifugiati (art. 4), del 16 ottobre 1980; e all'Accordo europeo sulla soppressione dei visti per i rifugiati (art. 5), del 17 luglio 2013. In proposito, v. la sentenza della Corte di giustizia del 10 dicembre 2020, causa C-616/19, *M.S., M.W., G.S. c. Minister for Justice and Equality*, ECLI:EU:C:2020:1010 (ancorché con riferimento alla precedente versione della direttiva procedure).

¹⁶ COM (2016) 467 final, recante la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, del 13 luglio 2016.

L'attivazione nell'ordinamento interno del concetto di Stato di origine sicuro consente che quella domanda sia esaminata nel corso di una procedura accelerata (semplificata), definita dagli Stati membri¹⁷. Non si tratta di un meccanismo procedurale in senso stretto, bensì di una presunzione materiale di sicurezza che va scartata al fine di ottenere la protezione. Per indicazione della Corte di giustizia in un sistema che accolga quel concetto potrebbe funzionare il criterio della cittadinanza o del paese d'origine del richiedente, a condizione che siano rispettati i principi e le garanzie previste dalla direttiva¹⁸.

L'art. 37 di quest'ultima indica alcuni aspetti procedurali per la designazione facoltativa, da parte degli Stati membri, di un Paese di origine sicuro, sulla base di fonti di informazioni provenienti da altri Stati membri, dall'EASO, dall'UNHCR, dal Consiglio d'Europa e da altre organizzazioni internazionali competenti. L'allegato I indica i parametri di riferimento per la compilazione della lista, ripresi nella legislazione italiana¹⁹. In particolare, quell'Allegato prevede che un Paese è considerato di origine sicuro, tra l'altro, se non ci sono generalmente e costantemente persecuzioni quali definite nell'art. 9 della c.d. direttiva qualifiche. Ciò posto e dato altresì che quest'ultima prevede che la protezione concessa deve essere "effettiva e non temporanea", la disciplina in parola impegna l'interprete nella costruzione del concetto di "protezione" e nel valutare l'effettiva capacità di proteggere degli attori a ciò preposti.

In attesa dell'eventuale adozione di un elenco dell'UE, ancorché non uniforme²⁰, il 4 ottobre 2019 è stato adottato il decreto interministeriale, di cui fa menzione la legislazione italiana precedentemente indicata, il quale elenca i Paesi di origine sicuri prevedendo (art. 2) un aggiornamento periodico di detta lista. Siffatto aggiornamento si è avuto con il decreto interministeriale del 23 marzo 2023²¹.

¹⁷ Ci sia consentito di rinviare al nostro, *L'attivazione nell'ordinamento italiano del concetto di Paese di origine sicuro*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, p. 323 ss.

¹⁸ Così la Corte (con riferimento alla precedente versione [2005/85/CE] della direttiva in parola) nella sentenza del 31 gennaio 2013, causa C-175/11, *H. I. D. e B. A. c. Refugee Applications Commissioner e altri*, ECLI:EU:C:2013:45.

¹⁹ Decreto legislativo n. 25, del 28 gennaio 2008, come più volte modificato (per il Paese di origine sicuro v. l'art. 2 *bis*).

²⁰ A partire dal 2015, in concomitanza, cioè, con i movimenti di persone attraverso la via balcanica, considerata altresì la non soddisfacente prova delle componenti del c.d. sistema europeo comune di asilo, seconda versione, la Commissione e il Consiglio hanno sostenuto una riforma di quel sistema, anche a mezzo di nuove misure procedurali. In particolare, la Commissione ha proposto la riforma, a mezzo di regolamento, della direttiva procedure, con la già prospettata istituzione di un elenco dell'Unione di Paesi di origine sicuri. Nella proposta della Commissione, il concetto in parola è volto a contrastare richieste *ab initio* non fondate di asilo di persone provenienti da quei Paesi, così favorendo il loro esame rapido e quindi la lotta contro l'immigrazione irregolare. Da notare che l'elenco proposto, a suo tempo, dalla Commissione (da sottoporre a revisione periodica) non accorpava tutti gli Stati presenti nelle liste nazionali: influenzata verosimilmente dai movimenti di persone in atto nell'area balcanica, la proposta comprendeva i seguenti Stati: l'Albania, la Bosnia-Erzegovina, la ex Repubblica Jugoslava di Macedonia, il Kosovo, il Montenegro, la Serbia e la Turchia: v. COM(2016) 467 final, recante la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, del 13 luglio 2016.

²¹ Il decreto abrogato (n. 1202) indicava come sicuri i seguenti Paesi: Albania, Algeria, Bosnia-Erzegovina, Capo Verde, Ghana, Kosovo, Macedonia del Nord, Marocco, Montenegro, Senegal, Serbia, Tunisia e Ucraina. A seguito dei noti eventi bellici che continuano a interessare questo Stato, si è avuta dapprima la sua sospensione (con decreto del 9 marzo 2022) e infine, nel 2023, la sua esclusione dalla lista. L'ultimo decreto, oltre a tale modifica, aggiunge a quelli già indicati i seguenti Stati: Costa d'Avorio, Gambia, Georgia e Nigeria. Peraltro, con riferimento al Senegal v. il decreto del Tribunale ordinario di Firenze (IV sezione civile- specializzata), il quale, giusta le informazioni provenienti dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo, ha escluso la sicurezza di quello Stato per le persone Lgtbi. Da notare che il decreto interministeriale non distingue all'interno degli Stati in parola tra zone più o meno sicure: ciò non è irrilevante per quanto riguarda la Nigeria, posto che

Rispetto all'operare dell'elenco in parola, con la Corte di cassazione²², è da osservare che la presenza di un Paese nello stesso, «non preclude la possibilità per il ricorrente di dedurre la propria provenienza da una specifica area del Paese stesso interessata a fenomeni di violenza e insicurezza generalizzata che, ancorché territorialmente circoscritti, possono essere rilevanti ai fini della concessione della protezione internazionale o umanitaria, né esclude il dovere del giudice, in presenza di detta allegazione, di procedere all'accertamento in concreto sulla pericolosità di detta zona e sulla rilevanza dei predetti fenomeni».

Invero, le norme dell'Unione non si limitano a consentire la previsione delle liste ma aprono la strada (articoli 38 e 39 della direttiva procedure) all'esame particolareggiato, da parte dell'operatore giuridico, del caso pendente, ancorché in presenza di una qualificazione di sicurezza dello Stato di origine, o di altro Stato terzo.

4. Le indicazioni giurisprudenziali sul funzionamento del concetto in esame

Un confronto tra le liste predisposte dagli Stati membri mostra che le stesse non coincidono; la prassi mostra la relativizzazione dei parametri di riferimento sulla base dei quali si procede alla designazione di Paesi terzi sicuri e che differenze sono rilevabili dagli orientamenti seguiti nel dare applicazione al concetto di cui si tratta, nonché per quanto concerne la previsione del possibile riesame giudiziario delle liste²³. Così, può accadere che un Paese non inserito nella lista di uno Stato membro sia considerato parzialmente sicuro (o, se si preferisce, insicuro) da un altro Stato membro, in funzione, ad esempio, del sesso della persona interessata a ottenere protezione²⁴.

La variabilità del concetto in esame²⁵ denota le incertezze che accompagnano la presunzione di sicurezza di alcuni Stati, ancorché tra gli stessi figurino Stati parte degli strumenti internazionali richiamati dalla direttiva (e, sulla base di questa, dalla legge italiana che ha attivato il concetto di Paese di origine sicuro). Invero, l'essere parte di atti sui diritti dell'uomo (come la Convenzione europea) non costituisce un dato da solo indicativo *con sicurezza* dell'effettività della tutela dei diritti individuali garantiti da quegli atti (da quella Convenzione). Siffatta constatazione, già emersa da alcune sentenze di giudici interni²⁶, risulta

in alcune regioni di quello Stato, come è noto, opera Boko Haram (v. ad esempio in <https://www.ispionline.it/it/tag/boko-haram>). Ora, nella sentenza a Sezioni Unite n. 29460, del 13 novembre 2019, la Corte di Cassazione ha statuito che l'inserimento di un Paese nell'elenco «non preclude la possibilità per il ricorrente di dedurre la propria provenienza da una specifica area del Paese stesso interessata a fenomeni di violenza e insicurezza generalizzata che, ancorché territorialmente circoscritti, possono essere rilevanti ai fini della concessione della protezione internazionale o umanitaria, né esclude il dovere del giudice, in presenza di detta allegazione, di procedere all'accertamento in concreto sulla pericolosità di detta zona e sulla rilevanza dei predetti fenomeni».

²² Ordinanza n. 29914, del 18 novembre 2019.

²³ Cfr. citazione in nota 17.

²⁴ EASO, *The Concept of Safe third Countries Applied in EU+ Countries*, 2021; e cfr. *supra*, in nota 21.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Nella sentenza n. 1870, del 24 giugno 2008, il Tar Puglia sottolineava l'insufficienza di un approccio che consideri sicuro uno Stato dell'Unione in via generale senza tener conto di vicende che possano aver riguardato lo stesso Stato (in base a una sommaria considerazione di quelle vicende l'amministrazione avrebbe dovuto adeguatamente motivare la valutazione di sicurezza di quello Stato). Per altri esempi recenti (rispettivamente, di rinvio dalla Germania all'Italia e dall'Olanda alla Romania), v. le sentenze reperibili on line ai seguenti links: 8 K 3701/22.A e NL22.24529 and NL22.24530. In argomento, oltre alla sentenza della Corte europea indicata, di

efficacemente dalla nota sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, del 21 gennaio 2011, relativa all'affare *M.S.S. c. Belgio e Grecia*.

Con riferimento a situazioni di contenuto analogo a quella qui considerata, la Corte di giustizia dell'Unione ha efficacemente scartato che un atto di quest'ultima, il quale rechi riferimenti al concetto di Stato sicuro, possa comportare una presunzione assoluta del rispetto dei diritti fondamentali negli Stati membri; una siffatta presunzione equivarrebbe a "rimettere in causa le garanzie di tutela e di rispetto dei diritti fondamentali da parte dell'Unione e dei suoi Stati membri". La nozione di Stato sicuro, cioè, deve trovare riscontro pratico²⁷.

D'altro canto, può accadere che la situazione interna di uno Stato possa mutare deteriorandosi, così perdendo le caratteristiche che consentivano di qualificarlo sicuro²⁸.

Anche decisioni di giudici interni hanno statuito l'esigenza di un esame individualizzato della domanda di protezione, non pregiudicato, dunque, dall'operare del concetto in parola, in specie nella variabile del Paese di origine sicuro²⁹. D'altro canto, in tal senso depone il principio di non discriminazione previsto dalla Convenzione di Ginevra del 1951 e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

seguito, nel testo, v. la sentenza 8 luglio 2021, ricorso n. 51246/17, *D.A. e altri c. Polonia*. Avendo riguardo a situazioni di possibile *refoulement* a catena, in quella sentenza (par. 59) si legge quanto segue: «The Court has further clarified that in all cases of removal of an asylum-seeker from a Contracting State to a third intermediary country without examination of the asylum request on the merits, regardless of whether or not the receiving third country is an EU Member State or a State Party to the Convention, it is the duty of the removing State to examine thoroughly the question of whether or not there is a real risk of the asylum-seeker being denied access, in the receiving third country, to an adequate asylum procedure, protecting him or her against refoulement. If it is established that the existing guarantees in this regard are insufficient, Article 3 implies a duty that the asylum-seeker should not be removed to the third country concerned». V. pure il *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment* del 23 novembre 2018: «[t]he mere existence of domestic laws or the ratification of human rights treaties does not disprove an individual risk of torture or ill-treatment. The decisive criteria for identifying such a risk will always be the particular circumstances and prospects of the affected individual». Inoltre, «systemic shortcomings in the receiving State have been found to give rise to a risk of 'indirect refoulement' (also 'chain refoulement'), by which the receiving State would further expel a deportee to yet another State or territory without the benefit of a sufficient assessment of the risk of torture or ill-treatment prevalent in the final destination State» (UN Doc. A/HRC/37/50, § 43); nonché il *Report on means to address the human rights impact of pushbacks of migrants on land and at sea* (UN Doc. A/HRC/47/30), presentato dal *rapporteur* speciale sui diritti umani dei migranti, il 12 maggio 2021, par. 64.

²⁷ Corte di giustizia, sentenza del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *N. S. c. Secretary of State for the Home Department e M. E. e altri c. Refugee Applications Commissioner e Minister for Justice, Equality and Law Reform*, punto 79 ss., ECLI:EU:C:2011:865

²⁸ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 18 novembre, ricorsi nn. 15670/18 e 43115/18). *M.H. e altri c. Croazia*.

²⁹ V. *supra*, testo e nota 23. Per il Consiglio di Stato italiano (che ha sospeso trasferimenti verso Stati dell'Unione giacché non ritenuti sicuri nel caso di specie), v. la sentenza n. 4004, del 7 luglio – 27 settembre 2016; inoltre nn. 3998/2016, 3999/2016, 4000/2016, 4002/2016. Per il Consiglio di Stato francese (che scartava dalla lista governativa degli Stati considerati sicuri nella stessa), v. la decisione, in sede contenziosa, del 2 luglio 2021, *Association des avocats Elelma France*. Inoltre, il decreto del Tribunale ordinario di Roma (sezione diritti delle persone e immigrazione) n. 80834/2018, del 2 aprile 2021, che ha annullato il decreto di trasferimento in Bulgaria dell'esame di una domanda di asilo, in applicazione di un principio cautelare che opera a favore della persona. D'altro canto, il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha raccomandato alle autorità ungheresi di «réexaminer, conformément aux exigences de la jurisprudence de la Cour, la présomption législative de "pays tiers sûr" en ce qui concerne la Serbie et à présenter les motifs et le résultat de ce réexamen» (decisione del 9 giugno 2021 (CM/Del/Dec(2021)1406/H46-14), relativa all'esecuzione della sentenza della Corte europea nell'affare *Ilias e Ahmed* (v. *infra*, testo e nota 37).

In altri termini, in assenza di un attento esame della situazione personale, potrebbe aversi, il rischio di decisioni seriali condizionate dalla cittadinanza dell'interessato, come tali in contrasto con il divieto di discriminazione per motivi di nazionalità, *ex art. 3, par. 1* di quella Convenzione, con la quale deve essere bensì compatibile (art. 78, par. 1, TFUE) la “politica comune in materia di asilo”. Certo, la Convenzione in parola non esclude procedure differenziate dell'esame delle domande di protezione; peraltro, qui si tratta di un possibile approccio applicativo, nel corso di procedure accelerate, del concetto di Paese di origine sicuro, suscettibile di ostacolare di fatto che le persone provenienti da un dato Paese possano aspirare alla protezione internazionale³⁰.

Più in generale, in materia opera l'art. 21, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali, il quale pone il divieto di “qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o orientamento sessuale”³¹.

In conclusione, affinché il concetto in esame possa funzionare in conformità con il divieto di *refoulement*, nonché con i principi e i diritti fondamentali operanti nell'ordinamento dell'UE, è necessario poter stabilire che lo Stato di transito e quello di destinazione dell'interessato siano *safe* (non solo in generale, ma) per quella persona.

Considerazioni di contenuto analogo a quelle precedentemente svolte possono essere adottate con riguardo all'operare delle c.d. zone interne sicure. In effetti, la direttiva procedure prevede la possibilità di allontanamento dell'interessato verso una zona interna sicura del

³⁰ Cfr. Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, *Note générale sur la notion de pays et sur le statut de réfugié*, EC/SCP/68 – Sous-Comité protection, 26 luglio 1991, in www.unhcr.fr.

³¹ Come è noto e si legge nelle *Spiegazioni relative alla Carta* (GU C 303, del 14.12.2007, p. 17 *ss.*), la norma «tratta soltanto delle discriminazioni ad opera delle istituzioni e degli organi dell'Unione stessi nell'esercizio delle competenze conferite ai sensi dei trattati e ad opera degli Stati membri soltanto quando danno attuazione al diritto dell'Unione». Rispetto a quanto osservato nel testo, appare utile richiamare l'art. 23, par. 1 (“Obligation de ne pas expulser un étranger vers un État où sa vie serait menacée”) del Progetto di articoli sull'espulsione degli stranieri approvato in seconda lettura dalla Commissione del diritto internazionale il 9 dicembre 2014 (UN Doc. A/69/10). Riprendendo l'art. 14 del medesimo Progetto, redatto sulla falsa riga dell'art. 2, par. 1 del Patto sui diritti civili e politici, quella norma dispone quanto segue: «1. Un étranger ne peut être expulsé vers un État où sa vie serait menacée en raison notamment de sa race, de sa couleur, de son sexe, de sa langue, de sa religion, de ses opinions politiques ou de toute autre opinion, de son origine nationale, ethnique ou sociale, de sa fortune, de sa naissance ou de toute autre situation, ou de tout autre motif non admis en droit international». Il Commento alla norma riportata richiama la clausola non discriminatoria contenuta nel Patto, uno dei “trattati pertinenti», inequivocabilmente richiamati dall'art. 78, par. 1, TFUE. Si legge in quel Commento: «Les motifs de discrimination interdits qu'énumère le projet d'article 14 et (...) reproduits dans le projet d'article 23 sont ceux qui figurent à l'article 2, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. À cet égard, il n'y aurait aucune raison valable pour que la liste des motifs discriminatoires figurant au projet d'article 23 soit moins étendue que celle du projet d'article 14. En particulier, la liste de motifs figurant à l'article 33 de la Convention de 1951 est trop étroite dans le présent contexte, où il s'agit de couvrir non seulement le cas d'individus répondant à la définition de ‘réfugié’, mais les étrangers en général et dans une multitude de situations possibles. S'agissant de l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, il existe une tendance en ce sens dans la pratique internationale et dans la jurisprudence, sans que cette interdiction soit universellement reconnue» (*sub art. 23*).

Paese di destinazione, ancorché lo stesso non sia totalmente sicuro per la persona *de qua*³². Siffatta possibilità non è stata del tutto scartata dall'Alto Commissariato dei rifugiati³³.

Degne di nota alcune indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte ha avuto cura di precisare che «the person to be expelled must be able to travel to the area concerned, to gain admittance and be able to settle there, failing which an issue under Article 3 may arise, the more so if in the absence of such guarantees there is a possibility of the expellee ending up in a part of the country of origin where he or she may be subjected to ill-treatment»³⁴. Venendo in gioco la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nell'approccio della Corte, dunque, vanno prese in considerazione le sole zone interne raggiungibili e nelle quali la persona possa stabilirsi³⁵.

In definitiva, sulla base di quanto precede, l'operare della riammissione (conseguente al provvedimento di allontanamento) dovrebbe considerarsi subordinato all'accertata inesistenza dei pericoli di violazioni dei diritti che il divieto di *refoulement* intende garantire; nonché, giusta le indicazioni giurisprudenziali, all'accertato funzionamento nello Stato

³² La direttiva dispone, nell'Allegato I, che un Paese d'origine è considerato sicuro, tra l'altro, se non ci sono generalmente e costantemente le persecuzioni di cui fa menzione l'art. 9 della direttiva qualifiche. Ora, quest'ultima, oltre a prevedere il carattere effettivo e non episodico della protezione, reca che nell'esame «della domanda di protezione internazionale, gli Stati membri possono stabilire che il richiedente non necessita di protezione internazionale se, in una parte del territorio del paese d'origine, questi: a) non ha fondati motivi di temere di essere perseguitato o non corre rischi effettivi di subire danni gravi; oppure b) ha accesso alla protezione contro persecuzioni o danni gravi di cui all'articolo 7; e può legalmente e senza pericolo recarsi ed essere ammesso in quella parte del paese e si può ragionevolmente supporre che vi si stabilisca» (corsivi aggiunti). Per l'operare di detta previsione «gli Stati membri tengono conto al momento della decisione sulla domanda delle condizioni generali vigenti in tale parte del paese, nonché delle circostanze personali del richiedente (...)», assumendo «informazioni precise e aggiornate» dalle fonti pertinenti indicate (art. 8).

³³ UNHCR, *Position on the Return of Rejected Asylum-Seekers to Somalia*, gennaio 2004, p. 5.

³⁴ Sentenza 11 gennaio 2007, ricorso n. 1948/04, *Salah Sheekh* c. Olanda, par. 141. V. pure la decisione 7 novembre 2017, ricorso n. 54646/17, *X c. Germania*.

³⁵ L'UNHCR (*Guidelines on International Protection No. 4: "Internal Flight or Relocation Alternative" Within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/03/04, 23 luglio 2003) ha attirato l'attenzione sulla necessità che la zona sia «practically, safely, and legally accessible to the individual»: l'indicazione è coerente con la statuizione poc'anzi riportata della Corte europea dei diritti dell'uomo. Inoltre, al fine di tracciare la sicurezza dell'area, l'Alto Commissariato ha preso in considerazione la natura statale o non statale dei possibili autori delle persecuzioni; nonché, allo stesso scopo, il possibile rilievo della situazione socioeconomica dell'area, posto che «[i]f the situation is such that the claimant», date le sue condizioni, «will be unable to earn a living or to access accommodation, or where medical care cannot be provided or is clearly inadequate, the area may not be a reasonable alternative». Sulla base di quanto precede si comprende agevolmente come la possibilità di rendere operativa, in vista dell'espulsione, una zona interna comporti un attento esame fattuale dell'area; in relazione a questa, della situazione del richiedente protezione; della prospettiva di trattamento dell'interessato da parte degli attori di protezione; nonché della sua durata nel tempo. Il decreto legislativo n. 25, cit. prevede che la designazione di un Paese di origine sicuro può essere fatta con l'eccezione di parti del territorio o di categorie di persone (art. 2 *bis*, par. 2; previsione della quale non si è tenuto conto nel decreto cit. *supra*, testo e *nota 21); l'art. 28, par. 1, lettera *c ter*) contempla poi l'esame prioritario della domanda presentata «da un richiedente proveniente da un Paese designato di origine sicuro ai sensi dell'articolo 2-bis»); l'art. 28 *bis*, par. 1 *bis*, aggiunge che nel caso ora considerato «la questura provvede senza ritardo alla trasmissione della documentazione necessaria alla Commissione territoriale che adotta la decisione entro cinque giorni»; infine l'art. 28 *ter*, par. 1, lettera *b*) prevede che la domanda è dichiarata infondata nel caso di provenienza da Paese di origine sicuro, espressione comprensiva come si è vista del caso previsto dalla disposizione inizialmente riportata.

richiesto di un quadro normativo idoneo a impedire il rischio di *refoulement*, ancorché indiretto, della persona da riammettere³⁶.

In proposito, vale la pena di seguire da vicino la Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza del 21 novembre 2019, relativa all'affare *Ilias e Ahmed c. Ungheria*. La Corte ha accertato la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo da parte dello Stato convenuto, le cui autorità avevano "removed" gli interessati verso la Serbia, sulla base di una lista di Stati terzi sicuri creata con un decreto governativo, senza compiere una valutazione seria e approfondita del caso specifico e senza preoccuparsi degli effetti di un respingimento a catena verso altri Stati³⁷. Come si legge nella sentenza (par. 152) «[t]he Convention does not prevent Contracting States from establishing lists of countries which are presumed safe for asylum seekers. Member States of the EU do so, in particular, under the conditions laid down by Articles 38 and 39 of the Asylum Procedures Directive [...]. The Court considers, however, that any presumption that a particular country is "safe", if it has been relied upon in decisions concerning an individual asylum seeker, must be sufficiently supported at the outset by an analysis of the relevant conditions in that country and, in particular, of its asylum system»³⁸.

Quanto precede dovrebbe suggerire di procedere con estrema cautela alla designazione dei Paesi di origine o terzi sicuri e all'applicazione automatica delle liste di detti Paesi.

5. L'assunzione di informazioni sul carattere sicuro, per le persone interessate, dello Stato di destinazione o di transito

È, dunque, evidente la centralità del ruolo delle autorità competenti nell'assumere informazioni volte a delineare la situazione dello Stato di rinvio. La qual cosa trova riscontro nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte di Strasburgo.

In effetti, si hanno decisioni nelle quali le due Corti hanno attirato l'attenzione sull'obbligo delle autorità competenti di fondare le proprie determinazioni sulle informazioni relative al Paese di origine, anche assumendo autonomamente l'iniziativa di acquisirle³⁹; si

³⁶ Trovando applicazione anche la normativa e giurisprudenza richiamate riferita *supra*, testo e note 32 -35 Per quanto nel testo cfr. *supra*, in nota 26.

³⁷ Grande Camera, ricorso n. 47287/1.

³⁸ Nei casi sottoposti al suo giudizio, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è astenuta da un esame di merito degli elenchi nazionali dei Paesi sicuri. Seguendo un approccio procedurale, la Corte si è soffermata sull'accertamento della presenza e funzionamento delle garanzie che devono sovrintendere le procedure seguite dalle autorità statali nel decidere sul rinvio verso un Paese considerato sicuro, prescindendo dalla descrizione di questo accolta dallo Stato convenuto e concentrando l'attenzione sulla posizione di quel Paese rispetto alla situazione del ricorrente. V. Grande Camera, 23 marzo 2016, ricorso n. 45311/11, *F.G. c. Svezia*, par. 117; sentenza 10 maggio 2016, ricorso n. 49867/08, *Babajanov c. Turchia*. D'altro canto, allo scopo indicato, va presa in considerazione anche la prassi seguita dallo Stato verso il quale la persona sia allontanata nei rapporti con lo Stato terzo di cui sia cittadino quella stessa persona; vengono in gioco, cioè, le garanzie offerte dal primo Stato contro l'eventuale allontanamento nel secondo (v. la decisione del 2 dicembre 2008, ricorso n. 32733/08, *K. R. S. c. Regno Unito*; e cfr. *supra*, in nota 26).

³⁹ Per la Corte di giustizia, v. Grande Sezione, 5 settembre 2012, causa C-71/11, *Bundesrepublik Deutschland c. Y e Z*, punto 76 ss., ECLI:EU:C:2012:518 («nel sistema istituito dalla direttiva [qualifiche: nota mia], quando le autorità competenti valutano, a norma dell'articolo 2, lettera c), di quest'ultima, se il timore del richiedente di essere perseguitato sia fondato, esse cercano di appurare se le circostanze accertate rappresentino o meno una minaccia tale da far fondatamente temere alla persona interessata, alla luce della sua situazione individuale, di

hanno altresì sentenze il cui processo formativo appare ampiamente definito dalle informazioni relative al Paese di origine della persona di cui si tratta⁴⁰. Così, in particolare, ove sia asserita la violazione dell'art. 3 CEDU, per effetto dell'espulsione dei ricorrenti verso un dato Stato: in siffatta situazione, la Corte europea, come sappiamo, concentra la propria attenzione sulle "foreseeable, prévisibles" conseguenze dell'allontanamento del ricorrente verso quello Stato, alla luce della situazione generale di quest'ultimo, alla data critica considerata, così venendo in gioco le informazioni sullo Stato in parola⁴¹.

Degne di nota, nel senso indicato, le conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar del 16 febbraio 2023 nella causa C-756/21. In quelle conclusioni si legge quanto segue: «benché il richiedente sia tenuto a produrre tutti gli elementi necessari a motivare la domanda, spetta tuttavia allo Stato membro interessato cooperare con tale richiedente nel momento della determinazione degli elementi significativi della stessa. In altri termini, tale disposizione impone un "obbligo positivo" delle autorità degli Stati membri di agire in cooperazione con il richiedente per esaminare tali elementi». D'altro canto, la Corte di giustizia, «ha precisato che se, per qualsivoglia ragione, gli elementi forniti dal richiedente una protezione internazionale non sono *esaustivi, attuali o pertinenti*, è necessario che lo Stato membro interessato cooperi attivamente con il richiedente, in tale fase della procedura, per consentire di riunire tutti gli elementi atti a sostenere la domanda. Essa ha altresì dichiarato che le autorità di uno Stato membro possono spesso rivestire una posizione più adeguata del richiedente per l'accesso a determinati tipi di documenti». Insomma il diritto pertinente dell'Unione «impone al giudice di primo grado, tenuto conto del suo obbligo di garantire un ricorso effettivo avverso una decisione dell'autorità accertante, di ottenere, da un lato, informazioni precise e aggiornate sul paese d'origine di un richiedente asilo e di protezione internazionale e, dall'altro, qualora esistano indizi di problemi di salute mentale risultanti potenzialmente da un evento traumatizzante avvenuto in tale paese, una perizia medico-legale sulla sua salute, qualora ritenga che tale perizia sia pertinente o necessaria per l'esame della domanda. Tenuto conto dell'importanza dei diritti fondamentali in gioco nell'ambito di una domanda di asilo e di protezione internazionale, in caso di violazione dell'obbligo dell'autorità accertante e del giudice di primo grado di procedere a un esame adeguato della domanda, l'onere di dimostrare che le loro decisioni avrebbero potuto essere diverse in mancanza di una siffatta violazione non deve gravare sul richiedente».

essere effettivamente oggetto di atti di persecuzione. Questa valutazione dell'entità del rischio, che deve in ogni caso essere operata con vigilanza e prudenza (...) è fondata unicamente sull'esame concreto dei fatti e delle circostanze conformemente alle disposizioni figuranti, segnatamente, all'articolo 4 della direttiva». Inoltre, sentenza 31 gennaio 2013, causa C-175/11, *H.I.D., B.A. c. Refugee Applications Commissioner* e altri, punto 70 s., ECLI:EU:C:2013:45; sentenza 26 febbraio 2015, causa C-472/13, *Shepherd c. Bundesrepublik Deutschland*, punto 52 s., ECLI:EU:C:2015:117. Per la Corte europea, v. la sentenza 2 settembre 2010, ricorso n. 32476/06 *Y.P. e L.P. c. Francia*, par. 70: «des autorités compétentes refusèrent l'asile au requérant au motif que ses déclarations étaient peu personnalisées et peu circonstanciées quant à son engagement politique. Elles considérèrent très généralement que les craintes du requérant n'étaient pas fondées au regard de son passé politique. Elles ne firent toutefois mention d'aucun rapport international sur la situation au Belarus».

⁴⁰ Grande Sezione, sentenza 21 dicembre 2011, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department e M. E. e altri c. Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform*, cause riunite C-411/10 e C-493/10, punto 87 ss., ECLI:EU:C:2011:865.

⁴¹ Le espressioni riportate, nel testo, ricorrenti in sentenze nelle quali la Corte ha tutelato il ricorrente applicando *par ricochet* l'art. 3 della Convenzione, erano già presenti nella nota sentenza 7 luglio 1989, ricorso n. 14038/88, *Soering c. Regno Unito*, par. 87 ss.

Il ruolo svolto dalle informazioni nel corso delle procedure cui si ha qui riguardo risulta evidente alla luce delle disposizioni che hanno introdotto nell'ordinamento italiano il concetto di Paese di origine sicuro⁴².

In argomento, non è privo di rilievo ricordare che, giusta il consolidato orientamento giurisprudenziale della Corte di cassazione (relativo a decisioni di merito, non di Commissioni territoriali) sull'art. 27 del citato decreto legislativo n. 25, nei procedimenti di cui si tratta, c'è un alleggerimento dell'onere probatorio cui corrisponde un "dovere officioso" del giudice di consultare le fonti pertinenti, in modo da poter cooperare con il richiedente protezione e verificare quanto da questi asserito a sostegno della propria domanda⁴³.

Richiamando una propria statuizione del 2016, nell'ordinanza n. 11097, del 6 marzo 2019, la Corte di cassazione ha ribadito che il giudice deve cooperare nell'accertare i fatti funzionali al riconoscimento dello *status* di rifugiato; sicché, in caso di dubbi sugli elementi addotti dal ricorrente, gli stessi non potrebbero essere puramente e semplicemente scartati senza prove, stante «il dovere di compiere un'attività istruttoria ufficiosa» con i poteri a disposizione del giudice, dovere che sussiste sempre, anche in presenza di dichiarazioni contraddittorie dell'interessato⁴⁴. Ora, affinché quell'onere di cooperazione possa ritenersi soddisfatto, il giudice di merito non potrebbe limitarsi ad asserire l'infondatezza della domanda richiamando genericamente delle fonti internazionali, senza ulteriore indicazione. In altri termini, il giudice non deve accontentarsi di generiche enunciazioni, d'altro canto sorgente di equivoci quanto alla loro attribuzione, ma deve indicare con precisione quali fonti abbia utilizzato nel pervenire alla propria decisione⁴⁵. La qual cosa, trattandosi di decisioni giudiziali, è funzionale all'esercizio del diritto ad un ricorso effettivo, e adegua ermeneuticamente le disposizioni di cui si tratta all'art. 111 Cost.⁴⁶.

⁴² V. Part. 2 *bis* del decreto legislativo n. 25, cit. Adattandosi alla disciplina dell'Unione, la legislazione italiana prevede che le domande siano esaminate dalla Commissione territoriale individualmente «sulla base di un congruo esame» ai sensi del decreto legislativo n. 251, del 19 novembre 2007, e cioè «in cooperazione con il richiedente» (art. 3, par. 1 di tale decreto); che l'esame sia svolto «alla luce di informazioni precise e aggiornate circa la situazione generale esistente nel Paese di origine dei richiedenti asilo e, ove occorra, dei Paesi in cui questi sono transitati, elaborate dalla Commissione nazionale sulla base dei dati forniti dall'UNHCR, dall'EASO, dal Ministero degli affari esteri anche con la collaborazione di altre agenzie ed enti di tutela dei diritti umani operanti a livello internazionale, o comunque acquisite dalla Commissione stessa» (art. 8, par. 3); che quelle informazioni siano acquisite anche di ufficio (dalla Commissione o dal giudice di primo grado: art. 27, par. 1 *bis*); e che la decisione della Commissione territoriale (che può condurre alle possibili conclusioni elencate dall'art. 32) debba essere corredata delle motivazioni di fatto e di diritto, indicando i mezzi di impugnazione ammissibili (art. 9, par. 2). Come è facile scorgere, queste possono essere costruite compiutamente tenendo conto delle informazioni e delle loro fonti.

⁴³ Così la Corte di cassazione nell'ordinanza n. 11312, del 29 febbraio 2019. Vale la pena di riportare alcune statuizioni della stessa Corte. Nell'ordinanza n. 17069, del 28 giugno 2018, si legge che l'art. 27, cit., interpretato alla luce degli artt. 5, comma 1, e 8, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008, offre «la possibilità, e dunque il dovere, [...] di accertare d'ufficio», a mezzo di informazioni reperibili dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo la situazione del Paese di origine. Con ordinanza n. 7831, del 19 febbraio-20 marzo 2019, ricordato, per l'appunto, «il dovere officioso del giudice di cooperare alla verifica delle situazioni allegare dal ricorrente», la Corte, ha sottolineato che, dati dei fatti costitutivi del diritto di protezione allegati dal richiedente, «sorge il potere-dovere del giudice di accertare anche di ufficio» l'esistenza di «fenomeni di violenza indiscriminata», nel senso indicato dall'interessato.

⁴⁴ Ordinanza n. 24010, del 30 ottobre 2020.

⁴⁵ V. pure l'ordinanza n. 29031, del 30 dicembre 2020.

⁴⁶ A sostegno della posizione probatoria del richiedente protezione, con ordinanza n. 11097, del 19 aprile 2019, la Corte di cassazione ha statuito altresì che, proprio in considerazione del dovere officioso di controllare la validità delle dichiarazioni del ricorrente, il giudice è tenuto a verificare l'autenticità della documentazione prodotta solo in copia dal medesimo ricorrente a sostegno delle proprie ragioni. In altri termini, la

L'approccio seguito dalla Corte risponde all'esigenza di mitigare il rapporto inizialmente squilibrato delle posizioni delle parti nel giudizio di protezione internazionale⁴⁷, con conseguente incidenza sul tradizionale principio dispositivo vigente nelle regole probatorie del processo civile e sulla loro interpretazione. E ciò, in consonanza con alcune indicazioni dell'Avvocato generale Bot⁴⁸, denota la particolarità di quel giudizio. Si pensi, in particolare, al ruolo del principio del dovere di cooperazione istruttoria in un processo in cui si tratti del riconoscimento della protezione internazionale a vittime della tratta⁴⁹.

ABSTRACT: *L'irragionevole leggerezza del concetto di Paese terzo sicuro*
MANCA ABSTRACT IN INGLESE

Il concetto del *safe country* fa parte dell'acquis dell'UE. La direttiva 2013/32/UE reca le possibili varianti del concetto in esame. L'attivazione nell'ordinamento interno del concetto di Stato di origine sicuro consente che la domanda di protezione internazionale sia esaminata nel corso di una procedura accelerata (semplificata). Non si tratta di un meccanismo procedurale in senso stretto, bensì di una presunzione materiale di sicurezza che va scartata al fine di ottenere la protezione. La variabilità del concetto in esame denota le incertezze che accompagnano la presunzione di sicurezza di alcuni Stati; né l'essere parte di atti sui diritti dell'uomo è da solo indicativo con persuasione dell'effettività della tutela dei diritti individuali garantiti da quegli atti. Dalla giurisprudenza interna e delle due Corti europee risulta, in particolare, l'esigenza di un esame individualizzato della domanda di protezione, non pregiudicata, dunque, dall'operare del concetto in parola, in specie nella variabile del Paese di origine sicuro. È evidente la centralità del ruolo delle autorità competenti nell'assumere informazioni volte a delineare la situazione dello Stato di rinvio. La qual cosa trova riscontro nella giurisprudenza in parola. In proposito non è privo di rilievo ricordare il consolidato orientamento giurisprudenziale della Corte di cassazione volta a mitigare il rapporto inizialmente squilibrato delle posizioni delle parti nel giudizio di protezione internazionale, con conseguente incidenza sul tradizionale principio dispositivo vigente nelle regole probatorie del processo civile e sulla loro interpretazione.

documentazione in parola non potrebbe essere scartata *tout court* dal giudice, in quanto esibita in copia o in apparenza falsa, ma deve costituire oggetto di indagine (ad esempio, attraverso canali diplomatici), in funzione del controllo in parola.

⁴⁷ V. l'ordinanza n. 25534, del 13 dicembre 2016.

⁴⁸ Cfr. le conclusioni presentate il 29 giugno 2016, in causa C-429/15, *Danqua*, paragrafi 70 e 75, ECLI:EU:C:2016:485.

⁴⁹ Nell'ordinanza n. 26418 del 26/04/2022, la Suprema Corte ha statuito che: «il richiedente asilo ha l'onere di allegare i fatti, ma non di qualificarli, compito questo del giudice che deve, in adempimento del dovere di cooperazione, a tal fine analizzare i fatti allegati, senza modificarli né integrali, comparandoli con le informazioni disponibili, pertinenti e aggiornate sul Paese di origine e sui Paesi di transito, nonché sulla struttura del fenomeno, come descritto dalle fonti convenzionali ed internazionali, e dalle Linee guida per la identificazione delle vittime di tratta redatte dall'UNHCR e dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo». Inoltre: «È compito del giudice accertare nel singolo caso, tramite informazioni pertinenti ed aggiornate sul paese di origine, il rischio attuale di ulteriori atti lesivi, dello stesso tipo di quelli già subiti, ovvero anche diversi ma che possono comunque qualificarsi come atti persecutori, quali atti discriminatori fondati sul genere».



EMANUELE LA ROSA*

“CONTROLLO PENALE DEI FLUSSI MIGRATORI” VS. “PROTEZIONE DEI DIRITTI UMANI”: IL FAVOREGGIAMENTO DELL’IMMIGRAZIONE IRREGOLARE NEL DIRITTO PENALE ITALIANO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *L’incerto confine tra trafficking e smuggling*. – 3. *La criminalizzazione diretta e/o indiretta del c.d. “smuggling umanitario”*. – 4. La sproporzione del trattamento sanzionatorio. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Il diritto penale dell’immigrazione offre una rappresentazione emblematica dell’involuzione che sembra caratterizzare il diritto penale (o, forse, sarebbe più corretto dire il diritto punitivo) contemporaneo¹.

Ci si trova di fronte ad una sorta di laboratorio, nel quale si sono sperimentate vere e proprie tecniche di mutazione genetica del tradizionale arsenale garantistico del diritto penale liberale². Tutto ciò legittimato dalla volontà di perseguire una preminente esigenza di respingimento di un (presunto?) nemico esterno.

E qui entra in gioco il paradigma, spesso evocato, del “diritto penale del nemico”.

* Professore associato di Diritto penale – Università degli Studi di Messina.

¹ F. CURI, F. MARTELLONI, A. SBRACCIA, E. VALENTINI, *I migranti sui sentieri del diritto*, Torino, 2021; C. CESARI (a cura di), *Stranieri in Italia. Una riflessione a più voci*, Padova, 2022.

² F. FORZATI, *Il diritto penale dell’immigrazione oltre i diritti e le garanzie della persona. Il D.L. 14 giugno 2019 n. 53 e le nuove frontiere della disegualianza sanzionatoria*, in *Arch. pen.*, 27 dicembre 2019, p. 5. In argomento, tra gli altri, 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*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 28 ss.; G.L. GATTA, *La criminalizzazione della clandestinità tra scelte nazionali e contesto europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 189 ss.; A. CAVALIERE, *Punire per ottenere “sicurezza”: corsi e ricorsi di una illusione repressiva*, in *Leg. pen.*, 20 aprile 2021; G. LOSAPPIO, *Insicurezza marginale e diritto penale dell’immigrazione*, in G. LOSAPPIO (a cura di), *Popolazione migrante*. Atti del convegno multidisciplinare Taranto, 24 maggio 2019, Quaderni del Dipartimento Jonico, 2020 (<https://w3.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali/i-quaderni/quaderni-2020/OKGiuseppeLosappioestrattoQuaderni142020.pdf>).

Perché si può affermare che il diritto penale dell’immigrazione è espressione del paradigma del *Feindstrafrecht*?

Per rispondere a questa domanda, occorre preliminarmente chiarire cosa si intende per “diritto penale del nemico”: un diritto penale “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 pericolosi³. 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»⁴.

Ora, se è vero che 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 esso 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.

Sono dinamiche in atto da tempo, che la legislazione della fine del secondo decennio del millennio in corso ha solo accentuato fin quasi ad estremizzarle⁵. Dinamiche che interessano tanto le norme incriminatrici in senso stretto, quanto la disciplina amministrativa di contorno: entrambi sono chiaramente ispirati ad una logica di esclusione nella misura in cui cercano di limitare, ostacolare o escludere ogni processo di assimilazione o di integrazione.

Il risultato è l’emersione di un vero e proprio “statuto penale differenziato dell’immigrazione”⁶, caratterizzato da un approccio “derogatorio” del sistema delle garanzie

³ Nella vastissima letteratura sul tema, si segnalano, senza pretesa alcuna di esaustività, AA.VV., *Diritto penale del nemico*, fascicolo monografico di *Questione giustizia*, 2006, n. 4; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cassazione penale*, 2006, p. 735 ss.; M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milano, 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 *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 470 ss.; A. CAVALIERE, *Neoliberalismo e politica criminale repressiva*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, p. 125 ss.

⁴ L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell’immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Nuove autonomie*, 2013, p. 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 *Rassegna italiana di sociologia*, 1999, p. 5 ss.

⁵ 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 *Questione giustizia*, 2009, p. 101 ss. Tra i numerosi contributi, 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 *Diritto penale e processo*, 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 *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, p. 675 ss.; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, p. 25 ss.; A. CAVALIERE, *Punire per ottenere “sicurezza”*, cit., p. 19 ss.; G.L. GATTA, V. MITSILEGAS, S. ZIRULIA (eds.), *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on ‘Crimmigration’*, Hart Publishing, Oxford, 2021.

⁶ Sul punto, L. FERRAJOLI, *Il «diritto penale del nemico» e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. giust.*, 2006, p. 799 ss.; D. PULITANÒ, *Lo sfaldamento del sistema penale e l’ottica amico-nemico*, ivi, p. 751; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza*, cit., p. 5.

(anche procedurali), che si realizza attraverso meccanismi e strategie politico-criminali diverse ma convergenti, riconducibili al fenomeno della c.d. “*Crimmigration*”⁷, cioè della fusione/sovrapposizione tra diritto penale e gestione amministrativa del fenomeno migratorio, i cui tratti essenziali sono: la consistente limitazione della libertà personale del migrante, soprattutto attraverso il ricorso alla detenzione amministrativa; la predisposizione di fattispecie penali a tutela del diritto dell’immigrazione; la previsione di sanzioni o, comunque, di misure amministrative che incidono in senso restrittivo sull’accesso o sulla permanenza dello straniero sul territorio dello Stato in conseguenza della commissione di illeciti penali.

Non sembra azzardato affermare che la *crimmigration* si pone, rispetto al diritto penale del nemico, in un rapporto di genere a specie. Si tratta, infatti, di un sistema teso al controllo sociale e all’esclusione di coloro che, sulla base di scelte politiche, risultano indesiderati.

Non a caso tutto il sistema è orientato verso un obiettivo ben preciso: l’espulsione dello straniero (qualificato come) indesiderabile⁸.

In questo contesto, un profilo che merita particolare attenzione è quello relativo all’analisi delle politiche penali di contrasto al fenomeno del traffico di migranti.

Non vi è dubbio che la repressione del favoreggiamento dell’immigrazione irregolare mediante il ricorso a strumenti penali rappresenti una costante nel panorama delle politiche europee e nazionali destinate alla protezione delle frontiere.

La questione non è tanto discutere dell’opportunità o della necessità di una criminalizzazione di questo fenomeno, quanto esaminare criticamente le modalità concrete di un tale intervento punitivo.

Prendendo specificatamente in esame l’esperienza italiana emerge come il delitto di *Favoreggiamento dell’immigrazione irregolare* – disciplinato nell’art. 12 T.U. Immigrazione – presenti numerosi profili di criticità, che potrebbero tradursi in altrettante ipotesi di illegittimità costituzionale o di frizione con svariati strumenti normativi sovranazionali.

Naturalmente non sarebbe possibile analizzarli tutti nel breve spazio del presente contributo. Ci si limiterà a segnalarne alcuni tra i più significativi:

- a) il confine incerto che connota nel diritto penale italiano il rapporto tra *trafficking* e *smuggling*;
- b) la possibile criminalizzazione – diretto e/o indiretta – del c.d. “*smuggling* umanitario”;
- c) la sproporzione del trattamento sanzionatorio per il reato di Favoreggiamento dell’immigrazione irregolare ex art. 12 T.U. Immigrazione.

2. L’incerto confine tra trafficking e smuggling

⁷ L’espressione è stata coniata da J. STUMPF, *The crimmigration crisis: immigrants, crime and sovereign power*, in *American University Law Review*, 2006, p. 367 ss.

⁸ A. SPENA, *La crimmigration*, cit., p. 502, osserva come «anziché comprendere l’incremento dei flussi migratori in entrata come fenomeno strutturale, inevitabile, da governare mediante un radicale ripensamento di politiche culturali e sociali e la ricerca di forme di cooperazione internazionale adeguate, lo Stato ha continuato invece a vedervi, in primo piano, una questione di ordine pubblico e di pubblica sicurezza, solo proporzionalmente macroscopica rispetto al passato».

Gran parte delle criticità che caratterizzano il modello italiano di contratto all’immigrazione irregolare ruotano intorno al controverso rapporto tra il delitto di *Favoreggiamento* previsto dall’art. 12 T.U. Immigrazione (*Trafficking*) e quello di *Tratta di esseri umani* ex art. 602 c.p. (*Smuggling*).

Il confine tra le due ipotesi emerge con una certa chiarezza se si prende in esame i la Convenzione di Palermo contro la criminalità organizzata transnazionale, adottata all’Assemblea delle Nazioni Unite il 15 novembre 2000 ed entrata in vigore il 29 settembre 2003, ed in particolare i suoi due protocolli addizionali, aventi ad oggetto l’uno il *trafficking in persons* (traffico di esseri umani) e l’altro lo *smuggling of migrants* (contrabbando di migranti)⁹.

Si tratta di una distinzione fondata essenzialmente sul consenso del migrante: il consenso è estorto o viziato, in concreto o in via presuntiva, nel caso di tratta di persone, mentre sussiste pienamente nel caso di traffico di migranti. Non solo: nella definizione di “tratta”, il relativo protocollo attribuisce rilievo centrale ad un elemento assente nella seconda situazione: la posizione di vulnerabilità della vittima. Anzi è proprio questa condizione a privare di qualsiasi valore giuridico il consenso “prestatato”¹⁰. Detto in altri termini: il *trafficking* comporta sempre una posizione di subordinazione di un soggetto ad un altro, il quale lo sfrutta nelle forme più varie, ma tutte accomunate dalla loro capacità di incidere sul nucleo intangibile della dignità dell’uomo; lo *smuggling*, invece, essendo volto a tutelare l’interesse statale alla regolazione degli accessi di stranieri sul proprio territorio, risulta difficilmente riconducibile alle «tradizionali forme di tutela dei diritti della vittima, le quali sono prevalentemente ritagliate su posizioni individuali»¹¹.

Un ulteriore elemento del quale occorre tenere conto è che l’art. 6 del Protocollo sullo *Smuggling* impone agli Stati contraenti di sanzionare penalmente il fenomeno solo se commesso «al fine di ricavare, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o materiale».

Non solo. Nel *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* si legge: «The travaux

⁹ G. MICHELINI, *I protocolli delle Nazioni Unite contro la tratta di persone e contro il traffico di migranti: breve guida ragionata*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 2002, 1, p. 41. In argomento, F. PARISI, *Il contrasto al traffico di esseri umani tra modelli normativi e risultati applicativi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2016, p. 1763 ss.;

¹⁰ C. STOPPINI, *Tratta, sfruttamento e smuggling: un’ipotesi di finium regundorum a partire da una recente sentenza*, in *Legislazione penale*, 24 gennaio 2019; M.G. GIAMMARINARO, *Il Protocollo sulla tratta di esseri umani*, in E. ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, Milano, 2007, p. 424. In argomento, V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione col traffico di migranti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, p. 86 ss., che evidenzia l’opportunità di una visione integrata, che tenga conto tanto della tutela dei diritti umani quanto di logiche più strettamente securitarie. Una lettura parzialmente diversa offre L. GOISIS, *L’immigrazione clandestina e il delitto di tratta di esseri umani. Smuggling of migrants e traffickig in persons: la disciplina italiana*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 novembre 2016, p. 6, secondo cui a distinguere i due fenomeni sarebbe essenzialmente lo scopo: l’attraversamento delle frontiere, nel caso del *trafficking*, lo sfruttamento finale delle persone vittime di tratta, nelle ipotesi di *smuggling*. In altri termini, nel traffico di migranti il soggetto criminale svolge una funzione assimilabile a quella di una agenzia che offre un servizio di trasporto disinteressandosi completamente del futuro della persona trasportata; viene così ad instaurarsi un rapporto “commerciale” tra il migrante che chiede un servizio, di norma illegale, ed il criminale che glielo offre dietro adeguato compenso; al contrario, nella tratta degli esseri umani, di norma, non vi è alcuna pattuizione tra criminale e vittima ed il destino della “merce” ha una rilevanza fondamentale per il trafficante, poiché i reali guadagni derivano dal futuro impiego che il criminale farà del “bene” trasportato (prostituzione, lavoro nero, pedopornografia, ecc).

¹¹ Così, V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani*, cit., p. 99, secondo cui la mancata previsione espressa di una tutela dei diritti delle vittime «non dipende da una casuale dimenticanza o da una non pienamente maturata riflessione in materia nel corso dei lavori preparatori».

préparatoires should indicate that the reference to “a financial or other material benefit” as an element of the definition in subparagraph (a) was included in order to emphasize that the intention was to include the activities of organized criminal groups acting for profit, but to exclude the activities of those who provided support to migrants for humanitarian reasons or on the basis of close family ties. It was not the intention of the Protocol to criminalize the activities of family members or support groups such as religious or non-governmental organizations»¹².

Si tratta di due elementi dei quali un legislatore attento dovrebbe tenere in debito conto quando affronta il tema della tipizzazione penale dei due fenomeni.

Nella legislazione italiana, invece, la suddetta distinzione non è così netta. Basti pensare che tra le ipotesi di *Favoreggiamento* aggravato ve ne sono alcune che potrebbero facilmente essere ricondotte alla tipologia criminologica del traffico di esseri umani:

- a) quando *la persona trasportata è stata esposta a pericolo per la sua vita o per la sua incolumità per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale;*
- b) quando *la persona trasportata è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante;*
- c) quando i fatti sono commessi *al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale o lavorativo ovvero riguardano l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento.*

A onor del vero, la scelta del legislatore italiano di non adottare un approccio strettamente dicotomico - basato sulla diversa posizione dello straniero (autore o vittima del reato) - potrebbe sembrare il risultato di una presa di coscienza dell'osmosi tra i due fenomeni del *Trafficking* e dello *Smuggling*¹³.

In effetti, non si può negare che nella realtà empirica ci si trovi spesso più che di fronte a due fenomeni criminali nettamente distinti, al cospetto di diverse manifestazioni del medesimo fenomeno, che si intrecciano fino ad assumere contorni indistinguibili¹⁴. Basti pensare al caso dei migranti inizialmente favoriti nell'immigrazione clandestina, per poi diventare, una volta giunti a destinazione, oggetto di sfruttamento: coloro che, per sfuggire alla loro condizione di miseria nel Paese di origine, si rivolgono a gruppi che agiscono nell'illegalità per superare le barriere fisiche e giuridiche tra i diversi Stati sono esposti al rischio di rimanere ingabbiati in inganni, soprusi e ricatti che determinano una condizione di sfruttamento.

Si possono, tuttavia, nutrire seri dubbi sulla correttezza di una simile chiave di lettura.

Nelle sue scelte di incriminazione, il legislatore italiano sembra essersi concentrato sul profilo della “violazione oggettiva” delle norme che regolano l'immigrazione regolare, piuttosto che focalizzare la sua attenzione sulla presenza o meno del consenso del migrante o su altre specifiche peculiarità dei due fenomeni presi in considerazione.

¹² Il testo integrale del rapporto è reperibile al seguente url: https://www.unodc.org/pdf/crime/final_instruments/383a1e.pdf.

¹³ In effetti, è innegabile che la prassi possa presentare delle zone d'ombra. Basti pensare al caso dei migranti inizialmente favoriti nell'immigrazione clandestina, per poi diventare, una volta giunti a destinazione, oggetto di sfruttamento.

¹⁴ Sul punto, F. SPIEZIA, *La tratta di esseri umani: gli strumenti investigativi di cooperazione internazionale*, datt. Relazione CSM, Roma, 14 ottobre 2008, p. 2 ss.; N. PARISI, *I limiti posti dal diritto internazionale alle scelte di penalizzazione del legislatore interno in materia di immigrazione irregolare*, in R. SICURELLA (a cura di), *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, Torino, 2012, p. 89; 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. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, 2015, p. 105; V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani*, cit., p. 104.

La norma incriminatrice del T.U. Immigrazione è costruita in maniera onnicomprensiva e considera favoreggiamento dei migranti anche una condotta posta in essere senza fini di lucro e con finalità solidaristiche o umanitarie: se, infatti, per il reato di *Favoreggiamento della permanenza* dello straniero irregolarmente presente nel territorio italiano è punibile, ai sensi dell'art. 12 commi 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 specifico¹⁵.

Il mancato riferimento al dolo di ingiusto profitto per il reato di *Favoreggiamento dell'ingresso* è un chiaro riflesso della scelta del legislatore di non costruire le ipotesi normative come disposizioni a tutela dei migranti irregolari, le cui vite vengono deliberatamente messe in pericolo e la cui dignità personale viene offesa da autori generalmente appartenenti ad organizzazioni criminali, che gestiscono il traffico di migranti per finalità di lucro¹⁶. Ciò che rileva non è la tutela *del* migrante, ma la tutela dell'ordine pubblico, della “regolarità dei flussi” *dal* migrante¹⁷. La protezione dei migranti - ammesso che rilevi - resta relegata sullo sfondo. Non a caso, anche le condotte solidaristiche di privati e operatori di ONG possono ritenersi tipiche ai sensi dell'art. 12 T.U. Immigrazione - nonostante si tratti di mettere al sicuro vite umane -, proprio perché «costoro aiutano i migranti a violare le regole in materia di immigrazione e vanno puniti, allo stesso modo di chi aiuta i migranti a scopo di lucro, esponendoli a trattamenti inumani e degradanti e/o mettendone a rischio l'incolumità»¹⁸.

È vero che il legislatore italiano, nell'escludere la necessità che il delitto di *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare* sia necessariamente commesso con dolo specifico di profitto sembra porsi in coerenza con le disposizioni della Direttiva 2002/90/CE¹⁹.

Resta comunque il fatto che ci si trova dinnanzi ad una situazione di ambiguità criticabile sotto molteplici punti di vista.

In primo luogo, solleva la questione dell'esistenza di un eventuale concorso apparente di norme piuttosto che di un concorso di reati: in che rapporto si pongono tra di loro il delitto previsto dall'art. 12 T.U. Immigrazione e quello di cui all'art. 602 c.p.? È una questione dibattuta in giurisprudenza. Non sono mancate prese di posizioni che, muovendo da una rigorosa ricostruzione del diverso bene giuridico tutelato dalle due norme incriminatrici, escludono che il rapporto tra le due norme possa presentare anche solo un parziale punto di contatto e consentire un assorbimento nella *Tratta* del delitto di *Favoreggiamento*²⁰. Una posizione largamente condivisibile, ma che nella sua rigidità finisce con negare radicalmente i possibili punti di sovrapposizione fattuale e normativa tra i due fenomeni, che - come detto - sono innegabilmente presenti²¹. In senso diametralmente opposto si pone una più recente

¹⁵ In argomento, L. MASERA, *L'incriminazione*, cit., p. 231 ss.

¹⁶ Così, A. CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sist. pen.*, 2022, 4, p. 64, secondo cui l'equiparazione della solidarietà al traffico di migranti rappresenterebbe una irragionevole violazione dell'art. 3 Cost.

¹⁷ F. CURI, *Il diritto penale speciale del testo unico immigrazione*, in F. CURI, F. MASTELLONI, A. SBRACCIA, E. VALENTINI, *I migranti sui sentieri del diritto*, cit., p. 136, 140.

¹⁸ A. CAVALIERE, *Le vite dei migranti*, cit., p. 64.

¹⁹ J. ESCOBAR VEAS, *Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti: analisi critica della legislazione europea*, in *Dir. pen. cont.- Riv. trim.*, 2018, 1, p. 111 ss., osserva come la confusione tra i due reati nasca proprio dal fatto che nel *Favoreggiamento* «il fine di profitto non è stato previsto come elemento della fattispecie, ma è stato relegato a semplice circostanza aggravante». Lo stesso Autore, peraltro, ritiene che il reato di favoreggiamento non trovi alcuna descrizione o regolamentazione a livello internazionale (non sarebbe cioè previsto dalla Convenzione di Palermo), essendo piuttosto una “creazione” di matrice europea, in particolare, della Direttiva 2002/90/CE.

²⁰ Cass. pen. sez. III, 8 ottobre 2015, n. 50561, in *www.onelegale.it*.

²¹ V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani*, cit., p. 106.

decisione della Corte di Cassazione, secondo cui il *Favoreggiamento* deve ritenersi assorbito nella *Tratta*²². In questo modo, però, si fa intendere che un fatto possa “di norma” integrare astrattamente entrambi i delitti; la qual cosa contrasta con l’incompatibilità logica che – per le ragioni sopra esposte – dovrebbe esistere tra i due.

In secondo luogo, la latitudine particolarmente ampia del fatto tipico di “favoreggiamento” ha portato (e porta) all’instaurazione di numerosi procedimenti penali nei confronti di organizzazioni non governative che svolgono attività di ricerca e soccorso in mare. È vero che la giurisprudenza ha escluso la responsabilità penale. Lo ha fatto attraverso un uso sapiente delle cause di giustificazione: esercizio di un diritto, adempimento di un dovere, stato di necessità²³.

Ma questo confortante risultato non può far dimenticare due cose.

La prima è che i processi contro le ONG - a prescindere dall’esito - si inseriscono in un processo di criminalizzazione “indiretta” che cerca di far apparire i soccorritori come “nemici” davanti all’opinione pubblica²⁴, alimentando una “narrazione” che finisce col criminalizzare ogni forma di soccorso o di aiuto.

Se fino al 2016 il soccorso in mare aveva rappresentato uno dei pochi aspetti del fenomeno migratorio ad essere guardato con un certo favore da parte dell’opinione pubblica²⁵, successivamente il clima è mutato ed è emerso il sistematico accostamento tra soggetti impegnati nel salvataggio e trafficanti di migranti²⁶. Un processo innescato indubbiamente da martellanti campagne politico-mediatiche, ma alimentato anche dalle summenzionate vicende giudiziarie. Poco importa che nessuno di questi procedimenti penali si sia concluso con una condanna degli imputati. Preme sottolineare come, secondo un meccanismo ben noto, il solo fatto che si avvii un procedimento penale a carico degli appartenenti ad una ONG ingenera nell’opinione pubblica una immagine (sia pure solo suggestiva) di colpevolezza, che la successiva assoluzione non è in grado di cancellare.

In secondo luogo, si è assistito a ripetuti tentativi di aggirare i limiti imposti dalla giurisprudenza introducendo un’apposita figura di illecito atta a sanzionare la violazione del divieto di ingresso nelle acque territoriali italiane. È la c.d. “politica dei porti chiusi” cioè della chiara volontà politica di “chiudere le porte” 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...). Una politica che ha

²² Cass. pen., sez. I, 13 agosto 2021, n. 31650, in *Giurisprudenza italiana*, 2022, p. 203 ss., con nota di A. CAPUTO, *Sul rapporto tra i reati di tratta di persone e di favoreggiamento delle migrazioni illegali*. In argomento, anche per una analisi degli orientamenti giurisprudenziali precedenti rispetta a tale pronuncia, V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani*, cit., p. 105 ss.

²³ Per una ricostruzione dei diversi procedimenti penali avviati a carico delle ONG e poi archiviati, L. MASERA, *Soccorsi in mare e diritto penale nella stagione dei porti chiusi – Alcune riflessioni a partire dal caso di Carola Rackete*, in *Legislazione penale. pe*, 22 aprile 2022, p. 1 ss. In argomento anche, A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, p. 1859 ss.;

²⁴ Sul tema sia consentito il rinvio a E. LA ROSA, *Il governo delle politiche migratorie tra criminalizzazione e giustificazione*, in C. CESARI (a cura di), *Stranieri in Italia*, cit., p. 93 ss.

²⁵ Un atteggiamento in evidente controtendenza rispetto a quello riservato ad altri profili legati al fenomeno (la gestione dell’accoglienza, l’asilo politico), associati alla paura, all’intolleranza e allo scontro politico. Osservava 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: 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»

²⁶ Per una ricostruzione di questo mutamento negli umori dell’opinione pubblica, L. MASERA, *L’incriminazione dei soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disumano?*, in *Questione giustizia*, 2018, p. 225 ss.

trovato la sua espressione massima proprio nell’attribuzione al Ministro dell’Interno di un inedito potere di polizia della navigazione: un vero e proprio potere “provvedimentale”, suscettibile di incidere su situazioni concrete ed estraneo alle attività di coordinamento tra autorità italiane ed europee di controllo necessarie per la gestione delle attività di soccorso in mare. Un potere, quello attribuito al Ministero dell’Interno, peraltro, destinato ad interferire, fin quasi a sovrapporsi con quello che l’art. 83 del Codice della navigazione attribuisce al Ministro delle Infrastrutture e dei trasporti²⁷.

Introdotta per la prima volta con il d.l. 14 giugno 2019, n. 53 (c.d. Decreto Salvini *bis*), la previsione è stata oggetto di ripetuti interventi correttivi, che hanno interessato tanto i contenuti, quanto la natura giuridica dell’illecito.

Quest’ultimo profilo merita una riflessione più approfondita. Il succedersi degli interventi legislativi è stato caratterizzato da una apparente contraddizione: l’afflittività delle sanzioni è stato sempre inversamente proporzionale al modello punitivo adottato; alla previsione di un illecito amministrativo è corrisposto un apparato sanzionatorio più gravoso per gli operatori delle ONG, mentre l’adozione del tipo “reato” è coinciso con un alleggerimento sostanziale della risposta sanzionatoria.

Quando il legislatore, con il c.d. decreto Salvini-bis del 2019 ha introdotto per la prima volta apposite sanzioni per la violazione del divieto di ingresso e sosta nelle acque territoriali, aveva previsto sanzioni amministrative durissime (sanzione pecuniaria sino a 1 milione di euro e confisca dell’imbarcazione già alla prima violazione). Quando la nuova maggioranza, con il cd. decreto Lamorgese del 2020, ha voluto rendere meno aspro il il trattamento riservato alle ONG, pur non abolendo tout court le sanzioni previste nel 2019, ha sostituito la sanzione amministrativa con quella penale cumulativa della reclusione sino a due anni e della multa da 10.000 a 50.000 euro, senza la previsione di ipotesi speciali di confisca. Nel 2023, quando l’obiettivo del Governo è quello di re-inasprire la reazione punitiva, il delitto viene abrogato, ed al suo posto torna applicabile una sanzione amministrativa (di identico importo della multa che va a sostituire), con confisca amministrativa della nave.

In realtà, la depenalizzazione dell’illecito da parte del c.d. Decreto Piantodosi (d.l. 23 gennaio 2023, n. 1, convertito con modificazioni dalla l. 24 febbraio 2023, n. 15)²⁸, lungi dall’esprimere la volontà di riconoscere al fatto un minor disvalore, rappresenta piuttosto un pericoloso esempio di fuga dalla giurisdizione, al cui giudizio ci si intende sottrarre affidando all’autorità amministrativa la potestà sanzionatoria; un tentativo reso più grave dalla circostanza che la magistratura ha già fornito un giudizio chiaro di liceità della pratica dei soccorsi in mare, e perseguire lo stesso da parte del Governo una strategia di criminalizzazione (intesa nel senso lato della *crimmigration*, che comprende anche l’apparato punitivo di natura amministrativa) ha il preciso significato di aggirare le indicazioni provenienti dal sistema giudiziario. La scelta di rinunciare alla sanzione penale è un modo per aggirare il controllo di una giurisprudenza penale che ha ormai a più riprese affermato la

²⁷ L. MASERA, *Il contrasto amministrativo alle ONG che operano soccorsi in mare, dal codice di condotta di Minniti, al decreto Salvini bis e alla riforma Lamorgese: le forme mutevoli di una politica costante*, in *Questione giustizia*, 15 giugno 2021, p. 1 ss. In argomento, tra gli altri, A. DI MARTINO, L. RICCI, *Il delitto*, cit., 3 ss.; S. ZIRULIA, *Decreto Sicurezza bis: novità e profili critici*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 giugno 2019; E. LA ROSA, *Soccorso in mare e criminalizzazione “diretta” e “indiretta” delle ONG*, in *Ordine internazionale e diritti umani, Speciale Controllo e gestione dei flussi migratori nell’Europa del Sud. Studio comparato dell’esperienza spagnola e italiana* Supplemento al n. 1/2020, p. 365 ss.

²⁸ L. MASERA, *Il d.l. Piantodosi sulle operazioni di soccorso in mare: l’ennesimo tentativo di impedire ciò che il diritto internazionale impone e il problema della depenalizzazione come fuga dalla giurisdizione*, in *Sistema penale*, 13 febbraio 2023.

legittimità dell’operato delle navi umanitarie. L’obiettivo del Governo è chiaro: sottrarre alla magistratura il potere sanzionatorio, ad attribuirlo alla struttura amministrativa del Ministero dell’Interno, che si ritiene evidentemente più sensibile dell’ordine giudiziario alle aspettative della politica. Certo, qualora i prefetti applichino le sanzioni previste dai decreti, le ONG potranno impugnarle davanti all’autorità giudiziaria; ma intanto le sanzioni saranno state applicate e i fermi disposti, e quando poi intervenisse una decisione negativa in sede di impugnazione il risultato comunicativo sarà già stato raggiunto: un atteggiamento che è quasi eufemistico definire “pericoloso”²⁹.

Se dalla forma si passa ai nuovi contenuti dell’illecito, è evidente che si assiste non solo ad un inasprimento delle sanzioni, ma anche ad un aggravio di obblighi e di procedure a carico di quanti sono impegnati in attività di *search and rescue* in mare.³⁰

Basti qui rilevare come il decreto Piantedosi accentui la retorica anti-ONG alimentando un assunto – quello secondo cui la presenza nelle acque del Mediterraneo di ONG in attività di *Search and Rescue* funga da *pull factor* nei confronti dell’immigrazione clandestina e delle attività criminali ad essa collegate – che ha trovato (e trova) ampia risonanza nel dibattito pubblico, ma che risulta smentito da numerose indagini empiriche³¹.

Ma va riconosciuto che anche il precedente decreto Lamorgese, anziché risolvere le ambiguità nell’approccio al tema dell’attività di soccorso, aveva contribuito ad alimentarla ulteriormente.

In questa prospettiva, va letta la previsione del secondo periodo dell’art. 1, comma 2, d.l. n. 130 del 2020 - che il decreto Piantedosi ha oggi trasformato nel comma 2 *bis* della medesima disposizione – il quale, nel sanzionare la violazione del divieto d’ingresso nelle acque territoriali italiane disposta dal Ministro dell’Interno, esclude la possibilità di vietare «operazioni di soccorso immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo e allo Stato di bandiera ed effettuate nel rispetto delle indicazioni della competente autorità per la ricerca e il soccorso in mare, emesse sulla base degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali in materia di diritto del mare, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e delle norme nazionali, internazionali ed europee in materia di diritto di asilo, fermo restando quanto previsto dal Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata per combattere il traffico illecito di migranti via terra, via mare e via aria, reso esecutivo dalla legge 16 marzo 2006, n. 146».

Si tratta di una precisazione che risulta, nello stesso tempo, pleonastica e ambigua.

È pleonastica nella parte in cui non fa altro che richiamare il rispetto di obblighi contenuti in strumenti sovranazionali che, in quanto già ratificati dall’Italia, sono già

²⁹ L. MASERA, *Il d.l. Piantedosi*, cit.

³⁰ Per un esame dettagliato della nuova disciplina, L. MASERA, *Il d.l. Piantedosi*, cit. Sui profili di frizione con il diritto internazionale cui tale disciplina si espone, A. DI FLORIO, *L’influenza del diritto europeo ed internazionale sui diritti fondamentali dei migranti: a proposito del d.l. 1/2023*, in *Questione giustizia*, 6 febbraio 2023.

³¹ E. CUSUMANO, M. VILLA, *Sea Rescue NGOs: A Pull Factor of Irregular Migration?* Migration Policy Centre, in *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Policy Briefs*, n. 22/2019, p. 1 ss.; C. AMENTA, P. DI BETTA, C. FERRARA, *La crisi dei migranti nel Mediterraneo centrale: le operazioni di Search and Rescue non sono un fattore di attrazione*, in *Diritto immigrazione cittadinanza*, n. 2/2021, p. 16 ss.; C. DEIANA, V. MAHESHRI, G. MASTROBUONI, *Migration at Sea: Unintended Consequences of Search and Rescue Operations*, 23 settembre 2020 (https://www.gla.ac.uk/media/Media_753272_smxx.pdf). Questi studi evidenziano come altri siano i fattori che influenzano il flusso migratorio: le condizioni strutturali dei Paesi di origine, la necessità di fuga da situazioni di disperazione e di ricerca di un futuro migliore. Il tutto facilitato, questo sì, dalla presenza di *network* criminali; ed è verso questi ultimi che deve essere indirizzata l’azione di contrasto.

vincolanti: è evidente che laddove le indicazioni fornite dalle autorità risultassero obiettivamente in contrasto con le fonti sovranazionali menzionate dalla disposizione in esame, ne deriverebbe un difetto di vincolatività al quale conseguirebbe la possibilità di disattenderle senza incorrere in responsabilità penale.

È ambigua perché il riferimento al Protocollo addizionale alla Convenzione di Palermo, che contiene proprio l'obbligo di incriminazione del traffico di migranti, potrebbe lasciare intendere la possibilità che eventuali irregolarità delle operazioni di soccorso si possano tradurre nella astratta configurabilità del delitto di *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*.

Ricapitolando, la scelta di non subordinare la rilevanza penale del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare alla sussistenza del dolo specifico di profitto produce degli effetti a cascata sull'intero sistema del diritto penale dell'immigrazione destinato a metterne a repentaglio la tenuta complessiva. Un dato che emergerà con ancora maggiore evidenza nel proseguo della trattazione.

Peraltro, non è neppure vero che il diritto europeo - a differenza dei Protocolli aggiuntivi alla Convenzione di Palermo - imponga di punire anche il *trafficking* realizzato senza scopo di lucro. L'art. 1, comma 2, della Direttiva 2002/90/CE riconosce la possibilità per gli Stati membri «di non adottare sanzioni in relazione alle condotte di cui al comma 1, lettera a), applicando la legislazione e le prassi nazionali nei casi in cui siano finalizzate a fornire assistenza umanitaria alla persona interessata». Una opportunità che sarebbe stato preferibile sfruttare.

3. La criminalizzazione diretta e/o indiretta del c.d. “smuggling umanitario”

Quanto appena detto risulta direttamente correlato al secondo profilo di criticità menzionato all'inizio del presente contributo.

A rendere possibile l'applicazione di sanzioni punitive anche nei confronti di coloro che prestano aiuto e soccorso ai migranti a fini solidaristici non è solo la mancata inclusione del “fine di profitto” nella struttura del fatto tipico del delitto di *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*. A tale esito contribuisce anche la scelta del legislatore italiano di non consentire l'applicazione della c.d. “scriminante umanitaria” al delitto di Favoreggiamento dell'ingresso di migranti irregolari.

Cosa si intende per “scriminante umanitaria”? Si tratta di una particolare causa di giustificazione, prevista dall'art. 12, co. 2, T.U. Immigrazione, in forza della quale «Fermo restando quanto previsto dall'art. 54 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»³².

Fin dalla clausola di sussidiarietà espressa posta in esordio della disposizione, emerge il carattere speciale della scriminante rispetto a quella, generale, che disciplina lo “stato di necessità”. Più in particolare ci si trova di fronte ad una ipotesi caratterizzata da un più ampio di una maggiore ampiezza applicativa rispetto alla previsione codicistica: da un lato, non è necessario che la persona alla quale si presta l'aiuto o il soccorso umanitario si trovi in una

³² Sulla natura di causa di giustificazione della previsione, per tutti, A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, in A. CAPUTO, G. FIDELBO (a cura di), *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, vol. IX, Torino, 2012, p. 92.

situazione di pericolo di danno grave alla persona, essendo sufficiente che il migrante versi in «condizioni di bisogno»; dall'altro, «costrizione», «necessità» e «inevitabilità del pericolo», requisiti essenziali richiesti dall'art. 54 c.p. non rientrano tra quelli da cui dipende l'applicabilità della causa di giustificazione speciale.

Rilevante ai sensi dell'art. 12, co. 2, T.U. Immigrazione è il luogo in cui l'aiuto viene prestato: l'espresso riferimento al territorio “italiano” limita l'applicazione della norma all'ipotesi di aiuto al soggiorno e alla permanenza nel territorio dello Stato, escludendo l'ingresso³³.

La questione è la seguente: a dispetto di questo (almeno in apparenza) insormontabile sbarramento testuale, sarebbe comunque possibile applicare la causa di giustificazione di cui qui si discute ai casi di favoreggiamento dell'ingresso? Non mancano in dottrina posizioni propense a fornire una risposta affermativa a tale quesito. E lo fanno attraverso due percorsi ermeneutici alternativi: o facendo ricorso all'analogia *in bonam partem*, o valorizzando l'espressione «comunque presenti nel territorio dello Stato», da interpretare nel senso che per la sussistenza della causa di giustificazione sarebbe sufficiente la presenza dello straniero in territorio italiano, a prescindere dalle concrete modalità del suo arrivo (incluso, quindi, il caso del soccorso in mare)³⁴.

Per quanto animati da un nobile e apprezzabile intento si tratta di operazioni ermeneutiche alquanto “spericolate” e difficilmente sostenibili. Allo stato non pare possibile applicare analogicamente (o con interpretazioni estensive che si pongono al limite dell'analogia) l'ambito di applicazione della causa di giustificazione. Bisogna prendere atto che si tratta di una espressa e consapevole del legislatore³⁵.

La questione è semmai un'altra: può considerarsi una scelta legittima? Di ciò si può discutere.

In genere, per giustificare l'applicazione della “scriminante umanitaria” al favoreggiamento della permanenza e non a quello dell'ingresso si argomenta sulla base della ritenuta diversità oggettiva delle due situazioni, atteso che nel primo caso si tratta di favorire soggetti comunque già presenti del territorio dello Stato (quindi in costanza di una situazione di irregolarità già in atto), mentre nel secondo si tratterebbe di favorire l'instaurarsi di ulteriori situazioni di irregolarità oltre che un aumento del numero di stranieri privi di un valido documento di soggiorno³⁶.

Si tratta di una spiegazione niente affatto convincente: come noto, la *ratio* delle cause di giustificazione risiede in una esigenza di bilanciamento tra beni giuridici in conflitto; un bilanciamento all'esito del quale il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice esce

³³ Non a caso, nella vicenda giudiziaria che interessa l'ex sindaco di Riace Domenico Lucano, il pur ricco elenco dei capi d'imputazione compare il favoreggiamento dell'ingresso, ma non quello del soggiorno (che pure era stato contestato in fase di indagini preliminari). Si tratta, verosimilmente, di una conseguenza dell'implicito riconoscimento dell'applicabilità della “scriminante umanitaria”, attese le finalità solidaristiche che – come riconosciuto anche nella sentenza di condanna – animavano l'agire dell'imputato. In argomento, G. MENTASTI, *Caso Lucano: guida alla lettura del dispositivo della sentenza di primo grado*, in *Sistema penale*, 8 dicembre 2021; A. NATALE, *Alcune riflessioni sparse a partire dalla cd. Vicenda Lucano*, in *Questione giustizia*, 18 ottobre 2021.

³⁴ M. PATARNELLO, *Dissequestrata la nave Open Arms: soccorrere i migranti non è reato*, in *Questione giustizia*, 19 aprile 2018.

³⁵ S. BERNARDI, *I (possibili) profili penalistici dell'attività di ricerca e soccorso in mare*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2018, 1, p. 143.

³⁶ È questo l'argomento utilizzato dal *Conseil Constitutionnel* francese nella decisione n. 2018-717/718 QPC, in https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018717_718QPC.htm. Lo ricorda S. ZIRULLA, *Non c'è smuggling*, cit., p. 164.

soccombente rispetto a quello di cui è portatore nel caso concreto l'autore della condotta tipica. Ora, se si pongono sugli ipotetici bracci di una bilancia, da un lato, il bene giuridico tutelato dalla disciplina penale in materia di immigrazione, e cioè la regolare gestione amministrativa dei flussi migratori, e, dall'altro, quelli che sono gli interessi che entrano in gioco nel momento in cui si tratta di soccorrere un migrante in pericolo, ci si rende conto che non sussiste una reale possibilità di contemperamento tra questi contro interessi.

Alla luce di questa considerazione, l'espressa delimitazione territoriale della scriminante non è criticabile solo da un punto di vista politico criminale in ragione dell'effetto di sostanziale sterilizzazione delle sue potenzialità applicative, ma si espone a possibili tensioni col canone di uguaglianza-ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*³⁷

Atteso che la scriminante è applicabile alle condotte di favoreggiamento della permanenza irregolare in Italia e a quelle di favoreggiamento dell'emigrazione irregolare dall'Italia verso un altro Stato, ma non a quelle di favoreggiamento dell'ingresso verso l'Italia, e considerato che in tutti e tre i casi si tratta di tutelare il bene giuridico dell'ordine pubblico connesso alla corretta gestione dei flussi migratori, una disparità di trattamento dovrebbe essere sorretta da una solida giustificazione. Giustificazione che – come detto – pare difficile da individuare.

Pertanto, un profilo in cui sarebbe auspicabile un intervento, se non del legislatore, almeno della Corte costituzionale, potrebbe essere proprio quello finalizzato ad estendere l'ambito di applicazione della “scriminante umanitaria” anche al Favoreggiamento dell'ingresso.

Non si possono, però, nutrire troppe speranze in merito ad un simile intervento della Corte costituzionale.

È vero, ci sono paesi europei dove questa soluzione è già stata adottata. Si pensi, per esempio, a Finlandia, Spagna e Belgio. È vero che si richiede al soggetto di aver agito per un esclusivo scopo umanitario, ma è comunque un passo avanti rispetto alla situazione italiana. Occorre prendere atto, però, che la maggioranza dei Paesi europei sono allineati con il modello italiano³⁸. Non fa eccezione la Francia. Nel 2018 il *Conseil constitutionnel* ha sì dichiarato la disciplina francese della scriminante umanitaria parzialmente illegittima per contratto con il principio di *fraternité*, però, la declaratoria di illegittimità si riferiva solo alla non applicabilità della causa di giustificazione al caso di c.d. “trasferimenti secondari”, vale a dire le condotte che favoriscono lo spostamento di stranieri già presenti da una parte all'altra

³⁷ Così, S. ZIRULIA, *Non c'è smuggling*, cit., p. 163, secondo cui la Corte costituzionale potrebbe seguire il medesimo percorso argomentativo che l'ha condotta a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 384, comma 2, c.p. nella parte in cui prevedeva a favore di chi avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astensione dei prossimi congiunti *ex art. 199 c.p.p.*, l'esclusione della punibilità soltanto per le ipotesi di falsa testimonianza e false informazioni al PM, e non anche per le omogenee ipotesi di false informazioni alla polizia giudiziaria integranti favoreggiamento personale. In quella occasione, I giudici avevano affermato che «il legislatore, una volta riconosciuta l'esigenza di un'eccezione rispetto a una normativa più generale, non potrebbe, in mancanza di un giustificato motivo, esimersi dal realizzarne integralmente la ratio, senza per ciò stesso peccare di irrazionalità» (Corte cost., 1996, n. 416).

³⁸ In effetti, la normativa sovranazionale, e segnatamente la Direttiva 2002/90/CE, riconosceva la possibilità (ma non l'obbligo) di prevedere la scriminante umanitaria non soltanto per il favoreggiamento del soggiorno e della permanenza, ma anche per quello dell'ingresso. L'art. 1, co. 2, della direttiva stabilisce, infatti, che «Ciascuno Stato membro può decidere di non adottare sanzioni riguardo ai comportamenti di cui al paragrafo 1, lettera a), applicando la legislazione e la prassi nazionali nei casi in cui essi abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata». Il riferimento è a «chiunque intenzionalmente aiuti una persona che non sia cittadino di uno Stato membro ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa all'ingresso o al transito degli stranieri».

del territorio francese. Pertanto, anche in Francia, la scriminante rimane inapplicabile al “favoreggiamento dell’ingresso”³⁹.

4. La sproporzione del trattamento sanzionatorio

Esiste, in effetti, un profilo di illegittimità che la Corte Costituzionale italiana ha recentemente riconosciuto. Ma è un profilo che tocca solo tangenzialmente il tema del rapporto tra controllo penale delle politiche migratorie e rispetto dei diritti umani dei migranti.

Si tratta, però, di un altro elemento critico – il terzo, tra quelli segnalati all’inizio – della disciplina italiana in materia di favoreggiamento dell’immigrazione irregolare. Il riferimento è alla proporzione – o forse sarebbe più corretto parlare di sproporzione – del trattamento sanzionatorio.

Su questa questione si registra una recente presa di posizione della giurisprudenza italiana, e, in particolare, della Corte Costituzionale⁴⁰.

La vicenda da cui ha preso le mosse l’intervento della Consulta vedeva imputata una donna di origine congolese, giunta all’aeroporto di Bologna nel 2019 insieme a due minorenni che riferiva essere la figlia e la nipote. Al varco di frontiera la donna aveva esibito documenti falsi per sé e le minori, ed era stata immediatamente arrestata con l’accusa di favoreggiamento dell’immigrazione irregolare, aggravato dall’utilizzo di un servizio di trasporto internazionale (l’aereo) e di documenti contraffatti (art. 12, commi 1 e 3 lett. d) Testo Unico Immigrazione). Si trattava, quindi, di un caso in cui la condotta non era certamente animata da finalità lucrative, ispirandosi piuttosto ad un obiettivo chiaramente umanitario o solidaristico. Questa premessa rendeva già discutibile – per ragioni ampiamente esposte – l’incriminazione dell’imputata; a maggior ragione se si tiene conto dell’aggravante contestata. Aggravante il cui trattamento sanzionatorio è stato oggetto dell’intervento ablativo della Corte.

In realtà, nell’eccezione di costituzionalità presentata dal difensore dell’imputata erano stati individuati due diversi profili di tensione con i principi costituzionali, solo uno dei quali è giunto all’attenzione dei giudici costituzionali.

³⁹ Conseil Constitutionnel, décision n. 2018-717/718 QPC, cit. In argomento, U.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, *Emersione di un principio costituzionale: il Conseil Constitutionnel su fraternité e azioni umanitarie a favore dei migranti*, in *Casi e Questioni – Diritto pubblico comparato europeo on line*, 2018/3; S. BENVENUTI, *Il Conseil constitutionnel cancella il délit de solidarité... o no? L’aiuto all’ingresso, al soggiorno e alla circolazione di stranieri irregolari nel territorio francese in una recente decisione del Conseil constitutionnel*, in *Questione giustizia*, 7 settembre 2018; U. ZINGALES, *Il Conseil Constitutionnel “dà vita” al principio di fraternité*, in *Diritto penale contemporaneo*, 31 gennaio 2019; C. CHASSANG, *La fin du délit de solidarité à la française?*, in *Diritto immigrazione cittadinanza*, 2019, 3, p. 169 ss.; A.M. LECIS COCCO ORTU, *Principio di fraternità e aiuto umanitario ai migranti irregolari: dal Conseil constitutionnel un’importante pronuncia sul “reato di solidarietà”*, in *www.diritticomparati.it*, 30 luglio 2018.

⁴⁰ Corte Cost., 8 febbraio 2022, n. 63, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2022, p.1231 ss., con nota di E. CIPANI, *Il sindacato della Corte Costituzionale sulle scelte sanzionatorie del legislatore, la pena illegale e il principio di offensività: la pronuncia della Corte Costituzionale n. 63 del 2022 e le sue “ricadute” di sistema*, e in *Giurisprudenza costituzionale*, 2022, 793 ss., con nota di A.R. SALERNO, *Il giudizio sulla proporzionalità della pena tra modello triadico e modello diadico*. Per un esame di questa decisione, v. anche A. CIERVO, *L’irragionevole sicurezza: la Corte costituzionale alle prese con il reato di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina*, in *Osservatorio AIC*, 7 giugno 2022, p. 1 ss., e S. ZIRULIA, *La Corte costituzionale sul favoreggiamento dell’immigrazione irregolare: illegittima l’aggravante che parifica il trattamento sanzionatorio dei trafficanti a quello di coloro che prestano un aiuto per finalità solidaristiche*, in *Sistema penale*, 23 marzo 2022.

La prima questione – già evidenziata in dottrina⁴¹ - faceva riferimento al rapporto tra il reato di Favoreggiamento dell’immigrazione irregolare e quello di “clandestinità”.

Per cogliere il senso di questa potenziale censura bisogna partire dalla constatazione che l’art. 12, comma 1, T.U. Immigrazione configura una ipotesi di tentativo di concorso materiale in un illecito proprio dello straniero. In altri termini, si eleva a fattispecie autonoma la realizzazione di atti idonei a procurare un ingresso irregolare, ovvero la realizzazione di un fatto che se portato a compimento integra gli estremi della contravvenzione di cui all’art. 10-bis T.U. Immigrazione⁴². Sulla base di tali premesse, si lamentava l’irragionevole disparità di trattamento tra l’autore del concorso, punito con la reclusione da uno a cinque anni, e lo straniero favorito, sanzionato con una multa molto più lieve da 5.000 a 10.000 euro (art. 10-bis T.U. imm). Disparità di trattamento ulteriormente acuita per effetto del d.l. 10 marzo 2023, n. 20 (convertito con modificazioni con l. 5 maggio 2023, n. 50) che ha ritoccato verso l’alto la cornice edittale del delitto di *Favoreggiamento dell’immigrazione irregolare* prevedendo la *reclusione da due a sei anni*⁴³.

I giudici del Tribunale di Bologna hanno però ritenuto non fondata la questione⁴⁴.

Lo hanno fatto, in primo luogo, trincerandosi dietro il tradizionale argomento della discrezionalità del legislatore, che consentirebbe a quest’ultimo, nell’ambito di tutela di un medesimo bene giuridico, di «stabilire condotte punibili, in una scala crescente, a mero titolo di contravvenzione o, invece, a titolo di delitto, come nel caso di specie, attribuendo maggiore rilievo e sanzionando più gravemente talune condotte rispetto ad altre». Non può pertanto essere sindacata o ritenuta irragionevole la scelta di «attribuire maggiore disvalore a condotte poste in essere da soggetti terzi che si accompagnano a quelle degli stranieri diretti interessati, posto che mentre la condotta dei primi non appare in alcun modo giustificata, la condotta di questi ultimi è valutata con maggiore benevolenza, trattandosi di soggetti vulnerabili e talora costretti dalle contingenze a fare ingresso clandestinamente in un Paese diverso da quello di provenienza»⁴⁵.

Per rafforzare le proprie conclusioni, i giudici bolognesi fanno però leva anche su un argomento di carattere sistematico.

Nella legislazione italiana sono presenti ipotesi in cui ad essere incriminate sono condotte di partecipazione materiale o morale rispetto a condotte prive di rilievo penale autonomo. Basti pensare, per esempio, al *Favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione* (art. 3, n. 8, l. n. 75/1958) o all’*Istigazione o aiuto al suicidio* (art. 580 c.p.). Poco importa se la non punibilità dell’autore del fatto principale sia frutto di mera tolleranza giuridica piuttosto che del riconoscimento di un difetto di offensività (o di altro elemento essenziale del reato). In ogni caso, se ne dovrebbe dedurre quanto segue: se legittimamente il legislatore punisce con

⁴¹ S. ZIRULIA, *Non c’è smuggling*, cit., p. 156 ss.

⁴² L’art. 12 sortisce, quindi, un duplice effetto: rendere punibili condotte che altrimenti non lo sarebbero (non essendo configurabile un tentativo di contravvenzione), e, soprattutto, introdurre un trattamento *ad hoc* per chi agevola o tenta di agevolare l’ingresso, decisamente più severo, di quello riservato allo straniero favorito.

⁴³ In argomento, G. MENTASTI, *Un nuovo decreto-legge in materia di immigrazione e un nuovo reato per gli “scafisti”*. Il comunicato stampa del Consiglio dei Ministri dopo la riunione a Cutro, in *Sistema penale*, 10 marzo 2023, e L. MASERA, *Le disposizioni penali del d.l. 20/2023. Ancora un insensato inasprimento delle sanzioni in materia di favoreggiamento dell’immigrazione irregolare*, in *Questione giustizia*, 3 aprile 2023.

⁴⁴ Trib. Bologna, ord. 1 dicembre 2020, in *Sistema penale*, 7 dicembre 2020, con nota di S. ZIRULIA, *Alla Corte Costituzionale la questione della proporzionalità della pena prevista per il favoreggiamento aggravato dell’immigrazione irregolare*.

⁴⁵ Trib. Bologna, ord. 1 dicembre 2020, cit. Sui delicati rapporti tra sindacato di legittimità-proporzionalità della pena e area riservata al legislatore, v. ex multis, D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2017, 2, p. 48 ss.

pene severe l’istigazione o l’agevolazione di condotte addirittura lecite, «a maggior ragione il legislatore può prevedere che la condotta dello straniero favorito integri una contravvenzione e quella del terzo concorrente, invece, un delitto, quando si ritenga che la seconda assuma maggiore disvalore»⁴⁶.

Si tratta però di un argomento niente affatto convincente.

Nelle ipotesi summenzionate – la cui legittimità costituzionale, peraltro, non è affatto pacifica – la rinuncia alla pena per il soggetto aiutato è una conseguenza della condizione di vulnerabilità e/o di sfruttamento in cui si trova.

Il caso dell’immigrazione irregolare è diverso; o almeno lo è per l’approccio scelto dal legislatore italiano per la disciplina penale del fenomeno migratorio.

Se si fosse concepito il diritto penale dell’immigrazione come uno strumento di tutela non solo della regolarità dei flussi migratori, ma anche dei diritti fondamentali dei migranti si sarebbe rinunciato a sanzionare lo straniero per il solo fatto di essere irregolare; a quel punto la previsione di rigoroso apparato repressivo nei confronti di chi favorisce o sfrutta la condizione di clandestinità sarebbe risultata non solo legittima, ma addirittura doverosa.

Nel momento in cui si è deciso di punire il migrante irregolare perché, al pari di chi lo favorisce, ha offeso il bene giuridico del “controllo dei flussi migratori”, la previsione di un trattamento sanzionatorio così diverso per apparire ragionevole dovrebbe trovare una spiegazione plausibile.

Ebbene, una simile giustificazione non si rinviene in un livello quantitativamente o qualitativamente superiore dell’offesa nell’una piuttosto che nell’altra ipotesi. Sarebbe così se il legislatore avesse costruito il fatto tipico dell’art. 12, comma 1, T.U. Immigrazione arricchendolo di elementi in grado di limitarne la portata applicativa alle sole ipotesi di traffico di migranti, poste in essere da chi agisce per scopo di lucro nell’ambito della rete internazionale che gestisce mercato nero delle migrazioni irregolari. Si è però visto come le scelte del legislatore italiano siano andate in una direzione diversa.

Una certa somiglianza si rinviene, semmai, con le previsioni degli artt. 385 (*Evasione*) e 386 (*Procurata evasione*) c.p., rispetto alle quali la previsione di un diverso e più mite trattamento sanzionatorio per l’evaso sarebbe giustificato dal comprensibile anelito alla libertà che anima quest’ultimo. Stesso discorso potrebbe farsi per lo straniero irregolare che viola le frontiere perseguendo una naturale propensione verso il miglioramento delle proprie condizioni di vita. Sennonché, mentre nel primo caso lo scarto sanzionatorio risulta ragionevolmente contenuto – sia per specie che per entità della sanzione – lo stesso non può dirsi riguardo ai rapporti tra artt. 10 *bis* e 12 T.U. Immigrazione, ove si assiste «ad una mutazione del tipo di illecito (da contravvenzione a delitto), accompagnata da un radicale cambio di passo sul fronte sanzionatorio»⁴⁷.

La verità è che quella di criminalizzare il migrante irregolare - scelta che ha resistito ad ogni cambio di governo e ad ogni mutamento del contesto politico - è una scelta ipocrita, che sottende la logica securitaria del populismo penale e del diritto penale del nemico, invece di soddisfare fondamentali criteri politico-criminali, secondo i canoni e i principi del diritto penale liberale.

Da questo punto di vista, la mancata pronuncia della Corte costituzionale può considerarsi, a buon diritto un’occasione persa.

⁴⁶ Trib. Bologna, ord. 1 dicembre 2020, cit.

⁴⁷ S. ZIRULLA, *Non c’è smuggling*, cit., p. 158.

La Corte Costituzionale si è invece potuta pronunciare, accogliendola, su una seconda questione sempre legata al profilo della proporzione del trattamento sanzionatorio, ma riferita però esclusivamente al sistema delle circostanze aggravanti previste dall'art. 12, comma 3, T.U. Immigrazione⁴⁸; in particolare, dichiarando illegittima – per manifesta sproporzione e irragionevolezza della pena⁴⁹ – la lettera *d*) della disposizione appena citata, limitatamente all'ipotesi in cui gli atti diretti a procurare illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato siano posti in essere utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti. La conseguenza è tali patti confluiscono nell'alveo della fattispecie base prevista dal primo comma.

I giudici non negano che l'utilizzazione di documenti contraffatti, alterati o comunque illegalmente ottenuti conferisca alla condotta una connotazione di disvalore ulteriore rispetto al fatto base di cui al primo comma; ciò non giustifica, però, «l'entità dello scarto tra la pena prevista per la fattispecie base e quella ora all'esame», oltre che rispetto agli altri reati di falso previsti dal nostro ordinamento: un duplice scarto che produce una “assoluta anomalia intra-sistemica”⁵⁰.

La sproporzione del trattamento sanzionatorio emerge in tutta la sua evidenza dal raffronto con le altre ipotesi contemplate dall'art. 12, comma 3, T.U. Immigrazione ed in particolare quelle previste dalle lettere b), secondo cui la persona trasportata è stata esposta a pericolo per la sua vita o per la sua incolumità per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale e c) per cui la persona trasportata è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale.

In questi casi, emerge con chiarezza il carattere pluri-offensivo del fatto legato alla tutela della vita e dell'integrità fisica dei soggetti trasportati. Non altrettanto può dirsi con riferimenti all'ipotesi sottoposta a scrutinio di legittimità costituzionale, atteso che l'impiego dei servizi internazionali di trasporto non pare di per sé idoneo ad offendere alcun bene giuridico ulteriore rispetto a quello pure tutelato dalla fattispecie base - ossia l'ordinata gestione dei flussi migratori: da una parte, tale modalità di ingresso nel territorio dello Stato non ha come obiettivo quello di sottrarre lo straniero ai controlli di polizia (tenuto anche conto degli ordinari e capillari controlli identificativi che ordinariamente e in modo capillare si svolgono comunque quotidianamente in tutti gli aeroporti); dall'altra, tale modalità di ingresso non espone lo straniero a particolari rischi per la propria vita, né sarebbe possibile sostenere che egli venga sottoposto ad un trattamento inumano e degradante prendendo un qualsiasi aereo di linea per entrare in Italia. Al contrario, proprio le modalità per così dire “ordinarie” di viaggio con cui si realizza la condotta di favoreggiamento non appare lesiva

⁴⁸ Sulla natura delle fattispecie previste al terzo comma – se esse cioè debbano essere considerate delle fattispecie autonome di reato *tout court*, ovvero delle mere aggravanti della fattispecie base – si è pronunciata Cass. pen. SS.UU., 11 giugno 2018, n. 40982, in *Giurisprudenza penale*, 26 settembre 2018, che ha stabilito trattarsi pacificamente di circostanze aggravanti del reato base previsto al primo comma dell'art. 12 T.U. Immigrazione. Per un esame della sentenza, F. BASILE, *Favoreggiamento aggravato dell'immigrazione illegale: circostanza aggravante o reato autonomo? Una partita ancora aperta*, in *Diritto penale e processo*, 2019, p. 484 ss., oltre che G. SAVIO, *La sentenza delle Sezioni Unite sulla qualificazione come circostanze aggravanti delle fattispecie previste dall'art. 12 co. 3 del T.U. Immigrazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 dicembre 2018.

⁴⁹ La sentenza si colloca all'interno di quel filone della giurisprudenza costituzionale che, valorizzando il principio di uguaglianza-ragionevolezza e la funzione rieducativa della pena, da tempo anni recupera margini di sindacato sull'esercizio della discrezionalità legislativa in punto di dosimetria sanzionatoria. Sul principio di proporzionalità della pena e sul relativo controllo di costituzionalità, F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021; V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, p. 357 ss.

⁵⁰ Corte Cost., 8 febbraio 2022, n. 63, cit.

della vita, né tanto meno della dignità personale, tanto da “meritare” da parte del legislatore in astratto un aggravio sanzionatorio come quello originariamente previsto.

La conclusione dei giudici è avvalorata anche da considerazioni di carattere criminologico. Occorre tenere nettamente distinto il trattamento sanzionatorio di due classi di condotte: da un lato, l'aiuto all'ingresso illegale compiuto per finalità *lato sensu* altruistiche; dall'altro, l'aiuto all'ingresso illegale posto in essere a scopo di lucro da gruppi criminali organizzati, che traggono ingenti profitti da tale attività e mettono a rischio la vita del migrante (ad esempio utilizzando imbarcazioni in pessime condizioni) o soggetto a trattamenti inumani e degradanti (migranti che si nascondono in celle frigorifere). Una distinzione cui fa da speculare *pandant* l'eterogenea posizione dello straniero all'interno di queste macro-ipotesi: nella prima, lo straniero è un beneficiario della condotta criminosa, mentre nella seconda lo stesso si atteggia a “vittima” della condotta criminosa, entrando nel fuoco della tutela i suoi interessi personali della vita e dell'incolumità personale.

Si tratta di una distinzione che come si è più volte sottolineato avrebbe dovuto indurre il legislatore ad assimilare queste ultime ipotesi a quelle di *Tratta di persone*. Tuttavia, se - come fa il legislatore italiano - si decide di considerarle come ipotesi di *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, la sanzione prevista non può essere la stessa di quella prevista per chi si limita ad aiutare il migrante fornendogli documenti o biglietti di trasporto falsi.

5. Considerazioni conclusive

Il risultato complessivo della disciplina italiana del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare è quello di generare un perverso effetto di inibizione che, al di là dei reali limiti delle incriminazioni, tende a bloccare o comunque a scoraggiare qualsiasi forma di aiuto al migrante; anche quando tale aiuto sia ispirato da elevate finalità umanitarie e solidali.

La conseguenza è il sacrificio di diritti fondamentali e inalienabili delle persone migranti.

Lo si è visto con riferimento alle attività di ricerca e soccorso in mare, ove ad entrare in gioco sono addirittura il diritto alla vita e quello all'incolumità individuale. Si tratta, però, solo di uno tra i molti casi che si potrebbero prendere in considerazione.

Si pensi alle ipotesi di favoreggiamento abitativo e di favoreggiamento lavorativo, previste rispettivamente dall'art. 12 comma 5-*bis* T.U. Immigrazione, e dall'art. 22 comma 12 T.U. Immigrazione. A dispetto delle apparenze, tali incriminazioni non prendono di mira forme di sfruttamento economico del migrante.

Quando si minaccia l'applicazione di una sanzione penale nei confronti del «datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso ... ovvero il cui permesso sia scaduto e del quale non sia stato chiesto, nei termini di legge, il rinnovo, revocato o annullato», quindi anche di chi offre un lavoro onestamente retribuito, si prescinde da una tutela del migrante dallo sfruttamento delle sue energie lavorative o da trattamenti inumani e degradanti (che costituiscono solo eventuali circostanze aggravanti).

Allo stesso modo, quando si punisce chi «dà alloggio ovvero cede, anche in locazione, un immobile ad uno straniero che sia privo di titolo di soggiorno al momento della stipula o del rinnovo del contratto di locazione» non si vuole certo tutelare il migrante nei confronti di chi approfitta della sua condizione di irregolarità e/o di disagio. Vero che la punibilità è

subordinata «al fine di trarre ingiusto profitto», ma quest’ultimo può derivare pure dall’evasione fiscale derivante dalla locazione ‘in nero’, a fronte della conformità del canone a condizioni di mercato⁵¹.

Si possono dare diverse interpretazioni di questa norma incriminatrice. Ma una cosa è certa: le pene previste sono molto severe (reclusione e confisca dei beni) e hanno l’effetto (ma forse l’obiettivo del legislatore era proprio quello) di disincentivare l’affitto di immobili ai clandestini. Ciò si traduce nella possibile violazione di un diritto fondamentale: il diritto alla casa. È vero: per evitare questo effetto, la giurisprudenza tende a interpretare la norma nel senso di limitarne l’ambito di applicazione ai soli casi in cui l’autore approfitta delle condizioni di bisogno o di vulnerabilità del migrante. Le perplessità però rimangono: è assai probabile che, a fronte di un provvedimento normativo che, sia pure in astratto, minaccia un trattamento sanzionatorio così severo, il *chilling effect* nei confronti del potenziale locatore si produce egualmente, anche a fronte di un ridotto rischio di penalizzazione in concreto⁵².

È evidente lo scopo di questo complesso di norme incriminatrici: fare “terra bruciata” intorno al migrante irregolare, catturando nella rete dell’illegalità tutti, stranieri e cittadini. Il fatto che nei confronti del cittadino che accoglie l’applicazione della pena sia più sporadica non rende la previsione meno odiosa. Si tratta di una ulteriore conferma di quella forza espansiva del paradigma del diritto penale del nemico di cui si è detto all’inizio del presente contributo.

A questo punto, v’è da chiedersi se esista una origine comune per tutte le criticità che si è avuto modo di evidenziare in questo contributo. La risposta sembrerebbe essere affermativa.

Tutto il diritto amministrativo e penale italiano in materia di immigrazione si basa sulla identificazione del “controllo dei flussi migratori” come (malinteso) bene giuridico esclusivo. Ciò implica uno stravolgimento dell’oggetto della tutela rispetto all’ipotesi di aiuto all’immigrazione irregolare. Tutte le norme sono volte a controllare i flussi e non certo - se non in minima parte - a tutelare il patrimonio degli immigrati, in particolare la loro vita, sicurezza, libertà e le loro esigenze abitative e lavorative.

In prospettiva *de iure condendo*, sarebbe auspicabile l’adozione di un modello di intervento penale in grado di distinguere con maggiore nitidezza la fattispecie di favoreggiamento dell’immigrazione irregolare da quella del traffico di migranti, e quest’ultimo dalla tratta di esseri umani, graduando la rispettiva risposta sanzionatoria in una scala ascendente⁵³.

⁵¹ Lo rileva A. CAVALIERE, *La vita dei migranti*, cit., p. 65, che sottolinea anche l’ipocrisia delle due disposizioni e il loro essere strumento di un’ulteriore esclusione sociale: «in realtà, migliaia di migranti irregolari in Italia dormono in baracche catapecchie od opifici abbandonati, in condizioni igienicosanitarie vergognose, oppure per strada o sotto i ponti, esposti alle intemperie e alle aggressioni notturne. E migliaia di migranti irregolari subiscono uno sfruttamento lavorativo favorito proprio dalla loro condizione di persone ‘invisibili’, *sans papiers*».

⁵² Sul rischio del verificarsi di un effetto di *overdeterrence* nei confronti anche di attività solidaristiche, come conseguenza collaterale delle scelte di incriminazione compiute in materia di immigrazione dal legislatore italiano, S. ZIRULIA, *Non c’è smuggling*, cit., p. 167 ss. Più in generale sul c.d. *chilling effect*, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, p. 251 ss., che sottolinea come «interesse di ogni soggetto è non solo non incorrere in sanzioni, ma soprattutto – prima e più in alto – evitare che il riconoscimento della liceità della condotta avvenga al prezzo di una gravosa “sofferenza processuale” o richieda elevati costi, economici e personali, con tutto il carico di conseguenze negative sulla propria attività professionale che anche la mera sottoposizione a procedimento, come noto, implica».

⁵³ J. ESCOBAR VEAS, *Il fine di profitto*, cit., p. 120.

Ad un primo livello si potrebbe immaginare il mantenimento di un reato contravvenzionale, a dolo generico, di *Favoreggiamento dell’immigrazione irregolare*, ma posto ad esclusiva tutela dell’interesse dello Stato ad una regolare gestione dei flussi migratori e sanzionato con bassi limiti edittali. Il modello contravvenzionale si presenterebbe in linea con il trattamento penale riservato allo straniero irregolare dall’art. 10 *bis* T.U. Immigrazione. La stessa previsione di una ipotesi di favoreggiamento, come quella qui prospettata si spiega con la necessità di assicurare la razionalità dell’intervento penale: sarebbe irragionevole punire il migrante che versa in condizioni di irregolarità e non prevedere una adeguata risposta sanzionatoria – diversa dal mero concorso di persone nel reato – per chi lo ha agevolato il suo ingresso o la sua permanenza nel territorio italiano. in cui È evidente che nell’auspicabile – sebbene, allo stato, poco probabile ipotesi – in cui si dovesse procedere all’abrogazione del reato di immigrazione irregolare potrebbe venire anche la ragion d’essere della speculare ipotesi di favoreggiamento.

Su un livello superiore di gravità si dovrebbe collocare, invece, un autonomo delitto di *Traffico di migranti*, costruito secondo il modello delineato dalla Convenzione di Palermo e dal suo Protocollo addizionale. Si dovrebbe trattare di un illecito posto a presidio non solo dell’interesse dello Stato a controllare i flussi migratori, ma anche – e soprattutto – dei diritti fondamentali dei migranti, la cui posizione di particolare vulnerabilità è oggetto di potenziale sfruttamento economico da parte dei trafficanti: un reato a dolo specifico di profitto e sanzionato con una pena di livello medio-alto, senz’altro superiore a quanto previsto per gli altri illeciti in tema di immigrazione irregolare⁵⁴.

In breve, sarebbe auspicabile un radicale cambio di prospettiva, che non dimentichi che il migrante anche quando sembra assumere le vesti del mero “oggetto materiale del reato”⁵⁵ è sempre e comunque un essere umano, titolare di diritti fondamentali (diritti umani) che meritano di essere tutelati. Ciò è ancora più vero se si ricorda che – come detto – il migrante è nella maggior parte delle situazioni pur sempre la vittima di una offesa alla sua dignità umana, «seppure in forme diverse e anticipate rispetto a quelle che caratterizzano la situazione della tratta»⁵⁶.

ABSTRACT: “*Criminal control of migratory flows*” vs. “*Protection of human rights*”: the facilitation of illegal immigration in Italian criminal law

⁵⁴ In una prospettiva solo parzialmente coincidente con quella qui condivisa direzione si pone la proposta di diversa regolamentazione giuridico-penale dello *smuggling of migrants*, formulata da P. BRONZO, E. CANNIZZARO, E. CIMIOTTA, M.T. TRAPASSO, U. TRIULZI, *Il traffico di migranti: una proposta normativa*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 3456 ss. Il gruppo di lavoro interdisciplinare della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Roma “La Sapienza” si muove essenzialmente lungo due direttrici: la previsione del *Traffico di migranti* come fattispecie autonoma di reato e come crimine internazionale. Nello stesso tempo si propone il mantenimento del *Favoreggiamento dell’immigrazione*, come reato a dolo specifico di profitto, caratterizzato – rispetto alle ipotesi di *Traffico* – dal mancato approfittamento di condizioni di particolare vulnerabilità dei migranti. Nel complesso la proposta si caratterizza per il mantenimento di cornici edittali particolarmente elevate, in considerazione delle finalità comunque lucrative che animano l’autore del reato.

⁵⁵ Per questa qualificazione del migrante all’interno della disciplina dell’art. 12 T.U. Immigrazione, tra gli altri, M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario*, cit., p. 119 ss.; M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti*, cit., p. 108.

⁵⁶ V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani*, cit., p. 104.

Immigration criminal law offers an emblematic representation of the involution that seems to characterize contemporary criminal law (or, perhaps, it would be more correct to say punitive law).

The essay analyzes the most problematic profiles of the Italian criminal law on the facilitation of illegal immigration. In particular: the uncertain border that characterizes the relationship between trafficking and smuggling in Italian criminal law; the possible criminalization – direct and/or indirect – of the so-called “humanitarian smuggling”; the disproportion of the sanctioning treatment for the crime of facilitation of illegal immigration, provided for by art. 12 *T.U. Immigrazione*.

In order to correct these critical issues, a radical change of perspective is hoped that shifts attention from the protection of the regulation of migratory flows to the protection of the fundamental rights of migrants.



FRANCESCO MARTINES*

MIGRANTI, PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E GARANZIE DI PARTECIPAZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le dimensioni della partecipazione procedimentale nelle procedure riguardanti i migranti. – 3. Il procedimento amministrativo nel diritto dell'immigrazione. – 4. La non annullabilità del provvedimento ai sensi dell'art. 21 *octies*, secondo comma, L. 241/1990 quale causa di giustificazione della deroga alle regole sulla partecipazione procedimentale. – 5. Discrezionalità e vincolatezza nei provvedimenti riguardanti gli stranieri.

1. Premessa

Il tema della tutela procedimentale dei migranti in Italia è di portata ampia ed è stato affrontato dalla dottrina¹, dalla giurisprudenza e dalla prassi amministrativa in più occasioni e con risultati non sempre univoci.

L'attualità dell'interesse ad approfondire il tema è strettamente connessa alla crisi migratoria che interessa il popolo ucraino: dal 2022, com'è noto, si è assistito in un tempo brevissimo ad un afflusso migratorio dall'Ucraina di portata molto ampia che ha interessato tutti i paesi dell'Unione Europea (UE).

La reazione dell'UE, come è noto, è stata molto tempestiva e decisa: il 4 marzo 2022 Consiglio dell'UE ha adottato la decisione di esecuzione n. 382 che prevede ai sensi

*Professore associato di Diritto Amministrativo - Università degli Studi di Messina.

¹ M. SAVINO, voce *Immigrazione*, in *Enc. Dir., I Tematici*, III, *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, p. 599 ss.; A. BONOMO, *Stranieri, procedimento amministrativo e garanzie partecipative*, in *savn*, 2/2020, 138 ss.; M. SAVINO, *La crisi dei confini*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2016, 3, p. 739 ss.; ID., *La libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012; G. SAVIO, *Il diritto amministrativo dell'ingresso e del soggiorno*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Santarcangelo di Romagna, 2017, p. 15 ss.; L. GILI, *Straniero e partecipazione al procedimento amministrativo*, in A. CROSETTI, F. FRACCHIA (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, Milano, 2002, p. 55 ss.; S. MIRATE, *Gestione dei flussi migratori e responsabilità statali: riflessioni problematiche tra norme interne, prassi amministrative e giurisprudenza CEDU*, in *Resp. civ. prev.*, 2/2017, p. 431 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 *www.federalismi.it*, 2017; F. MARTINES, *L'ordinamento italiano e il sistema di protezione internazionale degli stranieri*, in *www.democraziae sicurezza.it*, 4/2015, p. 69 ss.; F. BARTOLINI, *Stranieri. Procedimenti per l'accoglimento e l'allontanamento*, Milano, 2015, p. 3 ss.; C. CORSI, *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, n. 3/2014; A. CANEPA, *Immigrati e procedimenti amministrativi. La complessa questione della partecipazione*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 2010, p. 9 ss.

dell'articolo 5 della Direttiva 2001/55/CE l'applicazione della protezione temporanea agli migranti ucraini².

In esecuzione della suddetta decisione gli Stati membri dell'UE hanno adottato misure relative agli aspetti più importanti del processo di integrazione e di accoglienza: l'inserimento lavorativo, il riconoscimento delle qualifiche professionali, l'istruzione, l'apprendimento della lingua, l'autonomia abitativa ed economica.

Il principio che ha prevalso nell'approccio da parte degli Stati membri è stato quello della piena solidarietà verso un popolo visto come popolo amico, europeo, occidentale.

A fronte di questo approccio "inclusivo", si ritiene utile interrogarsi su alcuni aspetti che – esaurita l'emergenza – guardano al medio e lungo periodo.

In primo luogo, occorre chiedersi cosa accadrà a coloro i quali, dopo aver goduto della protezione temporanea, non sarà più riconoscibile il diritto a rinnovare o convertire il proprio permesso. È molto probabile, infatti, tenuto anche conto del carattere prolungato nel tempo che sta caratterizzando l'emergenza ucraina, che costoro nelle more potranno essere integrati nel nostro Paese (così come negli altri Paesi dell'Unione) apprendendo la lingua, conseguendo titoli di studio o inserendosi lavorativamente).

L'aspetto sul quale è opportuno sviluppare una riflessione, dunque, concerne il difficile equilibrio fra l'istituto della protezione temporanea (per l'appunto caratterizzato da provvisorietà) con il radicamento di sociale e culturale della popolazione ucraina che ha lasciato il proprio territorio di origine.

La prospettiva dalla quale la riflessione sarà sviluppata è quella più ampia delle tutele procedurali dei soggetti migranti.

2. *Le dimensioni della partecipazione procedimentale nelle procedure riguardanti i migranti*

Quando si parla di partecipazione ci si riferisce ad un fenomeno complesso.

Nei rapporti tra amministrazione e privati il contenuto del partecipare è inteso come il prendere parte ad un determinato processo decisionale.

È possibile evidenziare due fondamentali obiettivi verso i quali la partecipazione amministrativa tende: quello difensivo, che mira a offrire al soggetto privato la possibilità di anticipare ad una fase precedente alla tutela giurisdizionale, l'argomentazione delle proprie ragioni anche in disaccordo con l'amministrazione titolare della funzione di controllo e gestione dei flussi migratori; quello collaborativo che, abbandonando un'ottica di contrapposizione, esalta l'idea della c.d. amministrazione condivisa dell'interesse pubblico. Questo secondo tipo di partecipazione coinvolge, oltre il soggetto destinatario diretto degli effetti del provvedimento, anche soggetti che a vario titolo possono dare il proprio contributo al miglior risultato finale (non ultimi gli enti e le associazioni portatori di interessi collettivi e diffusi)³.

² Tutti gli Stati membri dell'UE hanno partecipato all'adozione della decisione, ad eccezione della Danimarca, che non è vincolata dalla Direttiva sulla protezione temporanea, ma ha introdotto uno status di protezione speciale analogo.

³ Sulle diverse dimensioni della partecipazione, M. BOMBARDELLI, *La partecipazione procedimentale*, in A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, *Cittadinanze amministrative*, Firenze, 2016, p. 295 ss. In generale sul valore della partecipazione devono richiamarsi i fondamentali studi di M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia*

Soprattutto nella sua dimensione collaborativa, la partecipazione procedimentale contribuisce senza dubbio al miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa.

Il dialogo fra amministrazione e cittadino – a partire dalle intuizioni di Mario Nigro e Feliciano Benvenuti – diviene il fulcro dell'effettività della garanzia dei diritti dei cittadini nei confronti delle amministrazioni pubbliche⁴.

Nell'ordinamento italiano la partecipazione al procedimento amministrativo è stato introdotta come istituto generale con la Legge n. 241 del 1990.

Il fondamento della partecipazione è da rinvenirsi nel principio del giusto procedimento, da intendersi quale diritto fondamentale di ciascun consociato alla buona amministrazione⁵: tale diritto, com'è noto, non è sancito espressamente dalla Costituzione, e il riconoscimento del suo valore si deve all'opera interpretativa della Corte Costituzionale⁶ e della giurisprudenza amministrativa⁷ che ne affermano la portata generale quale principio generale dell'ordinamento

Ci si deve interrogare se l'ambito di applicazione delle disposizioni a tutela del giusto procedimento ricomprenda qualsiasi rapporto fra i consociati e i pubblici poteri e, per quel che più specificamente riguarda il campo di indagine di questo studio, se le garanzie partecipative siano riconosciute anche ai soggetti stranieri che a vario titolo si rapportano con la pubblica amministrazione italiana.

legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge), in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 5 ss. e F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975.

⁴ Sul processo di graduale riconoscimento del principio di partecipazione nel nostro ordinamento, S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche: saggio di diritto comparato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, p. 13 ss.; S. COGNETTI, *«Quantità» e «qualità» della partecipazione*, Milano, 2000; M. D'ALBERTI, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000, p. 1 ss. Sulla giurisprudenza amministrativa relativa al principio di partecipazione, R. CARANTA, L. FERRARIS, S. RODRIQUEZ, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2005, p. 78 ss.; A. CARDONE, *Procedimento amministrativo e partecipazione: giurisprudenza amministrativa e costituzionale e concezioni dell'idea di giustizia*, in *Diritto pubblico*, 2009, p. 231 ss.

⁵ Il diritto dei singoli alla buona amministrazione è espressamente sancito dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che riconosce il “diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio”. In argomento, D.U. GALETTA, *Riflessioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE sul diritto ad una buona amministrazione*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2013, p. 133 ss.; R. BIFULCO, *Diritto ad una buona amministrazione*, in 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. 290 ss.; A. BONOMO, *The right to good administration and the administrative inaction: a troubled relationship*, in *DPERonline*, n. 2/2015.

⁶ Il riconoscimento del giusto procedimento come principio generale dell'ordinamento giuridico si deve alla sentenza della Corte costituzionale 2 marzo 1962, n. 13 (in *Giur. cost.*, 1962, p. 131 ss. con nota di commento di V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*). A fronte di tale presa di posizione, la Corte Costituzionale – con successive pronunce – ha successivamente ridimensionato il proprio orientamento affermando che il giusto procedimento costituisce più che altro “un criterio di orientamento” (C. Cost., sent. 31 maggio 1995, n. 210; sent. 19 marzo 1993, n. 103). Nello scorso decennio la Corte Costituzionale ha mutato ancora una volta orientamento affermando il valore di principio di matrice costituzionale: C. Cost., 17 marzo 2006, n. 104; 25 marzo 2007, n. 103 e n. 104. Per un commento alla giurisprudenza costituzionale sul giusto procedimento, G. MANFREDI, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, in *www.giustamm.it*, 6/2007.

⁷ Fondamentale la pronuncia del Cons. Stato, Ad. Plen., 15 settembre 1999, n. 14 con cui si riconosce che alla prassi della definizione unilaterale del pubblico interesse si sostituisce “il sistema della democraticità delle decisioni amministrative e della accessibilità dei documenti amministrativi, in cui l'adeguatezza dell'istruttoria si valuta anzitutto nella misura in cui i destinatari sono stati messi in condizione di contraddire”. In argomento M.A. SANDULLI, *La comunicazione di avvio del procedimento tra forma e sostanza, spunti dai recenti progetti di riforma*, in *Foro amministrativo TAR*, 5, 2004, p. 1595 ss.

La legislazione italiana sulla condizione giuridica dello straniero è stata caratterizzata da un approccio normativo emergenziale in deroga ai principi generali del diritto amministrativo. La questione si inserisce nel più ampio dibattito in ordine alla specialità del diritto dell'immigrazione sul quale la dottrina di diritto amministrativo si è a lungo confrontata⁸.

L'indagine sul riconoscimento delle garanzie procedurali nei confronti degli stranieri ha un interesse molto rilevante in quanto è proprio nei confronti di tali soggetti che l'esigenza di partecipazione assume un peso ancora più significativo, trattandosi spesso di donne e uomini che, in quanto formalmente esclusi dal circuito democratico, versano in una condizione di maggiore soggezione nei confronti di un'amministrazione che applica regole stabilite da altri soggetti (i cittadini)⁹.

3. Il procedimento amministrativo nel diritto dell'immigrazione

Il diritto dell'immigrazione presenta delle peculiarità rispetto al diritto amministrativo generale che si giustificano in ragione della natura spesso emergenziale e derogatoria della legislazione.

La questione è se ammettere che la specialità del diritto dell'immigrazione possa giustificare una *deminutio* della tutela dei diritti procedurali del privato.

Le disposizioni generali in materia di tutele procedurali nel nostro ordinamento (L. 241/1990) sono certamente applicabili a chiunque entri in relazione con una pubblica amministrazione titolare di poteri e funzioni: in tal senso, le norme della L. 241/1990 non introducono alcuna distinzione fra i destinatari dell'azione amministrativa rendendo formalmente pacifica l'applicabilità di tutte le garanzie procedurali anche ai soggetti privi della cittadinanza italiana o europea¹⁰.

Per parte sua, il Testo Unico Immigrazione (D.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, TUI) stabilisce che «allo straniero è riconosciuta parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge» (art. 2, co. 5).

A fronte di questa formale parificazione, tuttavia, sono numerose le deroghe alla disciplina generale per i procedimenti che hanno come destinatari soggetti stranieri che

⁸ Da ultimo, M. SAVINO, voce *Immigrazione*, op. cit., 2022, p. 599, ove l'A. efficacemente si riferisce al diritto dell'immigrazione come un "diritto di frontiera" ove «quella dell'immigrazione è probabilmente la disciplina nella quale la tensione tra libertà individuali e autodeterminazione collettiva è più forte».

⁹ Sul punto, M. SAVINO, *La Corte costituzionale e l'immigrazione: quale paradigma?*, in AA.VV., *Per i sessanta anni della Corte costituzionale (Convegno scientifico 19-20 maggio 2016)*, Milano, 2017, p. 168, il quale osserva come «il processo deliberativo statale dal quale la legislazione sull'immigrazione trae origine è contrassegnato da un evidente squilibrio: le decisioni (della maggioranza) dei cittadini incidono sulle libertà di altri soggetti (i non cittadini)».

¹⁰ L. GILI, *Straniero e partecipazione al procedimento amministrativo*, op. cit., p. 55 ss.; A. BONOMO, *Stranieri, procedimento amministrativo e garanzie partecipative*, op. cit., p. 143, ove l'A. osserva come le formule lessicali utilizzate nel corpo della L. 241/1990 non lascino spazi a dubbi di sorta: nell'art. 3 si fa, infatti, generico riferimento al "destinatario", gli artt. 7 e 10 utilizzano il termine "soggetti", l'art. 9 si rivolge a "qualunque soggetto", l'art. 11 utilizza la formula "interessati" e l'art. 22 riconosce il diritto di accesso documentale a "chiunque abbia interesse".

aspirino ad entrare o a permanere nel territorio italiano¹¹. Si tratta, in particolare, dei procedimenti relativi all'ingresso, al soggiorno e all'allontanamento dal territorio dello Stato, nei quali sono previste deroghe alla disciplina generale sulla partecipazione.

Se, dunque, non può negarsi il potere di ciascuno Stato di regolare l'ingresso e il soggiorno dello straniero sul territorio nazionale o di disporre l'espulsione in presenza di determinate condizioni occorre interrogarsi sull'effettività della tutela del migrante in seno al procedimento amministrativo che lo riguarda.

Ed è proprio sul piano dell'effettività della tutela che, a fronte di una formale parità di diritti e garanzie, l'esame della prassi amministrativa (talvolta sorretta dalla giurisprudenza) porta a maturare più di una perplessità.

Una delle prime concrete "minacce" all'effettività delle tutele procedurali nei confronti degli stranieri riguarda l'aspetto della comprensibilità da parte dell'interessato degli atti e delle comunicazioni prodotte dalle amministrazioni. Sul punto, giova ricordare che il TUI prescrive che l'obbligo che gli atti siano «tradotti, anche sinteticamente, in una lingua comprensibile al destinatario, ovvero, quando ciò non sia possibile, nelle lingue francese, inglese o spagnola, con preferenza per quella indicata dall'interessato» (art. 2 comma 6, TUI). Ciononostante, non può negarsi che tale prescrizione, in molti casi, non sia sufficiente per garantire la piena comprensibilità da parte dell'interessato dei contenuti dell'atto e, soprattutto, per agevolare dinamiche partecipative nel rapporto giuridico con l'amministrazione¹². Ampliando l'orizzonte dell'indagine, invero, il profilo della comprensione di un atto, un provvedimento o una mera comunicazione investe anche coloro che, pur di madrelingua italiana, faticano oggettivamente a cogliere appieno il contenuto di formule utilizzate dall'amministrazione.

Restando, però, nell'ambito delle procedure riguardanti cittadini stranieri richiedenti titoli di soggiorno, giova osservare che la giurisprudenza amministrativa tende a escludere che la mancata traduzione della comunicazione di avvio del procedimento (atto funzionale ad attivare le garanzie di partecipazione da parte del destinatario) possa considerarsi vizio invalidante, con la conseguenza che essa non determina l'illegittimità dell'atto; secondo l'orientamento prevalente, tale omissione può, al più, determinare la rimessione in termini dell'interessato, al fine di consentirgli di svolgere con completezza l'impugnazione contro l'atto sfavorevole assoggettato all'obbligo di traduzione¹³.

Un'altra criticità si registra con riguardo al profilo della frequente difficoltà per lo straniero di eleggere un domicilio stabile presso il quale ricevere le comunicazioni inerenti il procedimento che lo riguarda. Sul punto l'orientamento della giurisprudenza appare più cauto e maggiormente garantista: con sentenza 13 settembre 2018, n. 5381, la Terza Sezione del Consiglio di Stato ha evidenziato che l'amministrazione deve tentare tutte le modalità comunicative possibili (ivi comprese quelle telefoniche) per garantire l'adeguata informazione sull'attività svolta o in corso di svolgimento. Con altra sentenza di poco successiva, la stessa Sezione ha affermato che «l'irreperibilità non è circostanza sufficiente a far venir meno in

¹¹ Per una disamina in generale di tali procedimenti, F. BARTOLINI, *Stranieri. Procedimenti per l'accoglimento e l'allontanamento*, op. cit. p. 3 ss.

¹² P. BONETTI, *L'uso della lingua negli atti concernenti l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento degli stranieri e nell'accesso al diritto di asilo*, in ID. (a cura di), *L'uso della lingua negli atti e nella comunicazione dei poteri pubblici italiani*, Torino, 2016, p. 571 ss.

¹³ T.A.R. Toscana, Firenze, 17 giugno 2016, n. 1009; T.A.R. Lazio, Roma, 1 ottobre 2013, n. 8525; T.A.R. Lombardia, Milano, 9 luglio 2013, n. 1767; T.A.R. Piemonte, 5 dicembre 2012, n. 1285; T.A.R. Toscana, Firenze, 17 marzo 2008, n. 299.

capo alla Questura l'obbligo di adottare il preavviso ex art. 10-bis della l. 241 del 1990" (sent. 26 giugno 2019, n. 4414). Quest'ultima pronuncia, riguardante il preavviso di rigetto (istituto funzionale a consentire il contraddittorio con l'interessato e mettere in condizione l'amministrazione di avere una completa conoscenza dei fatti nell'esercizio della propria discrezionalità) appare particolarmente significativa nella prospettiva della tutela dello straniero¹⁴.

La frequente compressione delle garanzie procedurali nei confronti dello straniero nei procedimenti inerenti il rilascio dei titoli di soggiorno trova, sovente, giustificazione – da parte delle amministrazioni – nelle esigenze di celerità che caratterizzano questa tipologia di procedure richiamando il principio della sostanziale ininfluenza o inutilità, ai fini della decisione finale, della eventuale partecipazione dell'interessato.

È evidente che sia le esigenze legate ai tempi dell'azione amministrativa che quelle che guardano all'effettiva utilità che la partecipazione del soggetto possa arrecare al procedimento sono aspetti molto rilevanti, peraltro connessi a interessi fondamentali protetti esplicitamente dall'ordinamento. La L. 241/1990 pone particolare attenzione alla regolazione del termine di conclusione del procedimento amministrativo, alla cui violazione riconnette specifiche forme di responsabilità per il cd. danno da ritardo; per altro verso, l'art. 21 *octies*, prevede espressamente la non annullabilità di provvedimenti recanti vizi procedurali (in particolare, l'omessa comunicazione di avvio del procedimento) tutte le volte in cui l'amministrazione dimostri che, quand'anche si fosse proceduto al rispetto di tutte le disposizioni procedurali, l'esito del procedimento sarebbe stato il medesimo.

Ciò significa che le ragioni che la prassi amministrativa frequentemente pone a giustificazione della eventuale dequotazione delle garanzie partecipative nei procedimenti riguardanti il diritto dell'immigrazione non sono peregrine e trovano, sia pure indirettamente, un *favor* nella legislazione generale sul procedimento amministrativo.

Da altra prospettiva, però, occorre verificare se siano rinvenibili delle disparità, delle deroghe rispetto alla disciplina generale in relazione agli obblighi di comunicazione e quindi all'esercizio del diritto di partecipazione quando il destinatario dell'azione amministrativa è un soggetto straniero.

Al riguardo viene in rilievo un contrasto fra la giurisprudenza amministrativa e quella ordinaria in ordine all'incidenza che, sul temperamento dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento ex art. 7 L. 241/90, possano avere le ragioni di urgenza del procedimento stesso.

Da un lato, infatti, si registra un certo rigore della giurisprudenza dei TAR e del Consiglio di Stato che – a fronte dell'esigenza di non prolungare eccessivamente i tempi procedurali con il rischio di vanificare l'efficacia del provvedimento finale – esigono che tali esigenze siano adeguatamente motivate e documentate dall'amministrazione procedente escludendo, quindi, che esse possano considerarsi *in re ipsa* connesse al tipo di procedimento. I giudici amministrativi muovono dall'idea che il contraddittorio con l'interessato (nel caso in esame, lo straniero che richiede il titolo di soggiorno) sia funzionale non soltanto alla difesa delle sue ragioni ma anche all'interesse pubblico alla compiutezza dell'istruttoria. Sulla base

¹⁴ Appare significativa la motivazione della sentenza Cons. Stato n. 4414/2019 nella parte in cui si afferma che «la mancata comunicazione alla Questura della variazione di domicilio da parte dello straniero, ex art. 6, comma 8, D.lgs. n. 286 del 1998, tra l'altro, scusabile con l'ignoranza della complessa disciplina da parte di chi è appena giunto in Italia, non fa venir meno l'obbligo per l'Amministrazione di attivare la fase partecipativa al procedimento dell'interessato tutte le volte in cui, su istanza dello stesso, deve essere adottato un provvedimento discrezionale».

di tale presupposto, la giurisprudenza amministrativa ritiene che debba procedersi ad una rigorosa verifica caso per caso in ordine all'irrelevanza, ai fini della decisione finale, della violazione dell'obbligo di comunicazione preventiva¹⁵.

In materia di provvedimenti di espulsione (che rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario), invece, si registra un indirizzo della Corte di Cassazione incline a riconoscere le esigenze di celerità procedurale quale elemento che consente di derogare all'obbligo di comunicazione *ex art. 7 L. 241/1990*¹⁶, senza prestare particolare attenzione al corredo motivazionale del provvedimento o alle effettive specificità del singolo caso.

L'orientamento consolidatosi nella giurisprudenza della Corte di Cassazione non pare condivisibile tenuto conto della circostanza che nell'ambito della fase istruttoria del procedimento è possibile scandagliare tutti gli aspetti che possano giustificare l'esito della decisione (di accoglimento o di rigetto) e acquisire, anche attraverso il contraddittorio con l'interessato, gli elementi necessari per una valutazione discrezionale coerente, motivata e argomentata.

Sulla base di queste ultime esigenze (che dovrebbero in ogni caso prevalere vista la rilevanza dei beni della vita incisi dall'esercizio della funzione pubblica), la giurisprudenza ha ritenuto che la comunicazione *ex art. 7 L. 241/1990* sia imprescindibile nei c.d. procedimenti di secondo grado, rivolti alla revoca o annullamento di un precedente provvedimento favorevole adottato nei confronti di un soggetto straniero per consentirne il soggiorno sul territorio nazionale¹⁷.

Spesso le amministrazioni preposte alla gestione del fenomeno migratorio invocano ragioni di celerità ed urgenza a sostegno della legittimità dei propri provvedimenti, quando essi sono impugnati per violazione degli obblighi di comunicazione. In particolare, la giurisprudenza (ordinaria e amministrativa) tende ad ammettere una deroga all'obbligo di puntuale motivazione sulla base del carattere emergenziale proprio dei provvedimenti in materia di gestione dei flussi migratori; ciononostante, si apprezza da parte della giurisprudenza amministrativa un certo rigore nella verifica delle motivazioni poste dalle amministrazioni alla base della scelta di omettere la comunicazione *ex art. 7 L. 241/1990*, nel senso di verificare che tali motivazioni connesse all'urgenza della procedura siano

¹⁵ *Ex multis*, T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 2 novembre 2022, n.1059, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 8 settembre 2021, n. 9592, T.A.R. Marche, Ancona, Sez. I, 17 dicembre 2020, n. 768, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 3 dicembre 2020, n. 2378; Cons. Stato, Sez. III, 18 settembre 2018, n.5445; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-*quater*, 14 febbraio 2013, n. 1663; Cons. Stato, Sez. III, 4 giugno 2013, n. 3048; Cons. Stato, Sez. III, 5 luglio 2013, n. 3581; T.A.R. Piemonte, 12 luglio 2017, n. 949.

¹⁶ Cass., Sez. I, 30 ottobre 2018, n. 27682; Cass. civ., Sez. VI, 28 febbraio 2013, n. 5080; Cass., Sez. I, 29 dicembre 2005, n. 28858; Cass., Sez. I, 6 dicembre 2005, n. 44403. La Corte di Cassazione, nelle sentenze citate, ha affermato che l'attività istruttoria dell'amministrazione sarebbe soltanto funzionale al successivo provvedimento di allontanamento per il quale è comunque prevista la possibilità di impugnazione e quindi l'esplicitazione di un pieno diritto di difesa; conseguentemente, l'amministrazione non ha l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento allo straniero «rivestendo il relativo provvedimento (prefettizio) carattere obbligatorio e vincolato, onde può differirsi alla sede giurisdizionale il contraddittorio tra l'autorità che emette il provvedimento e il destinatario» (in questi termini, Cass., Sez. I, 19 dicembre 2001, n.16030; Cass. civ., Sez. I, 9 aprile 2002, n. 5050). Più recentemente, con ordinanza 18 marzo 2020, n. 7437, la Prima Sezione della Suprema Corte ha ribadito che l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento non si estende alla procedura di espulsione dello straniero.

¹⁷ T.A.R. Piemonte, 12 luglio 2017, n. 949 che annulla il provvedimento di revoca dell'accoglienza dallo SPRAR per mancata comunicazione di avvio del procedimento, in difetto di qualificate e motivate ragioni di urgenza; in senso analogo, di recente, Cons. Stato, Sez. III, 3 luglio 2019, n. 4576.

congruamente circostanziate e tali da giustificare la compressione i diritti procedimentali dello straniero.

4. *La non annullabilità del provvedimento ai sensi dell'art. 21 octies, secondo comma, L. 241/1990 quale causa di giustificazione della deroga alle regole sulla partecipazione procedimentale*

Sul tema della tutela dei diritti di partecipazione del migrante incide, entro certi limiti, anche la disciplina dei c.d. vizi non invalidanti di cui all'art. 21 *octies*, comma secondo, L. 241/1990 introdotto dalla L. 15/2005 secondo il quale «non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento e 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 adottato»¹⁸.

Con riferimento ai provvedimenti non vincolati, la medesima disposizione – in ossequio ad una concezione non formalistica dei vizi procedurali – stabilisce che «il provvedimento adottato non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato»¹⁹.

L'art. 21 *octies*, secondo comma, è norma di carattere processuale che consente al giudice di non annullare l'atto vincolato dopo aver in concreto verificato che la partecipazione dell'interessato non avrebbe comunque potuto influire sul contenuto della decisione adottata. Essa dunque «non può essere utilizzata in sede amministrativa, violandosi altrimenti il principio di legalità, ma deve essere utilizzata in sede giurisdizionale»²⁰.

In altri termini, la norma non individua delle ipotesi in cui sia consentito all'amministrazione derogare alle garanzie procedimentali, quanto piuttosto consente al giudice di valutare *ex post* l'inutilità dell'apporto partecipativo del privato a seguito di una valutazione della fattispecie concreta²¹.

¹⁸ Sull'art. 21-*octies*, *ex multis*, D. U. GALETTA, *L'annullabilità del provvedimento amministrativo per vizi del procedimento*, Milano, 2003, p. 87 ss.; F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-*octies**, in *www.giustamm.it*, 2005, n. 1; ID., *Art. 21-*octies*, comma 2. Annullabilità del provvedimento*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005; L. FERRARA, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Diritto amministrativo*, 2008, p. 103 ss.; D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *www.astrid-online.it*, 2008; F. VOLPE, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2009, p. 392 ss.

¹⁹ Sebbene gravi sull'amministrazione l'onere di dimostrare, in caso di mancata comunicazione dell'avvio, che l'esito del procedimento non poteva essere diverso, sovente il Consiglio di Stato ha ritenuto che, «onde evitare di gravare l'amministrazione di una *probatio diabolica* (quale sarebbe quella consistente nel dimostrare che ogni eventuale contributo partecipativo del privato non avrebbe mutato l'esito del procedimento), il privato non possa limitarsi a dolersi della mancata comunicazione di avvio, ma debba anche quantomeno indicare o allegare quali sono gli elementi conoscitivi che avrebbe introdotto nel procedimento ove avesse ricevuto la comunicazione, a pena di inammissibilità della doglianza» (Cons. Stato, Sez. V, 29 aprile 2009, n. 2737; Sez. V, 5 giugno 2018, n. 3399; Sez. IV, 9 dicembre 2015, n. 5577). In dottrina, R. CARANTA, L. FERRARIS, S. RODRIGUEZ (a cura di), *La partecipazione al procedimento amministrativo*, op. cit., p. 89 ss.

²⁰ Cons. Stato, Sez. VI, 17 ottobre 2006, n. 6192; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-*quater*, 20 luglio 2011, n. 6548; T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. II, 19 gennaio 2015, n. 90.

²¹ In proposito, Cons. Stato, Sez. VI, 2 febbraio 2009, n. 552 ha precisato che: «l'art. 21-*octies*, co. 2, non degrada un vizio di legittimità a mera irregolarità, ma fa sì che un vizio, che resta vizio di legittimità, non comporti l'annullabilità dell'atto sulla base di valutazioni, attinenti al contenuto del provvedimento, effettuate *ex post* dal giudice circa il fatto che il provvedimento non poteva essere diverso».

La *ratio* dell'art. 21 *octies* risiede nell'esigenza di assicurare l'economicità e l'efficacia dell'azione amministrativa evitando l'annullamento del provvedimento ogniqualvolta risulti evidente che, nel riesercitare il proprio potere rispettando la disposizione violata, l'amministrazione adotterebbe comunque un provvedimento dal contenuto analogo a quello annullato con inutile dispendio di tempi, costi e risorse²².

Prima dell'introduzione dell'art. 21 *octies*, dottrina e giurisprudenza si erano mostrate sensibili al problema della non annullabilità di provvedimenti caratterizzati da vizi di natura procedimentale, facendo spesso ricorso alla regola del raggiungimento dello scopo²³. Tale criterio consente, in una logica di legittimità sostanziale, di escludere la rilevanza del mancato rispetto degli oneri comunicativi, quando lo scopo sia stato comunque raggiunto avendo l'interessato avuto in ogni caso la possibilità di partecipare o avendo avuto conoscenza dell'avvio del procedimento attraverso un atto equipollente alla comunicazione formale dovuta ai sensi dell'art. 7 L. 241/1990.

Si segnala che la giurisprudenza amministrativa tende a considerare non rilevante la violazione dell'art. 7 L. 241/1990 nei procedimenti diretti alla valutazione delle richieste di permesso di soggiorno, quando il richiedente abbia avuto comunque notizia dell'avvio del procedimento e sia stato posto in condizione di esercitare il suo diritto di partecipazione²⁴.

I giudici amministrativi ritengono, tuttavia, che l'omissione della comunicazione nei provvedimenti di diniego alle istanze presentate dagli stranieri, non deve portare ad un'automatica sanatoria giurisprudenziale e che la preclusione della partecipazione deve conseguire ad una rigorosa valutazione delle circostanze ed essere adeguatamente motivata.

5. Discrezionalità e vincolatezza nei provvedimenti riguardanti gli stranieri

Come emerso dalle considerazioni svolte nel paragrafo precedente in ordine all'applicazione dell'art. 21 *octies*, secondo comma, della L. 241/1990 riguardante la categoria dei c.d. vizi non invalidanti, assume particolare importanza – ai fini della verifica in concreto dell'effettività delle garanzie di partecipazione procedimentale – l'inquadramento della natura del provvedimento concretamente adottato fra gli atti di natura discrezionale o vincolata²⁵.

²² In questi termini, *ex multis*, E. D'ALTERIO, *Diritto amministrativo. Analisi di casi e profili teorici*, Lavis (TN), 2021, p. 370.

²³ Cons. Stato, Sez. IV, 2 gennaio 1996, n. 3; Cons. Stato, Sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 258. Sul commento alla giurisprudenza in tema di principio del raggiungimento dello scopo, R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Le nuove regole dell'attività amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, Milano, 2007; D.U. GALETTA, *Provvedimenti irregolari, regola del «raggiungimento dello scopo», carenza dell'interesse a ricorrere e art. 21 octies L. 241/90: l'opinione della sesta sezione del Consiglio di Stato*, in *Giustizia civile*, 2007, p. 1288 ss.; R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, p. 609 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della legge n. 241/1990*, in *www.giustamm.it*, 2005, p. 7 che precisa come i due alinea dell'art. 21 *octies* si rifanno al raggiungimento dello scopo, ma in un senso più ampio riferita alla finalità di interesse pubblico che giustifica l'emanazione del provvedimento finale.

²⁴ Cons. Stato, Sez. III, 13 settembre 2018, n. 5381 e Cons. Stato, Sez. VI, 17 gennaio 2011, n. 256.

²⁵ Sulle categorie di discrezionalità e vincolatezza, *ex multis*, E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Diritto dell'economia*, 1998, p. 506.; M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetti e problemi*, Milano, 1939; F. G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000, p. 1045 ss.; E. FOLLIERI, *Potere vincolato e potere discrezionale puro*, in F. G. COCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2015, p. 189 ss.

Invero, se il provvedimento adottato dall'amministrazione omettendo la comunicazione di avvio del procedimento all'interessato o, comunque, non consentendone l'esercizio dei diritti procedurali, può essere considerato un provvedimento di natura vincolata (ossia un atto per il quale la legge predetermina a monte, in presenza di determinati requisiti, il relativo contenuto²⁶), la partecipazione dell'interessato all'attività istruttoria ai sensi del primo periodo del secondo comma dell'art. 21 *octies* può ritenersi giustificata (e non genera annullabilità) ogniqualvolta sia palese che il suo intervento non avrebbe potuto modificare il contenuto del provvedimento.

In effetti, molti dei provvedimenti tipici in materia di ingresso, soggiorno ed espulsione dello straniero, in base ad una scelta compiuta a monte dal legislatore, rientrano nell'ambito degli atti a contenuto vincolato e conseguentemente, grazie alla deroga prevista dall'art. 21 *octies*, comma secondo, possono eludere legittimamente la tutela dei diritti di partecipazione dello straniero al procedimento.

Occorre interrogarsi *funditus* se, in effetti, sia condivisibile tale impostazione o se, piuttosto, nei provvedimenti relativi all'ingresso ed all'allontanamento dello straniero residuino in capo all'amministrazione dei margini di discrezionalità. Difatti, qualora si ritenesse che detti provvedimenti costituiscano l'esito di un potere di scelta discrezionale, il mancato coinvolgimento dello straniero destinatario della decisione determinerebbe un'elusione non giustificabile delle sue garanzie partecipative o, comunque, dovrebbe applicarsi la disposizione (più rigorosa) prevista dal secondo periodo del secondo comma dell'art. 21 *octies*.

Come si avrà modo di argomentare, l'affermazione che tutti i provvedimenti relativi all'ingresso ed all'allontanamento dello straniero siano atti di natura vincolata non è condivisibile poiché non sono poche le fattispecie nelle quali il legislatore, pur predeterminando alcuni requisiti e presupposti che conformano il contenuto della decisione, riserva all'amministrazione un margine (spesso anche apprezzabile) di discrezionalità in ordine alla valutazione dei requisiti e presupposti medesimi onerando la stessa di una verifica "caso per caso" che, in definitiva, configura un potere non del tutto vincolato (*rectius*, non vincolato in senso stretto) e che, conseguentemente, non dovrebbe consentire deroghe o elusioni del principio del contraddittorio procedimentale.

I casi nei quali, a fronte di un'apparente vincolatezza della funzione di verifica ed accertamento di requisiti predeterminati per legge, residuano in realtà ambiti (spesso anche ampi) di valutazione discrezionale in concreto, riguardano certamente le ipotesi di revoca, rifiuto o annullamento del permesso di soggiorno per ragioni inerenti la pericolosità sociale dello straniero per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato (art. 4, terzo comma, TUI)²⁷, la rilevanza dei suoi legami familiari (art. 5, quinto comma, TUI) o la considerazione di eventuali esigenze di protezione sociale o umanitaria (all'art. 5, sesto comma, TUI, ora abrogato).

²⁶ Come rilevato, per atto vincolato si intende quello interamente prefigurato dall'ordinamento; conseguentemente, la pubblica amministrazione non ha margine di apprezzamento nella qualificazione dei presupposti dell'esercizio del potere e nella scelta del contenuto del provvedimento finale. In dottrina, sulla nozione di attività vincolata, A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 3 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006.

²⁷ In argomento, M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, p. 241 ss.

In particolare, con riferimento alla rilevanza dei legami familiari, la Corte Costituzionale ha osservato la necessità di una «attenta ponderazione della 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»²⁸. Sulla medesima questione (la rilevanza dei legami familiari), la giurisprudenza amministrativa ha mantenuto un orientamento non sempre coerente. Se, da un lato, infatti, il giudice amministrativo tende ad affermare la natura vincolata del provvedimento di rigetto dell'istanza di permesso di soggiorno (e, conseguentemente, ne esclude l'annullabilità ai sensi dell'art 21 *octies* ogni qual volta il contenuto doveroso della decisione amministrativa avrebbe reso inutile la partecipazione procedimentale)²⁹, dall'altro si rinvencono alcune pronunce che – pur riconoscendo che le condizioni per il rilascio del permesso di soggiorno sono predeterminate dal TUI o altre leggi speciali – affermato che il mancato rilascio del suddetto permesso non possa scaturire in via automatica da una mera verifica della sussistenza di requisiti astrattamente stabiliti dalla legge, ma occorre svolgere una valutazione tesa a verificare la corrispondenza tra la fattispecie astrattamente prevista dalla norma e le circostanze della fattispecie concreta; in questo processo di valutazione possono assumere particolare rilievo gli apporti partecipativi dell'interessato³⁰.

Analogo orientamento si riscontra con riferimento alla valutazione del requisito della pericolosità sociale il cui accertamento secondo i giudici amministrativi deve avvenire in base ad una valutazione caso per caso da parte dell'amministrazione, poiché «l'attività dell'amministrazione preordinata alla valutazione della pericolosità sociale rappresenta un'attività discrezionale della pubblica amministrazione»³¹.

Con riguardo alla disciplina delle misure di espulsione amministrativa, si rinvencono disposizioni che definiscono il potere di allontanamento come vincolato (nel caso di espulsione di competenza prefettizia³²) ed ipotesi in cui tale potere assume natura discrezionale (nel caso di espulsione di competenza del Ministero degli Interni³³). Con riguardo ai provvedimenti di espulsione prefettizia (rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario), la Corte di Cassazione ha più volte affermato che, stante la natura vincolata, il sindacato giurisdizionale deve limitarsi a «controllare l'esistenza, al momento dell'espulsione,

²⁸ C. Cost., 18.7.2013, n. 202, con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 5, quinto comma, TUI nella parte in cui prevede che la valutazione sui legami familiari si applichi solo allo straniero che ha esercitato il diritto all'unità familiare o al familiare ricongiunto e non anche allo straniero che «abbia legami familiari nel territorio dello Stato»; per un commento, G. SIRIANNI, *Automatismo espulsivo e diritto alla vita familiare*, in *Giur. cost.*, 4/2013, p. 2835; V. PICALARGA, *Brevi note sulla recente giurisprudenza amministrativa in tema di rilascio – rinnovo del permesso di soggiorno, in seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 202 del 2013*, in *Osservatorio costituzionale*, 2014. Recentemente Cass. civ., Sez. I, ord. n. 7860 del 16.4.2020 ha affermato il divieto di espulsione automatica dello straniero con legami familiari nel territorio dello Stato non preceduta da un accurato scrutinio.

²⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 16 maggio 2006, n. 2736; T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. III, 2 aprile 2009, n. 1064; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 19 marzo 2009, n. 3565; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 26 febbraio 2015, n. 689; più recentemente, Cons. Stato, Sez. III, 26 giugno 2019, n. 4412; 21 gennaio 2019, n. 494.

³⁰ Cons. Stato, Sez. III, 17 maggio 2012, n. 2856; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 20 aprile 2005, n. 6178; Cons. Stato, Sez. VI, 2 febbraio 2009, n. 552; Cons. Stato, Sez. VI, 17 gennaio 2011, n. 256; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 27 febbraio 2014, n. 479.

³¹ T.A.R. Veneto, Sez. III, 27 marzo 2003, n. 2110; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 20 febbraio 2018, n. 243. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 31 dicembre 2019, n. 2770. Cfr. anche Cons. Stato, Sez. III, 30 maggio 2017, n. 2591.

³² Art. 13, co. 2, TUI.

³³ Art. 13, co. 1 TUI (motivi di ordine pubblico e sicurezza) e art. 3 D.L. 27 luglio 2005, n. 144 conv. in l. 31 luglio 2005, n. 155 (contrasto del terrorismo internazionale).

dei requisiti di legge che ne impongono l'emanazione, trattandosi di un atto dovuto senza alcun margine di discrezionalità in capo all'amministrazione»³⁴.

Sebbene, con riguardo ai provvedimenti espulsivi l'orientamento giurisprudenziale prevalente sia nel senso di ammettere una deroga agli obblighi connessi alle tutele dei diritti provvedimentali dell'interessato, va precisato che vi sono delle fattispecie di espulsione amministrativa che – per espressa previsione normativa – prevedono che, unitamente alla verifica delle condizioni predeterminate per legge, residui in capo al Prefetto una valutazione discrezionale da svolgersi sul caso concreto (art. 13 *bis* TUI). Per queste ipotesi, si ritiene che non possa trovare applicazione l'orientamento della Suprema Corte sopra richiamato e, piuttosto, debba invocarsi una visione maggiormente garantista e coerente anche con i principi di partecipazione procedimentale di derivazione europea ed internazionale concludendo che il diritto dell'interessato a partecipare all'istruttoria procedimentale³⁵ non possa subire una dequotazione.

Rimanendo in tema di espulsione, non può non farsi riferimento (anche a supporto di quanto affermato sinora) all'orientamento rinvenibile nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo³⁶. La Corte EDU, con riferimento al divieto di espulsioni collettive, stabilito dall'art. 4 del protocollo 4 allegato alla CEDU, ha in più occasioni condannato l'Italia per mancato rispetto del *due process*, in quanto non era stato assicurato a ciascun migrante parte del gruppo la possibilità di un contraddittorio attraverso un esame della posizione individuale e la possibilità di esporre le proprie ragioni³⁷. Nella sentenza *Khlaifia* del 2016 la Grande Camera ha ridimensionato il criterio procedurale dell'art. 4 del Protocollo n. 4 affermando che l'obiettivo della norma può ritenersi raggiunto se allo straniero siano state garantite le condizioni minime di partecipazione (ovvero l'identificazione, la comprensione della decisione e la mera possibilità di esporre all'autorità i motivi che si oppongono alla sua espulsione)³⁸.

In coerenza con tale orientamento della Corte EDU, si segnala che con sentenza 8 maggio 2023, n. 88, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 4, comma 3, e 5, comma 5, del TUI, nella parte in cui

³⁴ Cass., SU, 16 ottobre 2006, n. 22217 e Cass., SU, 16 ottobre 2006, n. 22221; Cass., Sez. I, ord. 7 febbraio 2008, n. 2973; Cass., 6 agosto 2010, n. 18432.

³⁵ Si tratta, peraltro, di un'interpretazione che trova conforto anche in alcune ordinanze della Corte di Cassazione inerenti la rilevanza dei rapporti familiari del soggetto da espellere (Cass., Sez. I., ord. 9 dicembre 2019, n. 32041; Cass., Sez. I, ord. 22 febbraio 2019, n. 5359; Cass., sent. 16 gennaio 2019, n. 5597 Cass., ord. 27 luglio 2017, n. 18689).

³⁶ Su questi temi, S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'«altro» diritto europeo in Italia, Francia ed Inghilterra*, Napoli, 2007; ID, *The right to be heard: equa riparazione e giusto procedimento amministrativo nella giurisprudenza CEDU*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 542 ss.

³⁷ Corte EDU (Grande Camera), *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, 23 febbraio 2012 con commento di P. BONETTI, *La decisione Hirsi Jamaa e altri c. Italia: i respingimenti collettivi in mare violano i diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, p. 447 ss.; Corte EDU (seconda sezione), *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, 21 ottobre 2014, par. 223, con commento di P. BONETTI, *Sharifi c. Italia e Grecia e Tarakbel c. Svizzera: sui diritti del richiedente asilo alla protezione e a un'assistenza dignitosa*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, 1, p. 219 ss.

³⁸ Corte EDU (seconda sezione), *Khlaifia e altri c. Italia*, 1 settembre 2015. In argomento, M. SAVINO, *L'«amministrativizzazione» della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3-4/2015; 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*, 2m 2017, p. 552; 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.; F. PERRINI, *Gravi violazioni dei diritti fondamentali dei migranti nel caso Khlaifia e a. c. Italia, ivi*, 2015, p. 741 ss.

ricomprende, tra le ipotesi di condanna automaticamente ostative al rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro, quelle, pur non definitive, per il reato di cui all'art. 73, comma 5, del D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza) e quelle definitive per il reato di cui all'art. 474, secondo comma, del codice penale, «senza prevedere che l'autorità competente verifichi in concreto la pericolosità sociale del richiedente».

La Consulta, nella sentenza n. 88/2023, ha ribadito che se per un verso, al legislatore va riconosciuta un'ampia discrezionalità nella regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno di uno straniero nel territorio nazionale, per altro verso occorre che tale discrezionalità “non è assoluta, dovendo rispecchiare un ragionevole e proporzionato bilanciamento di tutti i diritti e gli interessi coinvolti, soprattutto quando la disciplina dell'immigrazione sia suscettibile di incidere sui diritti fondamentali, che la Costituzione protegge egualmente nei confronti del cittadino e del non cittadino (sentenza n. 202 del 2013; in precedenza, anche sentenze n. 172 del 2012, n. 245 del 2011, n. 299 e n. 249 del 2010, n. 78 del 2005)”. Sulla base di tali premesse, la Corte è giunta a riconoscere l'illegittimità costituzionale della disposizione legislativa rimessa al suo vaglio in quanto introduce un “*automatismo espulsivo*” tale da incidere in modo sproporzionato e irragionevole sui diritti fondamentali degli stranieri precludendo un ragionevole bilanciamento, a cura dell'amministrazione prefettizia, tra tutti gli interessi e i diritti di rilievo costituzionale coinvolti.

L'opera di bilanciamento a cui la pubblica amministrazione è richiamata presuppone, beninteso, «la conoscenza e la valutazione ad ampio raggio della situazione individuale dello straniero colpito dal provvedimento restrittivo» con la conseguenza che, in un'ottica di tutela dei diritti di partecipazione procedimentale, difficilmente può ammettersi che essi possano subire una compressione o un'elisione ai sensi dell'art. 21 *octies*, secondo comma.

La sentenza n. 88/2023 della Corte Costituzionale, pertanto, appare molto significativa nella prospettiva della corretta ed equilibrata applicazione della disposizione dell'art. 21 *octies* L. 241/1990 la cui *ratio* certamente condivisibile (evitare che vizi formali o procedurali possano incidere sulla speditezza e efficienza dell'azione amministrativa) non può costituire fondamento per legittimare automatismi decisionali lesivi di diritto fondamentali.

ABSTRACT: *Migrants, administrative procedures and participation*

The recent Ukrainian migration crisis has made the debate on the protection of migrants' rights to have an administrative due process topical.

The protection of the migrants' fundamental rights, in fact, does not end with the possibility of exercising the right of defence in front of the Courts but also requires that each national system offers concrete and effective guarantees of protection of the right of the migrant to be fully informed during the procedure that concerning him and the right to participate in it.

The essay analyzes the most problematic profiles of the Italian administrative migration law in the perspective of the fundamental rights of the migrant. Through the exegesis of the general and special rules on administrative procedure and the analysis of the most significant and recent judgments of the Courts, the research focuses on the main

coordinates that allow to ensure the protection of the fundamental rights of the migrant and, at the same time, the protection of public and internal security.



ALEJANDRO PASTORI FILLOL*

LA RECIENTE MIGRACIÓN VENEZOLANA EN EL RÍO DE LA PLATA

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El derecho a migrar. – 3. Protección del migrante y regulación de la materia migratoria en el Mercosur. – 4. Crisis migratoria en Venezuela y su impacto en la región. – 5. El abordaje de la crisis migratoria venezolana en la Argentina y Uruguay. – 6. Conclusiones.

1. *Introducción*

La globalización de la economía acentuada a fines del siglo XX ha impactado en la persistencia y agravamiento de las disparidades e inequidades entre Estados y al interior de las propias naciones. Este proceso ha determinado un gran aumento de las migraciones por múltiples causas, como colapsos económicos, desempleo, falta de servicios públicos, desastres naturales, conflictos armados, represión y persecución, violaciones sistemáticas de los derechos humanos y/o rivalidades étnicas.

En este marco, el principal escollo con que ha tropezado históricamente el ejercicio pleno de la libertad de circulación de las personas ha sido la regulación de los flujos migratorios, que se le reconoce a todo Estado. Dicha normativa migratoria, fundada y justificada en la potestad soberana de asegurar los derechos de los nacionales y de cuidar las fronteras, el ingreso y tránsito de bienes y personas, hizo que durante mucho tiempo el trato que un Estado deparaba a sus poblaciones nacionales y a las personas extranjeras permanecieran mayormente dentro de la esfera interna¹. Así, cada gobierno se ha arrogado la facultad de decidir la admisión de extranjeros en su territorio y de establecer las condiciones y requisitos para dicho ingreso y/o permanencia.

Sin embargo, con la irrupción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se ha procurado fortalecer los derechos de los migrantes y sus familiares en detrimento de este irrestricto poder estatal. Para ello, se ha buscado acentuar la vulnerabilidad estructural

* Profesor titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de la República (Montevideo, Uruguay).

¹ En el llamado Derecho internacional clásico, el trato que un Estado otorgaba a las personas dentro de su territorio era un asunto exclusivamente interno y atado al concepto de soberanía territorial, bajo la idea de no injerencia en los asuntos internos. En ese sentido, la migración era considerada una cuestión predominantemente doméstica y sujeta, por tanto, al ámbito de la soberanía y la discrecionalidad de los Estados (OIM e IPPDH: *Migración, derechos humanos y política migratoria*, p. 9).

de todo migrante que, sumado a la existencia de prejuicios como la xenofobia o el racismo, dificultan su integración en la sociedad que los recibe.

A fin de realizar un aporte en este tema de suma relevancia en la actualidad, se examinará en este artículo la política migratoria de la Argentina y Uruguay respecto a la reciente crisis migratoria venezolana. Inicialmente, se comenzará presentando un breve análisis de las distintas perspectivas en torno al derecho a migrar, con especial énfasis en la doctrina y normativa regional. En segundo lugar, se habrá de considerar la evolución del Mercosur para intentar comprender mejor el contexto político y jurídico del bloque de cara a la gestión de la crisis migratoria venezolana. Finalmente, se analizará el impacto de la política migratoria implementada por la Argentina y Uruguay en relación con los migrantes venezolanos, centrándose en la decisión de ambos países de mantener la aplicación del Acuerdo sobre Residencia del Mercosur, a pesar de que Venezuela fue suspendido del bloque regional en 2017, para luego formular algunas conclusiones sobre las particularidades de esta migración en el Río de la Plata.

2. El derecho a migrar

Tras los horrores de la Segunda Guerra Mundial y la irrupción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección de las personas migrantes comenzó a ser incluida en prácticamente todos los instrumentos de organismos como la Organización de las Naciones Unidas (ONU)² y la Organización de los Estados Americanos (OEA)³; la premisa básica fue que la nacionalidad no es ni debe ser un criterio válido para desconocer un derecho humano. A su vez, a medida que se fue complejizando la gestión de las migraciones humanas, la Asamblea General de la ONU decidió crear en 1950 la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) para solucionar el inmenso problema de los refugiados de posguerra en Europa y la Organización Internacional

² La Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su artículo 13 que: «1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado; 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país». Otros instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), la Convención sobre Derechos del Niño (CDN), la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD), la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) o la Convención contra la Tortura, Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes también contemplaron disposiciones similares a favor de los migrantes. Además, existen otros instrumentos jurídicos y políticos que han pretendido resguardar los derechos fundamentales de las personas migrantes, como los Convenios de la OIT n. 19 de 1925, n. 97 de 1949 y n. 143 de 1975; la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven de 1985; la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes de 2016 y el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular de 2018, entre otros.

³ Ya el Preámbulo de la Declaración Americana de Derechos y Obligaciones del Hombre, en su segundo Considerando contempla que “en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”; más adelante, en su art. 2º enfatiza que: «Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna».

para las Migraciones (OIM) en 1951 para promover un ordenamiento de las corrientes migratorias⁴.

En este escenario, las declaraciones, normas y accionar de los organismos competentes fueron tendiendo a promover el derecho que tiene todo individuo de salir de un Estado y a desplazarse o circular libremente, usualmente descrito como “el derecho a migrar”⁵. A su vez, con el argumento de que los principios de igualdad y no discriminación exigen a los Estados garantizar todos y cada uno de los derechos reconocidos sin distinción entre nacionales y extranjeros, se buscó promover que el derecho a migrar no se agote en la posibilidad de circular y residir en un territorio extranjero, sino también en desarrollar una vida digna allí.

El acto de migrar implica entonces cualquier movimiento desde el territorio de un Estado hacia el de otro Estado (migración internacional) o dentro del mismo (migración interna). Su motivo puede ser variado; por ejemplo, una migración puede estar originada en un desplazamiento forzado dado por la amenaza a la vida, a la seguridad o a la libertad que sufre la persona, lo cual lo convierte en un refugiado. Cuando una persona sale de su país de nacionalidad o donde tiene su residencia habitual su país por un temor fundado de persecución por los motivos que fuera o por situaciones de violencia generalizada, conflicto armado, graves violaciones a los derechos humanos o situaciones que perturben gravemente el orden público, tiene derecho a buscar y recibir asilo en condiciones de seguridad en otro Estado⁶.

El principio de no devolución fue uno de los aspectos más importantes consagrados en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951): ningún Estado puede expulsar o devolver a un refugiado a donde su vida o libertad peligran. Además, les fue reconocido a los refugiados el derecho a recibir asistencia básica y a gozar los mismos derechos que cualquier otro extranjero residente legal.

La migración no necesariamente se funda en un acto forzado, sino que puede ser también voluntaria; muchas personas emprenden viajes a otros países con el objetivo de conocer nuevas realidades, buscar mejores condiciones de vida, oportunidades laborales o

⁴ La OIM busca promover la cooperación internacional entre gobiernos, organismos intergubernamentales y no gubernamentales sobre cuestiones migratorias; encontrar soluciones prácticas a los problemas migratorios y ofrecer asistencia humanitaria a los migrantes que lo necesiten, sean refugiados, personas desplazadas o desarraigadas. Para más información, se sugiere: www.iom.int/es.

⁵ Hay quienes han sostenido que si bien hay un “derecho a emigrar” no lo hay “a inmigrar”, es decir a ingresar a un determinado territorio nacional. Esta diferencia también bajo la forma de la pretendida confrontación entre el derecho a emigrar y la soberanía del Estado receptor. Sin embargo, me resulta incongruente reconocer el derecho a salir de un territorio sin poder entrar a otro; aceptado el derecho a emigrar debe suponer el derecho a inmigrar. Por ello, en forma genérica, optaré por referirme al derecho a migrar. Su fundamento está derivado del derecho al trabajo reconocido en los grandes Pactos y declaraciones de derechos humanos, así como en el derecho a acceder al goce de otros derechos como el de la vida, la salud o la educación (O. E. URIARTE, *Derecho a migrar y derecho al trabajo*, p. 29 en OBSERVATORIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DERECHOS HUMANOS EN EL MERCOSUR: *Las migraciones humanas en el Mercosur. Una mirada desde los derechos humanos*).

⁶ La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) los define como 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, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él». En la región, la Declaración de Cartagena de Indias (1984) amplió el concepto de refugiado a las personas «que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado el orden público».

de estudio. A su vez, pueden haber migraciones temporarias que se dan por un tiempo limitado preestablecido y generalmente de plazos cortos.

Un hito normativo en la materia se dio el 18 de diciembre de 1990, cuando la Asamblea General de la ONU adoptó la Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, con el objetivo de asegurar una mínima protección legal en los derechos fundamentales de éstos, impedir y eliminar su explotación y procurar la igualdad de trato en las condiciones laborales entre los inmigrantes y los trabajadores nacionales⁷. Simultáneamente, los procesos de integración regional fueron trastocando la estructura de la sociedad internacional tradicional, avanzando sobre los otrora dominios reservados a la soberanía nacional.

A pesar de todos estos avances normativos e institucionales, lo cierto es que en 2022 seguía habiendo cerca de 300 millones de migrantes irregulares en el mundo y el triste récord de más de 82 millones de personas desplazadas forzosamente⁸.

3. Protección del migrante y regulación de la materia migratoria en el Mercosur

El proceso de integración del Mercosur tuvo su acto constitutivo el 26 de marzo de 1991 con la firma del Tratado de Asunción por parte de los presidentes de la Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, coronando así los esfuerzos integracionistas que siguieron al regreso al orden democrático de los países de la región. Este primer documento tuvo una fuerte impronta económica, centrada en promover la integración aduanera, la cooperación comercial y la circulación de bienes⁹.

Con el paso del tiempo, este enfoque economicista fue virando hacia metas políticas más ambiciosas como alcanzar una ciudadanía regional, facilitar el flujo de personas entre los países miembros y simplificar los procesos migratorios y requisitos laborales, incluyendo la eliminación de visas y la armonización de políticas¹⁰. A su vez, fue ganando el abordaje a los

⁷ Recién el 11 de diciembre de 2002, se alcanzaron las 20 ratificaciones necesarias para su entrada en vigor, contando hoy en día con 42 ratificaciones.

⁸ Estos datos contrastan fuertemente con la situación existente entre 2000 y 2005, cuando se informaba sobre el descenso del número de refugiados a los 9 millones. En 2010, la cifra alcanzó los 41 millones de personas desplazadas en el año 2010 y de 79.5 millones en 2019 (H. FERREIRA ARIZAGA, *El refugio durante la crisis del COVID-19 (2020-2021)*, p. 310 y ss.). En su informe anual de tendencias globales, el ACNUR afirmó que se profundizará el número de desplazados y refugiados, debido a la crisis ocasionada por la guerra en Ucrania, pudiendo alcanzar los 100 millones a nivel mundial.

⁹ Si bien la libre circulación de las personas no estaba expresamente contemplada, el que se favoreciera la circulación de la mano de obra en cuanto factor productivo y de servicios fue derivando en la progresiva facilitación y eliminación de todo tipo de restricciones a las migraciones de trabajadores dentro del territorio del Mercosur.

¹⁰ Se fueron dando distintos avances en temas como los protocolos vigentes sobre integración educativa y reconocimiento recíproco de certificados, títulos y estudios de nivel primario y medio no técnico y nivel medio técnico; el reconocimiento de títulos universitarios de grado a los fines de proseguir estudios de posgrado en las universidades de los países miembros y también de ejercicio de docencia en la formación de recursos humanos a nivel de posgrado y a nivel de grado universitario. Lo propio cabe sostener con relación a los protocolos de asistencia jurisdiccional en sus más variados aspectos, desde la cooperación y asistencia en materia civil, comercial, laboral y administrativa, en medidas cautelares, asistencia jurídica mutua en asuntos penales, responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito y jurisdicción internacional en materia contractual.

trabajadores extranjeros desde una perspectiva de no discriminación y su derecho a recibir el mismo trato que los nacionales¹¹.

En cuanto a la normativa migratoria, se debe comenzar por la Declaración Sociolaboral del Mercosur de 1998 que declaró la igualdad efectiva de derechos, tratamiento y oportunidad en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión por motivo de origen nacional. Posteriormente, se alcanzó el “Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Parte del Mercosur” y el “Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Parte del Mercosur, Bolivia y Chile” (Decisión del Consejo Mercado Común Nro. 28/02) de fines de 2002, extendido luego por adhesión a Colombia, Ecuador y Perú y que es el hito normativo en esta materia¹².

Este Acuerdo procuró constituirse en una propuesta superadora a las alternativas que se habían manejado con anterioridad, principalmente las amnistías o las regularizaciones de inmigrantes. Bajo las premisas de fortalecer los lazos que unen a la comunidad regional y de combatir la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, se acordó flexibilizar y establecer reglas comunes para facilitar y armonizar la tramitación de residencias. Se acordó, por ejemplo, que los nacionales de los países que no cuenten con antecedentes penales tienen el derecho a transitar libremente por el territorio de otros Estados parte y desarrollar actividades no sólo de turismo y negocios, sino también de trabajo, estudio e inversión, por un período temporal (dos años) o definitivo (si se cumplen los requisitos necesarios), exigiéndoles requisitos mínimos (documentación, libreta de salud, etc.).

Por otro lado, se reconocieron una serie de derechos para quienes hayan obtenido las residencias como la igualdad de derechos civiles; el derecho a la reunión familiar; el trato igualitario con los nacionales en materia de legislación laboral, especialmente en lo relativo a remuneraciones, condiciones de trabajo y seguridad social; el compromiso entre los Estados a celebrar convenios de reciprocidad en materia previsional; el derecho a transferir remesas al país de origen y el derecho de los hijos nacidos en el país de destino a tener un nombre, a ser inscriptos en el registro civil del país de nacimiento y a adquirir al menos una nacionalidad.

Asimismo, para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes y de sus familiares, se creó la Guía Regional del Mercosur para la Identificación y Atención de necesidades especiales de protección de los derechos de Niños y Niñas Migrantes, la cual

¹¹ Inicialmente, se decidió crear un Grupo de Trabajo especializado en el tema Migratorio en el marco de la Reunión de Ministros del Interior, en el que primaba una óptica de seguridad. Desde 2003, el Foro Especializado Migratorio (FEM) ha intentado consolidar un proceso de integración migratoria al interior del Mercosur en el que prime una perspectiva de derechos humanos (OIM e IPPDH: *Migración, derechos humanos y política migratoria*, p. 28; OIM e IPPDH: *Derechos humanos de personas migrantes: Manual regional*, p. 24).

¹² El instrumento se encuentra actualmente vigente para la Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Bolivia, Chile, Perú, Colombia y Ecuador. Venezuela era parte de este al ser socio pleno, pero perdió derecho al mismo tras ser suspendido del bloque en 2017, lo que será materia de análisis en los capítulos siguientes.

Según el Informe “Movimientos Migratorios recientes en América del Sur” del FEM de 2021, este Acuerdo de Residencia facilitó que se otorgaran 3.323.805 residencias permanentes y temporarias entre 2009 y 2020. Para la OIM, el Acuerdo posibilitó “un gran crecimiento del número de residencias otorgadas, una intensificación de la migración intrarregional y la reducción de los tiempos de gestión y facilitación de los trámites” (OIM: *Evaluación del Acuerdo de Residencia del Mercosur y su incidencia en el acceso a derechos de los migrantes*”, p. 14).

recoge los principios y recomendaciones incluidos en las Opiniones Consultivas 18/03¹³ y 21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁴.

En 2021, el Mercosur presentó además el Estatuto de Ciudadanía, el cual compila los derechos y beneficios en favor de los ciudadanos de los Estados Parte del bloque¹⁵, lo que ratificó el enfoque de derechos que se pretende impulsar en relación con la migración.

4. Crisis migratoria en Venezuela y su impacto en la región

La gravísima crisis en Venezuela, azotada por exorbitantes niveles de inflación, violencia, inseguridad y carencias en el suministro de bienes y servicios básicos, generó que más de 7 millones de venezolanos abandonaron su país a partir de 2015, lo que representó el mayor éxodo en la historia reciente de la región y una de las mayores crisis de desplazados en el mundo¹⁶.

¹³ El 10 de mayo de 2002, el gobierno de México inició un procedimiento consultivo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la compatibilidad o no entre decisiones y prácticas de órganos gubernamentales de un Estado basadas en la sola situación migratoria irregular de las personas, por una parte y la obligación de los países de la OEA de garantizar los principios de igualdad jurídica y no discriminación. En su Opinión Consultiva n. 18, la Corte se pronunció en favor del principio de igualdad de trato para los trabajadores migrantes indocumentados y el respeto irrestricto de sus derechos fundamentales, independientemente de su estatus migratorio. La Corte partió de la obligación básica de todos los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos como atributos inherentes a la dignidad humana, consagrados en diversos instrumentos internacionales. Los principios de igualdad ante la ley y no discriminación se encuentran presentes en prácticamente todos los tratados internacionales sobre derechos humanos como normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*), según el Tribunal. La Corte estableció que “la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio” (párrafo 118). Por otro lado, si bien reconoció que en ciertas situaciones se pueden establecer distinciones legales entre nacionales y extranjeros (como en el caso de los derechos políticos), dichos tratos diferenciados no pueden vulnerar la dignidad y los derechos fundamentales del ser humano ni ser discriminatorios, lo que por definición sería violatoria de los derechos humanos y de los principios más elementales de un Estado democrático de derecho. En conclusión, la Corte concluyó que “los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo” y que un Estado es responsable cuando se dan situaciones de discriminación (Opinión Consultiva 18 de la Corte IDH del 17 de septiembre de 2003: *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*).

¹⁴ En el 2014, la Corte IDH emitió, por solicitud de los países del Mercosur, la Opinión Consultiva N° 21, en la que buscó establecer un piso mínimo de derechos para la atención y recepción de los niños, niñas y adolescentes migrantes, haciendo un foco especial en aquellos que viajan solos o separados de su grupo familiar directo (Opinión Consultiva 21 de la Corte IDH del 19 de agosto de 2014: *Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*).

¹⁵ El Estatuto de la Ciudadanía del Mercosur está conformado por diez ejes temáticos abordados desde una perspectiva transversal de derechos humanos, igualdad y no discriminación: (1) Circulación de personas, (2) Integración fronteriza, (3) Cooperación Judicial y consular, (4) Trabajo y empleo, (5) Seguridad social, (6) Educación, (7) Transporte, (8) Comunicaciones, (9) Defensa al consumidor y (10) Derechos políticos y acceso del ciudadano a los órganos del Mercosur. Para más información, se sugiere: www.mercosur.int/estatuto-ciudadania-mercosur.

¹⁶ En su informe de marzo de 2023, la R4V estimó que 7.1 millones de venezolanos seguían viviendo en el exterior, de los cuales más del 80% (6 millones) se movilizaban a otros países de América Latina y el Caribe. Los cinco países con más migrantes venezolanos son Colombia (2.5 millones), Perú (1.5 millones), EEUU

De cara a esta crisis humanitaria, los Estados latinoamericanos sostuvieron inicialmente una política de puertas abiertas a los migrantes y refugiados; varios iniciaron programas de regularización y se comprometieron con lograr una integración duradera. No obstante, se evidencian algunos matices; por ejemplo, de los 4.285.131 migrantes venezolanos que obtuvieron permisos de residencia¹⁷, hubo países como Brasil, Costa Rica, Perú y Trinidad y Tobago que tendieron a otorgar más visas humanitarias o reconocer el carácter de refugiados a una proporción considerable de los solicitantes¹⁸, mientras que otros como la Argentina, Chile, Guyana, Paraguay y Uruguay optaron por autorizar el ingreso con visas de turismo y proceder luego a regularizaciones u otorgamiento de residencias.

La pandemia del COVID-19 agregó una nueva capa de complejidad al obligar a los países receptores a enfrentar el reto de gestionar la crisis de salud pública, el cierre de fronteras y simultáneamente las necesidades de los migrantes venezolanos¹⁹. Paralelamente, el creciente descontento político producto de las dificultades económicas generadas en toda la región comenzaron a canalizarse en algunos hechos de discriminación y violencia contra los migrantes venezolanos, estigmatizados y culpados por la creciente competencia en el mercado laboral, la inseguridad y/o el limitado acceso a servicios públicos.

En este escenario, se fueron quebrando los niveles tradicionales de solidaridad entre los países de la región y muchos gobiernos de la región comenzaron a implementar requisitos de visado para los venezolanos o medidas restrictivas a quienes entraban o permanecían de forma irregular²⁰. La perspectiva actual es entonces de un nivel cada vez más alto de irregularidad en el estatus de las personas refugiadas y migrantes de Venezuela.

(545.200), Ecuador (502.000) y Chile (444.000). Para más información, se sugiere: www.r4v.info/es/refugiadosymigrantes. Hubo tres grandes perfiles de grupos de refugiados y migrantes. En primer lugar, vecinos fronterizos de Venezuela como Brasil, Colombia, Guyana y Trinidad y Tobago recibieron grandes oleadas de migrantes, en su gran mayoría jóvenes solteros de bajo nivel educativo. El segundo grupo integrado por Ecuador y Perú son países geográficamente cercanos a Venezuela, pero que no comparten una frontera; allí, el perfil de migrantes venezolanos siguió siendo predominantemente de jóvenes, aunque varios de ellos con títulos técnicos o superiores y un porcentaje mayor de casados o divorciados. Finalmente, países de la región más alejados de Venezuela como la Argentina, Chile, Paraguay, Uruguay o Costa Rica recibieron a migrantes relativamente más grandes de edad, muchos de ellos con familia y niveles de educación más altos (MIGRATION POLICY INSTITUTE y OIM, *Un perfil regional de los migrantes y refugiados venezolanos en América Latina y el Caribe*, p. 2 ss.).

¹⁷ En su informe de enero de 2023, la R4V marcó que los cinco países que más permisos de residencia emitieron fueron Colombia (2,2 millones), Perú (467.000), Argentina (345.000), Brasil (338.000) y Ecuador (202.000). Para más información, se sugiere www.r4v.info/es/permisos-residencia.

¹⁸ Mientras que España reconoció el carácter de refugiado a más de 98.000 venezolanos y en Brasil a cerca de 50.000, Uruguay se lo concedió sólo a 516 y la Argentina a 316 personas. La principal razón por la que la mayoría de los ciudadanos venezolanos que buscan instalarse en Brasil prefieren hacerlo utilizando la figura de refugiado y no como residente tiene que ver con los costos; mientras las visas humanitarias y de residencia tienen costo, la solicitud de refugio no. Por ello, cerca del 70% de los migrantes venezolanos aplicaron en Brasil para ser reconocidos como refugiados. Para más información, se sugiere www.r4v.info/es/solicitudes-refugiados.

¹⁹ A pesar de las drásticas restricciones a la movilidad, los refugiados y migrantes venezolanos continuaron desplazándose por rutas no autorizadas, enfrentándose a condiciones extremadamente adversas en busca de protección y mejores oportunidades de vida.

²⁰ En 2022, México, Honduras, Belice, Panamá y Costa Rica implementaron nuevos requisitos de visado para los venezolanos, incluso para escalas aéreas con el fin de “asegurar que las distintas aerolíneas con destino a Europa y EEUU puedan trasladar a estas personas extranjeras de forma segura”. Por su lado, el gobierno de EEUU cerró la entrada terrestre de personas venezolanas en octubre del 2022, por lo que muchos quedaron varados en Centroamérica y otras fueron expulsadas a México (R4V: *Plan de Respuesta para Refugiados y Migrantes 2023/2024*, p. 18 ss.).

En cuanto al Mercosur, a la par del desafío en la gestión de esta crisis migratoria, la crisis política y económica en Venezuela tuvo gran repercusión en el bloque. Cabe comenzar recordando que el gobierno venezolano había logrado ser aceptado como miembro pleno del organismo en 2012, en circunstancias muy polémicas²¹; la no internalización de la normativa del bloque en la que recayó Venezuela en 2016, sumado al reclamo de sus socios por la falta de respeto a la democracia y los derechos humanos²² y la falta de afinidad política que tenía con los demás gobiernos determinaron que fuera finalmente suspendida indefinidamente en 2017.

No obstante, conscientes de la complejidad de la catástrofe humanitaria que asola al país caribeño²³, la Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay dispusieron expresamente que las sanciones y la referida suspensión del gobierno venezolano no debía causar perjuicios e impactos negativos sobre el pueblo de ese país²⁴. Por ello, uno de los puntos más críticos resultó ser la gestión del flujo migratorio venezolano en tanto la suspensión podía implicar que los demás miembros estén exentos de acoger a los migrantes de ese país.

5. *El abordaje de la crisis migratoria venezolana en la Argentina y Uruguay*

Coherente con el proyecto de poblar el país a través del fomento a la inmigración, la Argentina cuenta con una larga tradición de hospitalidad y sigue siendo el país que más recibe migrantes al interior del Mercosur. Su Constitución nacional es muy explícita en reconocer un amplio principio de igualdad ante la ley y en asegurar derechos para todas las personas del mundo²⁵, al igual que la Ley de Migraciones N° 25.871 de 2004, la cual tiene un espíritu inclusivo, que reconoce a la migración como un derecho humano fundamental que el Estado debe garantizar y un enfoque migratorio regionalista, al aplicar el criterio de nacionalidad para las residencias temporarias (lo que beneficia a los ciudadanos del bloque regional y sus asociados). Además, se le reconoce a los migrantes su derecho a acceder a los servicios de salud, justicia y educación, sin perjuicio de su condición migratoria. Finalmente, la Argentina

²¹ El Congreso paraguayo había sido el escollo que impedía a Venezuela convertirse en miembro pleno del Mercosur, al vetar reiteradamente su adhesión al bloque; sólo la suspensión de Paraguay, dado el (también debatido) impeachment al presidente Lugo, permitió la incorporación plena del país caribeño al bloque. Muchos juristas argumentan que dicha suspensión no habilitaba la expansión, sin la expresa anuencia paraguaya.

²² El 1° de abril de 2017, los representantes de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay emitieron una Declaración sobre la República Bolivariana de Venezuela, en la que exhortaron al gobierno venezolano a «conducirse en consonancia con su Constitución, respetar los derechos humanos de sus ciudadanos y garantizar la efectiva separación de los poderes en el país caribeño». Posteriormente, apelaron al artículo 5 del Protocolo de Ushuaia, para suspender a Venezuela con el argumento de «poner fin a las violaciones de derechos humanos y restaurar la democracia».

²³ De hecho, la suspensión se dio en un contexto en el cual ya se constataba un gran flujo migratorio de venezolanos hacia los otros países del bloque, principalmente Brasil.

²⁴ Se sugiere leer www.mercosur.int/documento/decision-sobre-la-suspension-de-venezuela-en-el-mercosur.

²⁵ Como resabio de que el proyecto gubernamental de mediados del siglo XIX apuntaba a Europa, en el artículo 25 de la Constitución argentina aún figura que: «El Gobierno federal fomentará la inmigración europea...»; sin embargo, el Preámbulo deja en claro el carácter extensivo al extender sus disposiciones «para todos los ciudadanos del Mundo que quieran habitar en el suelo argentino». A su vez, en su art. 20 se dispuso que «Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano», entre los que se destaca el de «ejercer su industria, comercio y profesión».

aprobó la Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares por Ley n. 26.202, que se encuentra vigente en el país desde el 1° de junio de 2007

En este contexto, de acuerdo con los datos publicados por R4V, la Argentina constituye el sexto país receptor de migrantes y refugiados venezolanos a nivel regional, al haber acogido a más de 350.000 venezolanos (permanecen hoy alrededor de 179.000)²⁶. Esta corriente migratoria se caracterizó por lo súbito y masivo²⁷ y por estar conformada predominantemente por jóvenes, muchos de los cuales tienen un elevado nivel de formación y calificación²⁸. Al igual que otras colectividades, su inserción ha sido predominantemente urbana al concentrarse casi en un 90% en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el conurbano bonaerense.

En relación con el empleo, vale destacar que la población venezolana ha registrado en la Argentina una situación laboral relativamente mejor que la de la población migrante en general. Según los datos de la Encuesta Permanente de Hogares, la tasa de empleo en 2019 de la población venezolana alcanzaba el 71,8%, casi 20% más que la población migrante en general; no obstante, más del 70% de ellos se encontraba inserta laboralmente en sectores informales o precarizados.

En cuanto a lo burocrático, los migrantes venezolanos se beneficiaron hasta mediados de 2017 del Acuerdo de Residencia para los Nacionales de los Estados Parte y Asociados del Mercosur; sin embargo, la suspensión de Venezuela de dicho organismo determinó una zona gris. Fue entonces que la gestión del presidente Mauricio Macri (2015/2019) hizo evidente su voluntad política e institucional²⁹ de seguir tratando a los migrantes venezolanos como miembros del bloque y facilitar su regularización documentaria e inserción siguiendo los parámetros del Acuerdo de Residencia del Mercosur. Se dispusieron además un conjunto de

²⁶ Este número es muy inferior a las cifras informadas en Colombia (2.5 millones), Perú (1.5 millones), Ecuador (502.000), Chile (444.000) y Brasil (414.000), lo que pone de relieve la desigual distribución de dichos migrantes en la región.

²⁷ Históricamente, la población venezolana residente en la Argentina era muy escasa y no superaba las 12.000 personas en 2015. A partir de entonces, comenzó a arribar un gran contingente hasta alcanzarse el récord de 70.809 radicaciones otorgadas por la Dirección Nacional de Migraciones en 2018. Desde entonces, la migración venezolana ha liderado el ranking de trámites de radicación iniciados y resueltos en el país, desplazando a otros países más tradicionales como Paraguay y Bolivia.

²⁸ El 76,3% de los migrantes venezolanos en la Argentina tiene menos de 40 años y el 69,5% del total afirma contar con estudios universitarios completos o incompletos, mientras que sólo un 4,6% manifestó no haber culminado los estudios secundarios (Encuestas Permanente de Hogares 2019). Precisamente por ello, los trámites de convalidación, revalidación y homologación de títulos universitarios se volvieron muy demandados, en tanto les permitiría a los migrantes venezolanos acceder mejor al mercado laboral.

²⁹ No exenta de cierto oportunismo dado el enfrentamiento ideológico que tenía el entonces presidente argentino con su par venezolano, Nicolás Maduro. De hecho, este tratamiento beneficioso se planteó fundado en la consideración de que en Venezuela «se había quebrado el orden constitucional» y que era la voluntad de la Argentina el «ayudar al pueblo venezolano que vive una crisis humanitaria sin precedentes en la historia».

Ese gobierno argentino terminó impulsando junto a sus pares de Perú, Canadá, Colombia, Chile y Paraguay una solicitud a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional en 2018 para que se «inicie una investigación sobre la comisión de crímenes de lesa humanidad que habría tenido lugar en Venezuela bajo el gobierno del presidente Nicolás Maduro desde el año 2014».

normas y programas³⁰, la convalidación de títulos universitarios³¹, la inserción laboral de profesionales venezolanos y el direccionamiento a áreas de vacancia en distintas provincias argentinas.

Esta tendencia se vio limitada durante 2020 y 2021, principalmente como consecuencia de la emergencia sanitaria mundial asociada a la pandemia por la COVID-19 y por las fuertes restricciones impuestas al desplazamiento internacional de personas y al cierre de fronteras³², la Argentina mantuvo su voluntad de garantizar el acceso a la residencia a los migrantes venezolanos, incluso más allá del cambio de gobierno de signo opositor en 2019.

En el caso uruguayo, hasta mediados del siglo XX el arribo de inmigrantes, sobre todo de origen europeo, fue un elemento fundamental para el crecimiento demográfico y económico del Uruguay y la auto percepción de ser un país “descendiente de los barcos europeos”. Sin embargo, el deterioro de las condiciones económicas durante las décadas de los sesenta y setenta llevaron a que, durante la mayor parte de la segunda mitad del siglo XX, Uruguay tuviera un saldo migratorio negativo, que puso en cuestión la concepción tradicional de “país de inmigración” para convertirse en un “país de emigración”.

Esta tendencia comenzó a cambiar nuevamente a partir de 2009 producto de una creciente inmigración proveniente de países no fronterizos³³, impulsados por el contexto de crecimiento económico e importantes avances en materia de reducción del desempleo, la pobreza y la desigualdad. La Ley uruguaya de Migración N° 18.250 de 2008 favoreció además esta tendencia al consagró la idea de un ejercicio pleno de los derechos de los migrantes en igualdad de condiciones entre la población local, más allá de su condición administrativa en el país³⁴.

³⁰ Por ejemplo, la Disposición 594/2018 facultó a la Dirección Nacional de Migraciones para: «arbitrar medidas operativas y administrativas, previa evaluación y consideración de cada caso en particular, que permitan dar continuidad a los trámites migratorios de residencia iniciados por nacionales venezolanos».

Al año siguiente, dicho organismo emitió un programa especial para migrantes venezolanos mediante la Disposición 520/2019: «para facilitar el ingreso al Territorio Nacional, la regularización de su condición migratoria y la inserción social en la comunidad de acogida». En ese caso, se comenzaron a aceptar como válidos documentación vencida y sólo partidas de nacimiento para menores para la radicación.

³¹ La Resolución 230-E/2018 del Ministerio de Educación autorizó a la Dirección Nacional de Gestión Universitaria a “convalidar los títulos, diplomas o grados académicos universitarios expedidos por instituciones universitarias debidamente reconocidas por las autoridades competentes de la República Bolivariana de Venezuela”. Por su lado, la Resolución 232-E/2018 estableció: «un tratamiento preferencial en los trámites administrativos de reconocimiento de estudios de la Educación obligatoria (...) cursados en la República Bolivariana de Venezuela, a los fines de permitir el ingreso y egreso de estudiantes a los establecimientos educativos de toda la República Argentina, mientras persista la ruptura del orden democrático en aquel país».

³² El gobierno argentino dispuso el cierre permanente, ininterrumpido y constante de las fronteras terrestres a través del Decreto de Necesidad y Urgencia n. 260/20 y sus posteriores modificaciones y normas complementarias, que rigieron desde marzo de 2020 hasta agosto de 2021.

³³ En 2019, se contabilizaban en Uruguay 81.500 inmigrantes (un 2,4% de la población total del país), liderando la Argentina (35% del total), España (21%) y Brasil (16%) pero con un creciente ingreso de migrantes provenientes de República Dominicana, Venezuela, Perú, Colombia y Cuba. De hecho, por primera vez en la historia del país, los argentinos cedieron el primer lugar de residencias tramitadas en 2017 contra los venezolanos. Para más información: N. GISSI BARBIERI, S. POLO ALVIS, A. FLOREZ DE ANDRADE, *Odisea en un mar de tierra: migraciones venezolanas en Brasil, Uruguay y Paraguay*, p. 204.

³⁴ El artículo 8° establece que: «Las personas migrantes y sus familiares gozarán de los derechos de salud, trabajo, seguridad social, vivienda y educación en pie de igualdad con los nacionales. Dichos derechos tendrán la misma protección y amparo en uno y otro caso». En cuanto a los derechos laborales, los artículos 16 y 17 establecen que el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar «que no sean privadas de ninguno de los derechos amparados por la legislación laboral a causa de irregularidades en su permanencia o empleo».

Dicha ley se sustenta en el respeto a los derechos humanos y reconoce a la migración como un derecho inalienable de las personas migrantes y de sus familiares, garantizando el derecho de los migrantes y sus familiares a la salud, el trabajo, la seguridad social, la vivienda y la educación y asegurando el derecho a la reunificación familiar y el acceso a la justicia y a los establecimientos de salud. Además, la Ley N° 19.254 de 2014 aprobó facilidades para el acceso a la residencia permanente de los nacionales de los Estados parte y asociados del Mercosur.

En definitiva, se aprecia que el caso uruguayo comparte muchos puntos en común con el argentino; en primer lugar, el ingreso de migrantes venezolanos a Uruguay se dio de forma súbita³⁵, marcado por un perfil de gente joven de alto nivel educativo³⁶. A su vez, a pesar de que Venezuela fue suspendida del Mercosur, Uruguay también decidió mantener los beneficios de regularización migratoria para los venezolanos otorgados por el Acuerdo de Residencia, por lo que el trámite de residencia legal permanente es bastante sencillo³⁷.

Si bien cuantitativamente Uruguay recibió un mínimo porcentaje de la corriente migratoria venezolana, si se tiene en cuenta el tamaño poblacional de este país (unos 3.5 millones de habitantes) y el saldo de los que efectivamente se quedan allí, es dable concluir que es el país con mayor saldo positivo en los últimos años. Las causas de esta creciente predilección por Uruguay van desde la tradicional buena integración laboral de los migrantes, los buenos índices de estabilidad política y económica y la ausencia de escándalos de xenofobia o protestas antiinmigrantes frente a las crecientes dificultades de integración y xenofobia que sufrió la diáspora venezolana en otros países como Colombia, Perú, Ecuador o Chile.

6. Conclusiones

Los debates en torno a las migraciones, refugiados y movilidades humanas constituyen actualmente una de las problemáticas más relevantes y que abarcan una variedad de aspectos de la sociedad y la cultura contemporánea. En líneas generales, con la profundización de la crisis económica-financiera a nivel global, se vislumbra en los últimos años un fortalecimiento de las políticas de control de frontera a nivel estatal y supranacional y limitación del ingreso de migrantes en diferentes puntos del planeta, acompañadas de retóricas cada vez más nacionalistas y xenófobas. Las fronteras de los Estados se han ido militarizando y fortificando mediante la construcción de muros, vallas o barreras contra “extraños”, que son percibidos como una creciente amenaza cultural y/o económica.

En este contexto, el éxodo de más de 7 millones de venezolanos se convirtió en la crisis humanitaria más dramática en la región en este siglo XXI. Su recepción y manejo ha

³⁵ Según datos de la Dirección Nacional de Migraciones de Uruguay, el total de ciudadanos venezolanos pasó de 14.926 en 2021 a 20.400 en 2022. En 2014, sólo 78 venezolanos habían tramitado su residencia permanente solo, número que comenzó a dispararse en 2015 (1.100 personas) y a 1.340 en 2016.

³⁶ Para más información, se sugiere: OIM: *Monitoreo de flujo de población venezolana- Ronda 2: Uruguay*, p. 11.

³⁷ El primer paso es acudir a una cita a presentar antecedentes penales, certificado de vacunas y partida de nacimiento, entre otros; luego, se tramita una cédula provisoria presentando una carta certificada de haber cumplido con el primer paso. Desde febrero del 2023, Uruguay está cobrando U\$85 por este trámite que antes era gratuito, lo cual es una dificultad para los migrantes venezolanos (solo los nacionales de Brasil y Paraguay dentro del Mercosur están exentos de ese pago porque no les cobran a los uruguayos por el mismo proceso).

constituido un reto para los países de América Latina y del Caribe, en especial tras el duro golpe que supuso la pandemia desde 2020, que transformó la solidaridad inicial en crecientes actos discriminatorios y tensiones contra los migrantes.

De los informes analizados aquí, vale concluir que la migración venezolana se ha distribuido en forma despareja en la región por razones históricas y geográficas. Algunos países han acogido muchos más inmigrantes venezolanos principalmente porque buena parte de ellos llegan caminando a los países más cercanos, como son Colombia, Brasil o Ecuador. Así, países más lejanos como Argentina, Paraguay o Uruguay se han visto menos demandados en tanto el camino es mucho más largo y costoso.

Otra conclusión factible es que las respuestas de los distintos gobiernos sudamericanos han sido muy disímiles; mientras algunos como Brasil o Colombia generaron residencias permanentes especiales y se inclinaron por reconocer como refugiados a miles de venezolanos, hubo otros como la Argentina y Uruguay que mantuvieron la aplicación del Acuerdo de Residencia del Mercosur, lo que redundó en muchos beneficios para la migración venezolana al facilitarles la obtención de residencias permanentes y el acceso a derechos.

Respecto a esto último, se pueden encontrar cinco factores fundamentales en la coincidente estrategia de gestión de la crisis migratoria venezolana tanto en la Argentina como en Uruguay: (a) la autopercepción de ser países abiertos a la inmigración, (b) la existencia de leyes migratorias previas basadas en un enfoque de derechos humanos, (c) un perfil de migrantes venezolanos jóvenes y con altos niveles educativos que pudieron insertarse laboralmente en forma rápida, (d) un número de migrantes relativamente menor a la de otros países que pudo ser bien gestionada y (e) la ausencia de grandes protestas sociales en contra de la inmigración venezolana a nivel doméstico.

Esta política implementada por la Argentina y Uruguay ha resultado exitosa y considero menester que sea replicada en otros países de la región. Desde ya, no alcanza sólo con la tramitación de la residencia permanente, sino que los refugiados y migrantes venezolanos deben recibir también apoyo para poder integrarse plenamente y acceder a servicios esenciales, máxime cuando se advierten índices de mayor informalidad y precarización laboral que éstos sufren en comparación a los nacionales. De todos modos, es valioso resaltar el abordaje y voluntad expresada por ambos Estados, incluso con los cambios de gobierno.

En resumen, sin querer simplificar una cuestión evidentemente compleja y que supera los límites impuestos por un análisis de carácter jurídico, se hace evidente la necesidad de reforzar la noción del derecho a migrar como un derecho humano, enfatizando el abordaje que han mantenido la Argentina y Uruguay de mirar el problema de la migración venezolana desde la protección de los individuos y no desde una perspectiva del Estado y el mercado.

Además, se impone seguir educando a la ciudadanía de los dos países del Río de la Plata para que no se generen los mismos prejuicios, racismo y xenofobia que sufre la población venezolana en otros países de la región, de manera de prevenir los abusos latentes en el marco de la extrema vulnerabilidad que genera toda migración irregular y combatir efectivamente la trata y tráfico de personas.

Por último, en él debe, es necesario destacar la falta de capacidad que han demostrado los socios del Mercosur para brindar una respuesta regional y coordinada a esta grave crisis política y social. En lugar del abordaje predominantemente nacional que cada socio aplicó, hubiera sido oportuno uno consensuado y en clave de integración regional, pues lo contrario ha dejado en evidencia una verdadera ineficacia del sistema y una oportunidad perdida en el camino de consolidación del bloque regional.

ABSTRACT: *The recent Venezuelan migration in the Río de la Plata*

The current Venezuelan migration crisis has presented unprecedented challenges to Latin America, with over 7 million Venezuelan refugees and migrants seeking refuge in other countries of the region. To address this crisis, it is crucial to examine the role of public international law and regional integration. This requires consideration of relevant international instruments and regional frameworks, such as those governing the protection of migrants' rights in Mercosur.

This article analyzes and compares the treatment of Venezuelan migrants in Argentina and Uruguay, with a focus on the approaches taken by each country to protect their rights. By evaluating their compliance with international and regional standards, this analysis aims to identify the particularities of each country's approach and highlight opportunities for improvement.



Laura Pergolizzi*

FATTORE TEMPO E PROTEZIONE INTERNAZIONALE: LE PROCEDURE ACCELERATE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La “doppia specialità” del regime delle procedure accelerate in materia di protezione internazionale. – 3. Il metodo di semplificazione applicato alle procedure accelerate: alcune questioni problematiche. – 3.1. La carenza di una funzione acceleratoria unitaria tra istanze di garanzia e esigenze di semplificazione. – 3.2. Il “nodo” organizzativo. – 4. Brevi considerazioni conclusive.

1. Premessa

Quello della tempistica procedurale è un aspetto di particolare rilievo della procedura per il riconoscimento della protezione internazionale in ragione sia dell'importanza del fattore “tempo” nel diritto amministrativo¹, nella prospettiva della garanzia della certezza e della stabilità dei rapporti giuridici² attraverso la garanzia che le amministrazioni assicurino risposte certe³ e in tempi brevi⁴, senza incidere sulla qualità del procedimento⁵, sia della delicatezza del bilanciamento tra le esigenze di tutela delle garanzie procedurali del cittadino straniero⁶, lette alla luce del canone fondamentale della ricerca della massima protezione possibile dei diritti fondamentali⁷, e le istanze di controllo efficiente dell'immigrazione in funzione della sicurezza e dell'ordine pubblico⁸.

* Ricercatrice in Diritto amministrativo - Università degli Studi di Messina.

¹ M. IMMORDINO, *Tempo ed efficienza nell'azione amministrativa*, in A. CONTIERI, F. FRANCIARIO, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, p. 57.

² S.S. SCOCA, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2005.

³ S. VERNILE, *Ragionevole durata del procedimento amministrativo e “sorte” dell'atto tardivo*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 3, p. 337 ss.

⁴ M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, p. 37.

⁵ F. TIGANO, *Recenti profili evolutivi dell'attività amministrativa*, Torino, 2008.

⁶ F. TIGANO, *Diritti sociali, cittadinanza, immigrazione. È ancora attuale il tradizionale modello di cittadinanza?*, in F. ASTONE, A. LUPO, V. PRUDENTE, A. ROMEO (a cura di), *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, Napoli, 2019, p. 281.

⁷ A. RUGGERI, *Cittadini, immigrati e migranti alla prova della solidarietà*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2019, 2.

⁸ M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012; ID. voce *Immigrazione*, in *Enciclopedia del diritto, I tematici*, III-2022, B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (diretto da), *Funzioni amministrative*.

Il regime giuridico della procedura per il riconoscimento della protezione internazionale, disciplinato dal d.lgs. n. 25/2008⁹, è caratterizzato da specialità¹⁰ rispetto a quello della disciplina generale dettata dalla l. n. 241/1990¹¹.

⁹ Il d.lgs. n. 25/2008, recante “Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato”.

¹⁰ Ciò avviene in un contesto generale connotato dalla previsione legislativa di una disciplina speciale delle procedure in materia di immigrazione, caratterizzata dalla crescente influenza del diritto dell’Unione europea. La disciplina complessivamente risulta dai d.lgs. n. 251/2007, n. 142/2015 e n. 25/2008, rispettivamente attuativi delle direttive 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); 2013/33/UE, “Accoglienza” (recante Norme relative all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale); 2013/32/UE, “Procedure” (recante appunto Procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale), facenti, peraltro, parte del più ampio Sistema europeo comune di asilo, insieme alla dir. 2011/95/UE (c.d. qualifiche) ed al reg. 2013/604/UE (c.d. Dublino III), e 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. Occorre, inoltre, segnalare il Nuovo Patto su Migrazione e Asilo del 23 settembre 2020, che si occupa di un gran numero di questioni che concernono le politiche migratorie e l’asilo, e che si compone di: una comunicazione della Commissione dal titolo “Un nuovo patto sulla migrazione e l’asilo”, con, in allegato, una tabella di marcia per la sua attuazione; un documento di lavoro dei Servizi della Commissione; una proposta di regolamento sull’asilo e sulla gestione della migrazione; una proposta di regolamento che introduce uno screening dei cittadini di Paesi terzi alle frontiere esterne; una proposta modificata di regolamento che istituisce una procedura comune di protezione internazionale nell’Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE; una proposta modificata di regolamento sull’istituzione di “Eurodac”; una proposta di regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell’asilo; una raccomandazione della Commissione su un meccanismo dell’UE di preparazione e di gestione delle crisi connesse alla migrazione (“Programma di preparazione e di risposta alle crisi nel settore della migrazione”); una raccomandazione della Commissione relativa ai percorsi legali di protezione nell’UE: promuovere il reinsediamento e altri percorsi complementari; una raccomandazione della Commissione sulla cooperazione tra gli Stati membri riguardo alle operazioni condotte da navi possedute o gestite da soggetti privati a fini di attività di ricerca e soccorso; orientamenti per l’attuazione delle norme dell’UE relative alla definizione e prevenzione del favoreggiamento dell’ingresso, del transito e del soggiorno illegali. Cfr. C. HEIN, *Prospettive del Sistema Europeo Comune di Asilo: oltre Dublino?*, in B. COCCIA, A. RICCI (a cura di), *Ospiti indesiderati. Il diritto d’asilo a 70 anni dalla Convenzione Onu sui rifugiati*, Roma, 2022, p. 72. Contestualmente, il sistema di asilo italiano è interessato dalle riforme strutturali che hanno inciso sul sistema dell’accoglienza, con l’attuazione della direttiva 2013/33/UE e sulla materia di protezione dei minori stranieri non accompagnati, d.lgs. 22 dicembre 2017, n. 220 (“Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142, di attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale”). Cfr. F. MARTINES, *La tutela procedimentale e giurisdizionale del migrante in Italia*, in C. ZANGHÌ, L. PANELLA, C. CURTI GIALDINO (diretto da), *Controllo e gestione dei flussi migratori nell’Europa del sud. Studio comparato dell’esperienza spagnola e italiana*, in *www.oidu.net*, marzo 2020.

¹¹ A. BONOMO, *Stranieri, procedimento amministrativo e garanzie partecipative*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2020, p. 2.

Nel corso degli ultimi anni, tale procedura è stata incisa da una serie di interventi legislativi¹² essenzialmente volti da un lato a semplificarne, in chiave acceleratoria, l'*iter*¹³ sia per il tramite dell'introduzione di alcuni aspetti innovativi ed aventi diretta incidenza sull'eventuale fase giurisdizionale successiva (ad esempio, in relazione al regime delle notificazioni nei confronti del richiedente protezione internazionale¹⁴ e alle modalità di svolgimento del colloquio personale con quest'ultimo¹⁵), dall'altro a introdurre misure

¹² Si tratta degli interventi normativi introdotti con i provvedimenti d'urgenza del 2017 e del 2018 e, segnatamente, il 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; il d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 coordinato con la legge di conversione 1 dicembre 2018, n. 132 (recante: «Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata»). Cfr. S. AGOSTA, *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*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, in *Gli Speciali*, Diretti da C. ZANGHÌ, L. PANELLA, C. CURTI GIALDINO, Supplemento al n.1/2020, *Controllo e gestione dei flussi migratori nell'Europa del Sud. Studio comparato dell'esperienza spagnola e italiana*, p. 24 ss.

¹³ S. AGOSTA, *La disciplina in tema di protezione internazionale e contrasto all'immigrazione illegale. Osservazioni a prima lettura*, in *www.federalismi.it*, 2017, 22.

¹⁴ Il d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, convertito con modificazioni dalla l. n. 46/2017, ha disposto, con l'art. 6, comma 1, lettera a) la modifica dell'art. 11, comma 3 e l'introduzione dei commi 3-bis, 3-ter, 3-quater, 3-quinquies e 3-sexies all'art. 11 del d.lgs. n. 25/2008 (articolo recante «Obblighi del richiedente asilo»).

¹⁵ L'istituto del colloquio personale (c.d. audizione) tra l'autorità accertante e il cittadino straniero in merito ai motivi che hanno spinto quest'ultimo a lasciare il paese di origine e ai motivi per i quali non gli è più possibile farvi rientro risponde alla finalità di fondare l'istruttoria sull'effettiva garanzia del diritto di difesa e del contraddittorio. La sua applicazione rientra nella facoltà del richiedente protezione internazionale «prima che l'autorità accertante decida» (art. 14, paragrafo 1, direttiva procedure). Sebbene l'ordinamento preveda che in alcuni casi l'audizione possa essere omessa ad esempio, se l'autorità accertante reputi che il richiedente asilo sia incapace o non sia in grado di sostenere un colloquio personale a causa di circostanze persistenti che sfuggono al suo controllo (art. 14, paragrafo 2, lett. b direttiva procedure), esso prevede espressamente che l'autorità accertante debba compiere ragionevoli sforzi al fine di consentire al richiedente o alla persona a carico di produrre ulteriori informazioni (art. 14, direttiva procedure). Nell'ambito delle disposizioni dedicate al regime dell'audizione, in questa sede è interessante soffermarsi sull'art. 14 del d.lgs. n. 25/2008, il cui comma 2 è stato modificato dal d.l. n. 113/2018, conv. con modificazioni dalla l. n. 132/2018. Tale disposizione, nella sua formulazione vigente, dispone che: «1. Il colloquio è videoregistrato con mezzi audiovisivi e trascritto in lingua italiana con l'ausilio di sistemi automatici di riconoscimento vocale e che della trascrizione del colloquio è data lettura al richiedente in una lingua a lui comprensibile e in ogni caso tramite interprete. Il componente della Commissione territoriale che ha condotto il colloquio, subito dopo la lettura e in cooperazione con il richiedente e l'interprete, verifica la correttezza della trascrizione e vi apporta le correzioni necessarie. In calce al verbale è in ogni caso dato atto di tutte le osservazioni del richiedente e dell'interprete, anche relative alla sussistenza di eventuali errori di trascrizione o traduzione, che non siano state direttamente recepite a correzione del testo della trascrizione. 2. Il verbale della trascrizione è sottoscritto dal presidente o dal componente della Commissione territoriale che ha condotto il colloquio e dall'interprete. Il richiedente sottoscrive eventuali osservazioni riportate in calce ai sensi del comma 1. 3. Copia informatica del file contenente la videoregistrazione e del verbale della trascrizione sono conservati, per almeno tre anni, in un apposito archivio informatico del Ministero dell'interno, con modalità che ne garantiscono l'integrità, la non modificabilità e la certezza temporale del momento in cui sono stati formati. 4. Il richiedente riceve copia della trascrizione in lingua italiana. 5. In sede di ricorso giurisdizionale avverso la decisione della Commissione territoriale, la videoregistrazione e il verbale di trascrizione sono resi disponibili all'autorità giudiziaria in conformità alle specifiche tecniche di cui al comma 8 ed è consentito al richiedente l'accesso alla videoregistrazione. 6. La commissione territoriale adotta idonee misure per garantire la riservatezza dei dati che riguardano l'identità e le dichiarazioni dei richiedenti. 6-bis. In sede di colloquio il richiedente può formulare istanza motivata di non avvalersi del supporto della videoregistrazione. Sull'istanza decide la Commissione territoriale con

acceleratorie – sulle quali ci si propone specificamente di soffermarsi in questa sede – attraverso la previsione, e il progressivo ampliamento del campo oggettivo di applicazione, di procedure accelerate¹⁶.

2. La “doppia specialità” del regime delle procedure accelerate in materia di protezione internazionale

Prendendo in considerazione il regime del termine procedimentale, si distingue quello che potrebbe essere descritto come un “doppio canale”: quello della procedura “ordinaria”

provvedimento non impugnabile. 7. Quando il colloquio non può essere videoregistrato, per motivi tecnici o nei casi di cui al comma 6-bis, dell'audizione è redatto verbale sottoscritto dal richiedente e si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni del presente articolo. Del motivo per cui il colloquio non può essere videoregistrato è dato atto nel verbale. Il rifiuto di sottoscrivere il contenuto del verbale e le motivazioni di tale rifiuto sono registrati nel verbale stesso e non ostano a che l'autorità decidente adotti una decisione. 8. Le specifiche tecniche di cui al comma 5 sono stabilite d'intesa tra i Ministeri della giustizia e dell'interno, con decreto direttoriale, da adottarsi entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente articolo, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e sui siti internet dei medesimi Ministeri. Il provvedimento è adottato sentito, limitatamente ai profili inerenti alla protezione dei dati personali, il Garante per la protezione dei dati personali». L'assetto fin qui delineato è stato interessato da alcuni interventi legislativi introduttivi di misure speciali risalenti al periodo dell'emergenza pandemica. La questione problematica che riguarda le “sorti” del procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale al tempo della pandemia è stata affrontata dalla Commissione europea, nell'ambito del più ampio contesto delle questioni trattate dalla Comunicazione «Covid-19: linee guida sull'attuazione delle disposizioni dell'UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul reinsediamento (2020/C 126/02)», adottata con il supporto dell'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO) e dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (Frontex). L'esigenza di adottare la citata *Comunicazione* nasce dalla constatazione delle difficoltà incontrate dagli Stati membri nell'attuare le pertinenti norme dell'UE. Dunque, la stessa si pone l'obiettivo di «sostenere» gli Stati membri, fermo restando - come precisato - il principio che solo la Corte di giustizia dell'Unione europea può dare interpretazioni autentiche del diritto dell'Unione. Stante questo presupposto, la Commissione europea applica alcune linee guida dedicate all'applicazione, al tempo della pandemia, delle norme vigenti in materia di immigrazione, le quali, come evidenziato dalla stessa Autorità, non contemplano l'ipotesi della pandemia da Covid-19. Con riferimento al profilo che riguarda il procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale, è possibile enucleare due linee direttrici principali. In particolare, da un lato si registra la tendenza a “contenere” il campo di applicazione delle misure di contrasto alla pandemia predisposte a livello nazionale che, si afferma, «dovrebbero essere proporzionate e in linea con il diritto dell'UE, compresa la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea». Ne deriva che i cittadini di paesi terzi che intendono chiedere protezione internazionale «devono poter presentare la domanda e le autorità sono tenute a registrarla, anche se con ritardi». Dall'altro, a modulare l'applicazione di alcune regole del procedimento, sulla base del presupposto secondo il quale «qualsiasi» misura, in materia di asilo, ma anche di reinsediamento e rimpatrio, «dovrebbe tenere pienamente conto anche delle misure di protezione sanitaria introdotte dagli Stati membri nel loro territorio per prevenire e contenere la diffusione della Covid-19». Sulla base di queste considerazioni preliminari, la Commissione europea ammette che, in luogo dell'audizione personale, i Paesi membri facciano ricorso al modello del colloquio in videoconferenza o all'installazione di vetri di sicurezza. Si tratta di misure che vengono definite, indistintamente, senza ulteriori specificazioni, come «temporanee» e soggette alla duplice condizione di organizzazione delle strutture e della garanzia di servizi di interpretazione, accesso all'assistenza e alla rappresentanza legali. Inoltre, sulla base di una peculiare interpretazione del contenuto dell'art. 14, paragrafo 2, lettera b), della direttiva procedure, che prevede la facoltà di omettere l'audizione per comprovata impossibilità del richiedente di sostenere il colloquio, la Commissione europea afferma che tale clausola sia suscettibile di essere applicata anche qualora sussistano «ragionevoli indizi che un richiedente possa aver contratto la Covid-19», fermo restando l'obbligo di fare quanto ragionevolmente possibile per consentire al richiedente di fornire ulteriori informazioni.

¹⁶ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Immigrazione, asilo, cittadinanza*, Santarcangelo di Romagna, 2021, p. 130.

di esame della domanda, la cui disciplina di riferimento è contenuta nell'art. 27 del d.lgs. n. 25/2008, che si configura quale regime "speciale" rispetto a quello previsto dalla legge generale sul procedimento amministrativo; quello delle procedure accelerate, la cui disciplina di riferimento è contenuta nell'art. 28-*bis* del d.lgs. n. 25/2008, e che, a sua volta, presenta profili di "specialità" rispetto a quello applicato alla procedura ordinaria¹⁷.

In estrema sintesi, nel caso della procedura ordinaria, lo schema è: la fissazione, da parte della Commissione territoriale, del colloquio entro trenta giorni a decorrere dalla data di ricevimento della domanda da parte della Questura e l'adozione della decisione entro i tre giorni feriali successivi¹⁸.

Le procedure accelerate si rifanno, invece, ad uno schema generale per cui la Questura provvede senza ritardo alla trasmissione della documentazione necessaria alla Commissione territoriale, che adotta la decisione a seguito dell'espletamento di una scansione procedimentale e temporale che può esplicarsi in vari modi¹⁹ e che è stata recentemente incisa dalla riforma introdotta dalla l. 5 maggio 2023, n. 50, che ha disposto la conversione, con modificazioni, del d.l. 10 marzo 2023, n. 20.

Prima dell'avvento di tale riforma, si distinguevano due schemi temporali: uno secondo il quale la Commissione territoriale adotta la decisione entro cinque giorni; l'altro secondo il quale la Commissione territoriale, celebrata l'audizione entro sette giorni dalla data di ricezione della documentazione da parte della Questura²⁰, adotta la decisione entro i

¹⁷ D. MANZIONE (a cura di), *Codice dell'immigrazione e dell'asilo*, Milano, 2018.

¹⁸ Art. 27 d.lgs. n. 25/2008 (Procedure di esame): 1. L'esame della domanda di protezione internazionale è svolto dalle Commissioni territoriali secondo i principi fondamentali e le garanzie di cui al capo II. 1-bis. La Commissione territoriale, ovvero il giudice in caso di impugnazione, acquisisce, anche d'ufficio, le informazioni, relative alla situazione del Paese di origine e alla specifica condizione del richiedente, che ritiene necessarie a integrazione del quadro probatorio prospettato dal richiedente. 2. La Commissione territoriale provvede al colloquio con il richiedente entro trenta giorni dal ricevimento della domanda e decide entro i tre giorni feriali successivi. 3. Qualora la Commissione territoriale, per la sopravvenuta esigenza di acquisire nuovi elementi, non abbia potuto adottare la decisione entro i termini di cui al comma 2, informa del ritardo il richiedente e la questura competente. In tal caso, la procedura di esame della domanda è conclusa entro sei mesi. Il termine è prorogato di ulteriori nove mesi quando: a) l'esame della domanda richiede la valutazione di questioni complesse in fatto o in diritto; b) in presenza di un numero elevato di domande presentate simultaneamente; c) il ritardo è da attribuire all'inosservanza da parte del richiedente degli obblighi di cooperazione di cui all'articolo 11. 3-bis. In casi eccezionali, debitamente motivati, il termine di nove mesi di cui al comma 3 può essere ulteriormente prorogato di tre mesi ove necessario per assicurare un esame adeguato e completo della domanda».

¹⁹ Ai sensi dell'art. 28 del d.lgs. n. 25/2008 (Esame prioritario), come modificato dal d.l. n. 130/2020, conv. con modificazioni, dalla l. 173/2020, il presidente della Commissione territoriale, previo esame preliminare delle domande, determina i casi di trattazione prioritaria e quelli per i quali applicare la procedura accelerata, ai sensi dell'articolo 28-*bis*. In riferimento all'ipotesi di trattazione prioritaria, la norma dispone che la Commissione territoriale informa tempestivamente il richiedente delle determinazioni procedurali assunte e che la domanda è esaminata in via prioritaria, conformemente ai principi fondamentali e alle garanzie di cui al capo II del decreto legislativo in questione quando: a) ad una prima valutazione, è verosimilmente fondata; b) è presentata da un richiedente appartenente a categorie di persone vulnerabili, in particolare da un minore non accompagnato, ovvero che necessita di garanzie procedurali particolari; c) è esaminata ai sensi dell'articolo 12, comma 2-*bis*.

²⁰ Nei seguenti casi: richiedente per il quale è stato disposto il trattenimento nelle strutture di cui all'articolo 10-ter del d.lgs. n. 286/1998 ovvero nei centri di cui all'art. 14 del d.lgs. n. 286/1998, qualora non ricorrano le condizioni di cui al comma 1, lettera b); domanda di protezione internazionale presentata da un richiedente direttamente alla frontiera o nelle zone di transito di cui al comma 4, dopo essere stato fermato per avere eluso o tentato di eludere i relativi controlli. In tali casi la procedura può essere svolta direttamente alla frontiera o nelle zone di transito; richiedente proveniente da un Paese designato di origine sicura, ai sensi dell'articolo 2-*bis*; domanda manifestamente infondata, ai sensi dell'articolo 28-*ter*; richiedente che presenti la domanda, dopo

successivi due giorni. Il primo schema era applicato nei casi di domanda reiterata²¹ e di domanda presentata da richiedente sottoposto a procedimento penale, o condannato, anche con sentenza non definitiva, per una serie individuata di reati²² e sottoposto a trattenimento per le ipotesi di cui all'art. 6, comma 2, lett. a), b), e c), del d.lgs. n. 142/2015, rimanendo dunque escluse le fattispecie del trattenimento per rischio di fuga ed a fini identificativi. Il secondo era applicato nelle ipotesi di trattenimento del richiedente (qualora non ricorressero le condizioni per applicare la prima tipologia di procedura); di presentazione della domanda di protezione internazionale da parte un richiedente direttamente alla frontiera o nelle zone di transito, dopo essere stato fermato per avere eluso o tentato di eludere i relativi controlli²³; di presentazione della domanda di protezione internazionale da parte di un richiedente proveniente da un Paese "designato di origine sicura", ai sensi dell'art. 2-bis²⁴; inoltre,

essere stato fermato in condizioni di soggiorno irregolare, al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione di un provvedimento di espulsione o respingimento.

²¹ L'articolo 29 del d.lgs. n. 25/2008 (recante «Casi di inammissibilità della domanda»), prevede, al suo primo comma, due ipotesi in cui la Commissione territoriale può dichiarare inammissibile una domanda di protezione internazionale: la prima, che riguarda l'ipotesi in cui «il richiedente sia stato riconosciuto rifugiato da uno Stato firmatario della Convenzione di Ginevra e possa ancora avvalersi di tale protezione» (comma 1, lett. a); la seconda, che è specificamente oggetto della nostra attenzione, riguarda l'ipotesi in cui il richiedente abbia «reiterato identica domanda dopo che sia stata presa una decisione da parte della Commissione stessa senza addurre nuovi elementi in merito alle sue condizioni personali o alla situazione del suo Paese di origine» (comma 1, lett. b). La norma dispone che in entrambi i casi citati, la domanda è sottoposta ad esame preliminare da parte del Presidente della Commissione, diretto ad accertare se emergono o sono stati adottati, da parte del richiedente, nuovi elementi, rilevanti ai fini del riconoscimento della protezione internazionale. Soltanto in riferimento all'ipotesi di cui al comma 1, lettera a), dispone che il Presidente della Commissione procede anche all'audizione del richiedente sui motivi adottati a sostegno dell'ammissibilità della domanda nel suo caso specifico.

²² I reati cui fa riferimento la norma in commento sono quelli richiamati dall'art. 12, co. 1, lett. c) e 16, comma 1, lett. d-bis), del d.lgs. n. 251/2007, segnatamente quelli per i quali è previsto il diniego dello *status* di rifugiato e l'esclusione dalla protezione sussidiaria.

²³ Cfr. Ministero Dell'Interno, Decreto 5 agosto 2019, *Individuazione delle zone di frontiera o di transito ai fini dell'attuazione della procedura accelerata di esame della richiesta di protezione internazionale*, GU Serie Generale n. 210 del 7 settembre 2019. Le zone individuate dal decreto sono quelle esistenti nelle province di: a) Trieste, Gorizia; b) Crotone, Cosenza, Matera, Taranto, Lecce, Brindisi; c) Caltanissetta, Ragusa, Siracusa, Catania, Messina; d) Trapani, Agrigento; e) Città Metropolitana di Cagliari, Sud Sardegna. Vengono preposte all'esame delle domande che rientrano nei casi previsti dall'articolo 28-bis le commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale, o loro sezioni, competenti in base alla circoscrizione territoriale del luogo in cui è presentata la domanda.

²⁴ L'art. 2-bis del d.lgs. n. 25/2008 dispone che con decreto del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, di concerto con i Ministri dell'interno e della giustizia, l'adozione di un elenco dei Paesi di origine sicuri. Per quanto riguarda criteri e modalità di valutazione, la norma dispone che uno stato possa essere considerato paese di origine sicuro ove sia possibile dimostrare, in via generale e costante, che, sulla base del suo ordinamento, dell'applicazione della legge in un sistema democratico e della situazione politica generale, non sussistano atti di persecuzione, tortura, trattamenti inumani o degradanti, una situazione di violenza indiscriminata. Per effettuare tale valutazione si tiene conto della misura in cui è offerta protezione contro persecuzioni e maltrattamenti mediante le disposizioni legislative e la loro applicazione, il rispetto dei diritti e delle libertà stabiliti nei principali strumenti internazionali di tutela dei diritti umani, il rispetto del principio di non-refoulement, e un sistema di ricorsi effettivi contro le violazioni. Gli strumenti per la valutazione di tali criteri sono le informazioni fornite dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo, da Easo, Unhcr, Consiglio di Europa e da altre organizzazioni internazionali competenti (art. 2-bis, commi 2, 3 e 4). In attuazione di tale norma è stato adottato il decreto del 4 ottobre 2019, con il quale il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, di concerto con il Ministro dell'interno e il Ministro della giustizia, ha istituito una lista di Paesi di origine sicuri per richiedenti protezione internazionale. In particolare, è stato disposto che «sono considerati Paesi di origine sicuri: Albania, Algeria, Bosnia-Erzegovina, Capo Verde, Ghana, Kosovo,

nell'ipotesi della domanda manifestamente infondata, ai sensi dell'articolo 28-*ter*²⁵ e di quella formulata dal richiedente, già fermato in condizioni di soggiorno irregolare, al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione di un provvedimento di espulsione o respingimento.

La citata novella ha enucleato, quale distinta fattispecie, il caso di domanda di protezione internazionale presentata direttamente alla frontiera o nelle zone di transito da straniero proveniente da un Paese di origine designato come sicuro, avendo specificato che in siffatta ipotesi la procedura (accelerata) di esame della domanda può essere svolta direttamente in loco (frontiera o zona di transito) e che la Commissione territoriale decide nel termine di sette giorni dalla ricezione della domanda. Questo regime è stato esteso, in sostituzione di quello precedentemente applicato, all'ipotesi in cui il richiedente sia stato fermato per avere eluso, o aver tentato di eludere, i relativi controlli.

Ne è risultata, dunque, una nuova tipologia di schema temporale, che si aggiunge a quelle già descritte.

Sono rimaste, invece, immutate, sia la norma che ammette il superamento del termine "accelerato", ove necessario, ed entro certi limiti, per assicurare un esame adeguato e completo della domanda²⁶ e quella secondo la quale l'applicazione del regime delle procedure

Macedonia del Nord, Marocco, Montenegro, Senegal, Serbia, Tunisia e Ucraina» (art. 1, comma 1). Considerata la necessità di effettuare l'aggiornamento periodico di tale lista, e tenuto conto dell'esigenza di assicurare il pieno rispetto delle disposizioni costituzionali concernenti i diritti inviolabili dell'uomo, di tutelare le specifiche situazioni personali del singolo richiedente protezione internazionale a prescindere dal Paese di provenienza e di dare attuazione alla previsione di cui all'art. 2-*bis* del decreto legislativo n. 25 del 2008, è stato adottato, il Decreto 17 marzo 2023 del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, recante "Aggiornamento periodico della lista dei Paesi di origine sicuri per i richiedenti protezione internazionale", secondo il quale «sono considerati Paesi di origine sicuri: Albania, Algeria, Bosnia-Erzegovina, Capo Verde, Costa d'Avorio, Gambia, Georgia, Ghana, Kosovo, Macedonia del Nord, Marocco, Montenegro, Nigeria, Senegal, Serbia e Tunisia» (art. 1, comma 1).

²⁵ Ai sensi dell'art. 28-*ter*, d.lgs. n. 25/2008 (Domanda manifestamente infondata), la domanda è considerata manifestamente infondata quando ricorra una delle seguenti ipotesi: a) il richiedente ha sollevato esclusivamente questioni che non hanno alcuna attinenza con i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale ai sensi del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251; b) il richiedente proviene da un Paese designato di origine sicuro ai sensi dell'articolo 2-*bis*; c) il richiedente ha rilasciato dichiarazioni palesemente incoerenti e contraddittorie o palesemente false, che contraddicono informazioni verificate sul Paese di origine; d) il richiedente ha indotto in errore le autorità presentando informazioni o documenti falsi o omettendo informazioni o documenti riguardanti la sua identità o cittadinanza che avrebbero potuto influenzare la decisione negativamente, ovvero ha dolosamente distrutto o fatto sparire un documento di identità o di viaggio che avrebbe permesso di accertarne l'identità o la cittadinanza; e) il richiedente è entrato illegalmente nel territorio nazionale, o vi ha prolungato illegalmente il soggiorno, e senza giustificato motivo non ha presentato la domanda tempestivamente rispetto alle circostanze del suo ingresso; f) il richiedente ha rifiutato di adempiere all'obbligo del rilievo dattiloscopico a norma del regolamento (UE), n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013; g) il richiedente si trova nelle condizioni di cui all'articolo 6, commi 2, lettere a), b) e c), e 3, del d.lgs. 18 agosto 2015, n- 142. 1-*bis*. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano ai richiedenti portatori di esigenze particolari indicate nell'art- 17 del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142.

²⁶ Art. 28-*bis*, comma 5, d.lgs. n. 25/2008: «I termini di cui al presente articolo possono essere superati ove necessario per assicurare un esame adeguato e completo della domanda, fatti salvi i termini massimi previsti dall'articolo 27, commi 3 e 3-*bis*. Nei casi di cui al comma 1, lettera b), e al comma 2, lettera a), i termini di cui all'articolo 27, commi 3 e 3-*bis*, sono ridotti ad un terzo». Si segnala che l'art. 27, d.lgs. n. 25/2008 dispone, al suo comma 3, che «Qualora la Commissione territoriale, per la sopravvenuta esigenza di acquisire nuovi elementi, non abbia potuto adottare la decisione entro i termini di cui al comma 2, informa del ritardo il richiedente e la questura competente. In tal caso, la procedura di esame della domanda è conclusa entro sei mesi. Il termine è prorogato di ulteriori nove mesi quando: a) l'esame della domanda richiede la valutazione di

accelerate è esclusa nell'ipotesi di richiesta di protezione internazionale formulata da minori stranieri non accompagnati e dagli stranieri portatori di "esigenze particolari"²⁷, tra i quali sono ricompresi, ad esempio, i genitori singoli con figli minori e le vittime della tratta di esseri umani²⁸.

3. Il metodo di semplificazione applicato alle procedure accelerate: alcune questioni problematiche

Il metodo di semplificazione applicato alle procedure accelerate, che si sostanzia essenzialmente nell'accorciamento del termine procedimentale e, in alcuni casi, anche nella rimodulazione della fase del contraddittorio a mezzo dell'audizione, pone almeno due problemi: il primo legato all'individuazione della compatibilità dello stesso con il parametro di effettività della garanzia della partecipazione al procedimento da parte del cittadino straniero, in termini di garanzia ai consociati della parità di trattamento; il secondo che si esplica sul versante della messa a fuoco della funzione sottesa alla previsione di una procedura accelerata, in termini di garanzia dell'efficienza del controllo dell'immigrazione.

3.1. La carenza di una funzione acceleratoria unitaria tra istanze di garanzia e esigenze di semplificazione

Sotto il primo aspetto, si pone la questione relativa al rapporto tra lo schema delle procedure accelerate e i fondamentali principi in tema di azione amministrativa²⁹, anzitutto in riferimento alla fase dell'istruttoria procedimentale³⁰.

questioni complesse in fatto o in diritto; b) in presenza di un numero elevato di domande presentate simultaneamente; c) il ritardo è da attribuire all'inosservanza da parte del richiedente degli obblighi di cooperazione di cui all'articolo 11» e, al suo comma 3-bis che, in casi eccezionali, debitamente motivati, il termine di nove mesi di cui al comma 3 può essere ulteriormente prorogato di tre mesi ove necessario per assicurare un esame adeguato e completo della domanda».

²⁷ Ai sensi dell'articolo 17 del 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)

²⁸ Oltre i minori stranieri non accompagnati, i disabili, gli anziani, le donne in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le vittime della tratta di esseri umani, le persone affette da gravi malattie o disturbi mentali, le persone per le quali è stato accertato che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale legata all'orientamento sessuale o all'identità di genere, le vittime di mutilazioni genitali.

²⁹ N. MORANDI, *Le procedure accelerate*, cit., 148: «La finalità dell'introduzione nell'ordinamento giuridico di un ventaglio sempre più ampio di procedure accelerate è stato evidentemente quello di assicurare un più rapido esame delle domande in presenza di determinate condizioni che, per il legislatore, sono aprioristicamente considerati fattori rilevatori di una domanda infondata o comunque pretestuosa. Se certamente la garanzia di un esame rapido della domanda di protezione internazionale risponde sia ad un interesse dello Stato, che ha l'obiettivo di rimuovere il prima possibile dal territorio chi non ha diritto alla protezione, sia ad un interesse del richiedente asilo, che ha invece interesse a giungere il prima possibile alla definizione certa della sua condizione giuridica, l'accelerazione della procedura non può escludere né limitare l'esercizio del diritto di asilo, con una riduzione delle garanzie fondamentali o con l'adozione di decisioni ingiuste, violando altrimenti diritti di portata internazionale e costituzionale, quali, tra gli altri, quello al non respingimento o ad una tutela giurisdizionale effettiva».

³⁰ F. APERIO BELLA, *L'istruttoria procedimentale (art. 6 l. n. 241 del 1990 s.m.i.) (giurisprudenza a cura di S. Tranquilli)*, in M. A. SANDULLI, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, p. 351.

Com'è noto, ai procedimenti in materia di protezione internazionale si applica il c.d. principio dell'onere della prova "attenuato", la cui affermazione risponde all'esigenza di superare le difficoltà cui incorre, da un lato il cittadino straniero in sede di allegazione dei fatti e dei documenti a sostegno della propria domanda, dall'altro lo Stato, in sede di verifica della sussistenza, o meno, dei requisiti idonei all'adozione del provvedimento finale.

Tale principio trova un fondamento nell'art. 3 della direttiva 2004/83/CE³¹, secondo cui lo Stato membro è tenuto, «in collaborazione» con il richiedente, a esaminare tutti gli elementi significativi della domanda al fine di determinare se, anche a fronte delle lacune probatorie che fisiologicamente potrebbero emergere all'esito dell'istruttoria, sussistano o meno i requisiti per l'accoglimento della domanda.

L'ordinamento giuridico italiano ha accolto tale impostazione approvando il d.lgs. n. 251/2007, art. 3, secondo il quale, in estrema sintesi, il richiedente è tenuto a «presentare, unitamente alla domanda di protezione internazionale o comunque appena disponibili, tutti gli elementi e la documentazione necessari a motivare la richiesta»³²; l'esame della domanda è svolto, «in cooperazione con il richiedente», in relazione a tutti i suoi «elementi significativi»³³.

In sede di pratica attuativa, occorre considerare che il privato, al di là dell'effettivo possesso dei requisiti per il riconoscimento della protezione internazionale, è una persona che riversa in una condizione di vulnerabilità che potrebbe non consentirgli il reperimento, in breve tempo, di informazioni e di documentazione da allegare al procedimento³⁴.

Questo aspetto presenta problemi di ulteriore complessità nell'ipotesi in cui si applichi una procedura accelerata, in riferimento alla quale, come è stato efficacemente rilevato, il diritto sostanziale del richiedente asilo di accedere alla protezione internazionale può essere seriamente minato dalla combinazione tra tempi rapidi di esame della domanda, e di deficienze nel rispetto delle garanzie procedurali, o di difficoltà nell'accesso all'assistenza legale o alla mediazione linguistica³⁵.

La questione relativa al rapporto tra fattore tempo e protezione della condizione giuridica del richiedente protezione internazionale, in riferimento alle procedure accelerate, è giunta in varie occasioni all'attenzione della giurisprudenza. Si segnala, poiché particolarmente emblematica, una pronuncia con la quale la Corte di Cassazione, avendo escluso che i termini delle procedure accelerate abbiano natura perentoria, ha specificato che «in ogni caso, il loro superamento non può risolversi in un vizio della domanda di riconoscimento della protezione internazionale o del relativo procedimento, posto che essi sono evidentemente posti a garanzia della celerità dell'esame della domanda stessa, e quindi in ultima analisi a vantaggio del richiedente»³⁶.

³¹ 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.

³² Art. 3, comma 1, d.lgs. 251/2007.

³³ Sotto il profilo contenutistico, l'oggetto delle informazioni e dei documenti che il richiedente è tenuto a produrre riguarda l'età, la condizione sociale, anche dei congiunti, se rilevante ai fini del riconoscimento, l'identità, la cittadinanza e i paesi e luoghi in cui ha soggiornato in precedenza, le domande d'asilo pregresse, gli itinerari di viaggio, i documenti di identità e di viaggio, nonché i motivi della sua domanda di protezione internazionale (art. 3, comma 2, d.lgs. 251/2007).

³⁴ Sulla posizione del migrante nell'ambito delle procedure amministrative in materia di immigrazione cfr. A. BONOMO, *Stranieri, procedimento amministrativo e garanzie partecipative*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 2020, p. 2.

³⁵ N. MORANDI, *Le procedure accelerate*, op. cit., p. 149.

³⁶ Cass. Civ., Sez. I, 3 febbraio 2021, n.2458.

Da queste coordinate ermeneutiche, secondo le quali il termine di conclusione delle procedure accelerate si inquadra nell'alveo dei termini aventi natura ordinatoria, con le conseguenze che ne derivano sul piano dell'articolazione della tempistica dell'esercizio dell'azione amministrativa, si evince la centralità del ruolo dell'amministrazione, alla cui valutazione è rimesso l'apprezzamento *della* durata del procedimento in relazione al singolo caso di specie.

Occorre almeno accennare ad alcuni aspetti di carattere processuale, che sono strettamente collegati con quelli di carattere sostanziale fin qui affrontati.

Alcune questioni di particolare rilievo riguardano la corretta applicazione dell'art. 35-*bis* del d.lgs. n. 25/2008 in riferimento all'ipotesi di impugnazione del provvedimento di rigetto, per manifesta infondatezza, della domanda di protezione internazionale.

La norma citata, al suo secondo comma, dispone che il ricorso è proposto, a pena di inammissibilità, entro «trenta giorni» dalla notificazione del provvedimento, ovvero entro sessanta giorni se il ricorrente si trova in un Paese terzo al momento della proposizione del ricorso e che tali termini sono «ridotti della metà» nei casi di cui all'art. 28-*bis*, commi 1 e 2, tra le quali rientra l'ipotesi dell'impugnazione del provvedimento con il quale la domanda viene dichiarata manifestamente infondata, ai sensi dell'articolo 28-*ter* del d.lgs. n. 25/2008. Il terzo comma dispone che la proposizione del ricorso sospende l'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato, tranne che in alcune ipotesi espressamente indicate, tra le quali rientra l'impugnazione del provvedimento di rigetto per manifesta infondatezza.

Un problema che si pone risiede nel fatto che il legislatore non chiarisce espressamente se il regime della dimidiazione del termine di impugnazione del provvedimento si applichi ogniqualvolta la domanda di protezione internazionale venga dichiarata manifestamente infondata, oppure soltanto nell'ipotesi in cui la dichiarazione di manifesta infondatezza della domanda venga resa nell'ambito di una procedura accelerata.

Secondo un recente orientamento della giurisprudenza di legittimità³⁷, deve escludersi che possa essere dichiarato inammissibile, perché tardivo, il ricorso avverso il provvedimento di rigetto della domanda di protezione internazionale per manifesta infondatezza adottato dalla Commissione territoriale a valle di una procedura che non venga trattata come procedura accelerata. A tal proposito, viene affermato che, alla luce dei principi costituzionali di tutela delle garanzie difensive e del giusto processo, e stante la generale previsione di cui all'art. 153, comma 2, c.p.c., si deve riconoscere la scusabilità dell'errore in cui è incorso il destinatario del provvedimento³⁸.

In riferimento alla questione che attiene al profilo dell'efficacia del provvedimento impugnato, secondo un recente orientamento del giudice del merito, atteso il preciso richiamo che l'art. 35-*bis* fa ai casi di cui all'art. 28-*bis*, e attesa la previsione, da parte di tale norma, della adozione della procedura accelerata per i casi di domanda manifestamente infondata ai sensi dell'art. 28-*ter*, tale previsione deve ritenersi applicabile solo allorché la Commissione territoriale abbia inteso seguire la procedura accelerata e ne abbia rispettato gli stretti tempi che tale norma prevede. Ciò in quanto, pur essendo riconosciuto che i termini della procedura non sono perentori, il che «fa sì che il mancato rispetto degli stessi non renda nulla la procedura amministrativa», tuttavia «vengono certamente compromessi gli effetti limitativi che si devono ritenere strettamente correlati alla procedura accelerata», quali, oltre,

³⁷ Cass. Civ., Sez. I, 10 marzo 2021, n. 6745.

³⁸ Cass. Civ., Sez. I, 12 luglio 2019, n. 18860.

il termine di impugnazione dimezzato rispetto all'ordinario, l'immediata esecutorietà della decisione amministrativa³⁹.

La posizione assunta dalla giurisprudenza in commento circa l'interpretazione delle disposizioni che attengono ai profili processuali connessi alle procedure accelerate appare fortemente ispirata da un approccio di tipo garantista nei confronti del richiedente protezione internazionale e che potrebbe avere il merito di contribuire alla valorizzazione di un approccio interpretativo che sia incentrato sulla garanzia dell'effettività della tutela della sua sfera giuridica.

Da queste brevi considerazioni appare evidente come l'applicazione dello schema delineato dall'art. 35-*bis* del d.lgs. n. 25/2008, in relazione ai profili esaminati, rappresenti un "nodo" cruciale della garanzia dell'accesso effettivo alla giustizia da parte del cittadino straniero⁴⁰, che integra il difficile rapporto tra accelerazione, garanzia dell'efficienza e della qualità del processo⁴¹, e che, nella specie, richiama all'attenzione il problema della garanzia della completezza dell'istruttoria processuale⁴².

In generale, la tematica solleva l'interrogativo se la coesistenza, a fianco della procedura ordinaria, di varie ed eterogenee tipologie – e sotto-tipologie – di procedura accelerata, e la previsione di strumenti funzionali all'accelerazione nella sede processuale, possa rappresentare un fattore idoneo a produrre incertezza interpretativa nella sede dell'applicazione delle relative regole⁴³ e, conseguentemente, determinare, in concreto, la configurazione di ipotesi di disparità di trattamento tra situazioni giuridiche sostanzialmente identiche ma che tuttavia è difficile da rilevare *ex ante*, in assenza di uno schema dell'istruttoria procedimentale (e processuale) che venga applicato, in tutti i casi, nelle medesime modalità, in ossequio ad un parametro temporale unitario.

3.2. Il "nodo" organizzativo

³⁹ Trib. di Firenze, 30 marzo 2023.

⁴⁰ Per un inquadramento di carattere generale sul tema della garanzia di tutela processuale del cittadino straniero e sulle questioni problematiche ad essa connesse, cfr. M. INTERLANDI, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, 2018.

⁴¹ M. A. SANDULLI, *Il tempo del processo come bene della vita*, in *Diritto e Società*, 2014, 3, p. 345 ss.

⁴² In prospettiva di innalzamento della garanzia processuale del richiedente protezione internazionale, cfr. Cass. Civ., Sez. I, 24 novembre 2022, n.34650, in *Giustizia Civile Massimario 2023*, laddove afferma che il giudicato non preclude una nuova valutazione delle condizioni per il riconoscimento della protezione internazionale in presenza di elementi nuovi. In particolare: «In materia di domande reiterate di protezione internazionale, il giudicato opera "rebus sic stantibus", non si forma sulla credibilità delle dichiarazioni del ricorrente e non preclude, pertanto, una nuova valutazione delle condizioni per il riconoscimento della protezione in presenza di nuovi elementi, che possono essere rappresentati anche da prove atipiche. (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione della corte territoriale che, nel rigettare una domanda reiterata di protezione internazionale proposta da un cittadino del Gambia, si era limitata ad invocare il giudicato sulla non credibilità del richiedente senza valutare una dichiarazione giurata raccolta dinanzi ad un notaio nel paese d'origine del ricorrente)».

⁴³ N. MORANDI, *Le procedure accelerate*, cit.: «L'impatto della previsione di procedure accelerate nel sistema di esame della domanda di protezione internazionale dipende primariamente dall'estensione della loro applicazione, che deve essere orientata al rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, in generale e nei singoli casi, e dunque portare ad un'interpretazione rigorosa delle fattispecie tipiche normativamente previste. La combinazione tra tempi rapidi di esame della domanda, e di deficienze nel rispetto delle garanzie procedurali, o di difficoltà nell'accesso all'assistenza legale o alla mediazione linguistica può, infatti, seriamente minare il diritto sostanziale del richiedente asilo di accedere alla protezione».

Sotto il secondo dei due aspetti ai quali si è fatto cenno, laddove la *ratio* della procedura accelerata venga individuata nell'esigenza di garanzia dell'efficienza del controllo dell'immigrazione, occorrerebbe, in concreto, verificare se l'accelerazione della procedura attraverso la riduzione del termine procedimentale, di natura ordinatoria, offra una risposta realmente efficace, oppure se, invece, ne offra una dalla portata marginale rispetto alla dimensione del problema di fondo intorno al quale ruota la tematica del funzionamento del sistema italiano della protezione internazionale⁴⁴.

Non è possibile, in questa sede, sviluppare un'analisi adeguata. È importante, però, almeno rilevare come, guardando ad alcuni recenti dati statistici, resi dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo, ancora oggi i tempi di esame della domanda da parte delle Commissioni territoriali si rivelano assai differenti rispetto a quelli previsti dalla legge, facendo sì che si accumulino le pendenze, seppur in misura lievemente ridotta nel corso degli ultimi tre anni⁴⁵. A ciò si aggiunge che, almeno in riferimento agli sbarchi, nel corso dell'anno 2021 si è registrato un aumento abbastanza significativo rispetto all'anno precedente⁴⁶. Questa questione è stata recentemente sollevata dal Tribunale di Trieste, adito in riferimento ad un provvedimento di rigetto, per manifesta infondatezza, di una domanda di protezione internazionale, in riferimento al quale veniva stata chiesta oltre la rimessione in termini per l'impugnazione dello stesso anche e la sospensione della sua efficacia. Il Collegio si è espressa a favore dell'accoglimento di tale domanda alla luce di una serie di argomentazioni nel cui ambito ha ritenuto di sottolineare che la situazione caratterizzata dagli elevati flussi in entrata e nelcontempo dalle innumerevoli occasioni di dover assumere provvedimenti di natura urgente (vds. le sospensive ex art. 35-*bis*, comma 4, e 3, comma 3-*quater*, del d.lgs. n. 25/2008), ha comportato il prodursi di arretrati significativi, sicchè «non appare – più – ragionevole, allo stato, persistere nell'applicazione del modello organizzativo caratterizzato dalla calendarizzazione puntuale delle eventuali audizioni dei richiedenti protezione internazionale, in quanto ciò implicherebbe, alla luce della situazione attuale (ove non fosse mutata in forza di un radicale riassetto organizzativo della sezione specializzata), un ulteriore incontrollabile incremento dell'arretrato, causa l'assunzione di nuove riserve; ritiene,

⁴⁴ Nell'Audizione del Presidente dell'Istituto nazionale di statistica, I Commissione (Affari Costituzionali) Camera dei Deputati Roma, 18 settembre 2019, Indagine conoscitiva in materia di politiche dell'immigrazione, diritto d'asilo e gestione dei flussi migratori, in www.istat.it, ove vengono fornite alcune tra le principali informazioni sulle dinamiche demografiche interessate dai fenomeni migratori, viene evidenziata la forte dinamicità e complessità del contesto della materia trattata e l'esigenza di lavorare all'integrazione tra istituzioni che trattano dati e gestiscono i flussi migratori; all'integrazione di dati a livello individuale per la produzione di nuovi indicatori; alla diffusione integrata delle informazioni attraverso il sistema informativo sugli stranieri; e, infine, alla diffusione di microdati integrati per la ricerca scientifica.

⁴⁵ Nell'ambito dei *Dati e statistiche della Commissione Nazionale per il Diritto di Asilo*, nel documento recante il Riepilogo anno 2021, disponibile al sito www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it, viene evidenziato, come nell'anno 2021 siano state registrate 53.609 richieste di asilo, di cui 7.705 reiterate, con la specificazione che «ricomprendendo anche i Casi Dublino, vi sono ulteriori 10381 fascicoli pendenti che, all'esito della procedura di individuazione dello Stato competente, potrebbero non dover essere esaminati dalle Autorità Italiane. Se, come appena detto, nell'anno 2021 vengono registrate 32.800 decisioni pendenti; nell'anno 2020, vengono registrate 33.636 decisioni pendenti; nell'anno 2019 vengono registrate 803 decisioni pendenti.

⁴⁶ F. PALETTI, F. RUSSO, *Le politiche e l'efficacia delle misure di contrasto all'immigrazione irregolare*, in *Centro Studi e Ricerche Idos*, in collaborazione con *Centro Studi Confronti Istituto di Studi Politici "S. Pio V"*, *Dossier Statistico Immigrazione*, Roma, 2022, p. 162: «Nel 2021 gli sbarchi sono tornati a crescere. Nel corso dell'anno se ne sono contati 1718 per un totale di 67040 persone, praticamente il doppio (+98%) rispetto alle 34.154 del 2020, anno in cui, nonostante l'emergenza sanitaria, erano comunque triplicati rispetto al 2019. Numeri comunque ancora molto lontani dai picchi raggiunti nel triennio 2014-2016 quando sulle coste italiane approdarono oltre 500mila persone, per una media di poco meno di 170mila l'anno».

pertanto, assolutamente necessario individuare un'apposita udienza finalizzata ad assolvere alla funzione di filtro onde sia consentita una migliore, sostenibile organizzazione tempo per tempo degli affari assegnati nella materia della protezione internazionale»⁴⁷. L'iter argomentativo del giudicante sembra essere rivolto non esclusivamente alla soluzione del caso concreto, ma anche e soprattutto a sollevare la questione di carattere generale che attiene al rapporto tra la dimensione del fenomeno migratorio e quella del contenzioso in materia di immigrazione.

Da qui, l'esigenza di una riflessione sempre più attenta sul rapporto tra carichi effettivi e risorse impiegate⁴⁸, quale necessario presupposto per svolgere un'indagine che consenta di risalire alle ragioni effettive dei ritardi perpetrati nella definizione dei procedimenti, non soltanto esaminando le ipotesi in cui gli stessi sono imputabili all'inerzia ingiustificata dell'amministrazione, ma anche prendendo in considerazione il rapporto tra la mole delle domande presentate e le capacità effettive di esame delle domande da parte dei pubblici funzionari competenti e i relativi riflessi sul piano processuale.

4. *Brevi considerazioni conclusive*

Letto nel suo complesso, l'approccio al rapporto tra fattore tempo e protezione internazionale, che finora è invalso, integra l'impostazione, gradualmente delineata dal legislatore, favorevole alla realizzazione di forme di differenziazione tra lo *status* del cittadino e quello del migrante, ispirate da ragioni di sicurezza e di ordine pubblico e di contenimento della spesa pubblica⁴⁹.

Se l'applicazione di una procedura accelerata alla protezione internazionale vuole rispondere all'esigenza della riduzione, in chiave acceleratoria, e dunque, in funzione semplificatoria, dei tempi procedurali della protezione internazionale, la stessa, letta a fronte dei profili di complessità affrontati in questa sede, corre il rischio di contribuire al conseguimento di un risultato di segno opposto. Scenario, questo, che potrebbe integrare un'ipotesi di incompatibilità con i valori e gli ideali che attengono ai fondamentali doveri di solidarietà rispetto alle persone⁵⁰.

D'altra parte, è stata registrata la progressiva formazione di un indirizzo giurisprudenziale, che tende a farsi strada, anche su stimolo del dibattito accademico⁵¹, favorevole all'applicazione di un'impostazione di tipo più "garantista", che invoca

⁴⁷ Tribunale di Trieste, Sezione Specializzata in materia di immigrazione, 28 aprile 2023.

⁴⁸ Forse, una possibile opportunità di avvio di una riflessione in tal senso avrebbe potuto essere colta in occasione dell'adozione delle misure di "ripresa e resilienza" adottate nel quadro del *Next Generation EU programme* e, a livello dell'ordinamento interno, del PNRR. Cfr. L. ZANFRINI, *Gli immigrati in Italia, si accentuano le disuguaglianze con la pandemia*, in www.buffingtonpost.it. Per un inquadramento della "vicenda" del PNRR nella prospettiva del diritto amministrativo, cfr. G. PIPERATA, *PNRR e pubblica amministrazione: attuazione, riforme, cambiamenti*, in *Istituzioni del federalismo*, 2022, 2.

⁴⁹ M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, cit.

⁵⁰ In riferimento ai profili dogmatici ed evolutivi della solidarietà nella prospettiva della tutela dei diritti fondamentali, cfr. F. CORTESE, *I diritti inviolabili dell'uomo*, in D. FLORENZANO, D. BORGONOVO RE, F. CORTESE, *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza*, Torino, 2015, p. 1 ss.

⁵¹ L. GILI, *Straniero e partecipazione*, in A. CROSETTI, F. FRACCHIA (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi prospettive ed esperienze. Raccolta di saggi sul tema della partecipazione amministrativa nelle sue diverse valenze*, Milano, 2002, p. 55 ss.

l'applicazione dei canoni dell'uguaglianza sostanziale e della ragionevolezza⁵², attraverso la chiave di lettura della solidarietà⁵³.

Questa seconda impostazione potrebbe aprire ad una revisione del sistema delle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale, ad esempio attraverso l'abbandono della distinzione tra la dimensione temporale della procedura ordinaria e quella delle procedure accelerate e della moltiplicazione delle ipotesi di abbreviazione della durata del procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale, e la riconduzione ad unità della fattispecie.

La ricostruzione proposta offre lo spunto per riflettere sull'opportunità di non proseguire nell'indirizzo volto all'adozione di misure "di dettaglio", come la mera determinazione della riduzione dei termini procedurali, poiché, come si è tentato di dimostrare, questo tipo di approccio non soltanto solleva un problema di compatibilità con i principi di solidarietà e di garanzia effettiva della tutela dei diritti fondamentali della persona, ma altresì sembra rivelarsi insufficiente ad attivare un meccanismo idoneo a perseguire uno scopo acceleratorio pienamente efficace, e di prediligere una logica "di sistema", che incida sul versante che attiene alla qualità dell'azione, in termini di garanzia di espletamento di un'istruttoria adeguata allo scopo, e, sul versante che attiene all'organizzazione, rafforzando gli interventi per garantire il buon andamento delle amministrazioni preposte all'espletamento della procedura.

ABSTRACT: *Time factor and international protection: accelerated procedures*

Procedural timing is an important aspect of the procedures for granting international protection, especially if it is addressed in view of the problem of the delicate dichotomy between the need for timely protection of the fundamental rights of the person and the certainty and stability of legal relations and the instances of efficient control of immigration in relation to security and public order.

The case of "accelerated procedures" raises some additional problematic issues relating to the shortening of procedural deadlines and the impact on the effective guarantee of the protection of foreign nationals.

⁵² Cass. civ., Sez. I, sentenza 7 gennaio 2020, n. 86, in materia di protezione internazionale; Cons. Stato, Sez. III, 26 giugno 2019, n. 04414, in tema di rilascio del permesso di soggiorno, commentata in www.adimblog.it.

⁵³ A. RUGGERI, *Cittadini, immigrati e migranti, alla prova della solidarietà*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 2019, 2, 1 ss.



LORENA SALES PALLARÉS*

LA NACIONALIDAD COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES MIGRANTES

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Las crisis migratorias en la actualidad: contextualizando cifras. – 3. Los migrantes menores. – 3.1. Vivo, pero no existo: menores migrantes y apatridia. – 4. El derecho a tener derechos: casos recientes. – 4.1. Carlota. – 4.2. Anna. – 5. Conclusiones.

1. *Introducción*

Las crisis migratorias no han dejado de producirse, y de la mano de ellas, cada vez con mayor frecuencia llegan a nuestro territorio más menores. Muchos de ellos llegan acompañados de progenitores o familiares, más de los que deberían llegar solos; algunos de ellos nacen en el camino. Todos ellos sufren una doble desprotección, ya que no conseguimos protegerles ni como menores ni como migrantes.

Los desafíos que los derechos humanos se plantean en virtud de estas crisis migratorias nos exigen buscar soluciones mucho más adecuadas a la realidad a la que deben hacer frente. Y para encontrar respuestas comenzaremos por plantear una pregunta para iniciar este diálogo interior y que en estas páginas compartiremos: ¿hemos de flexibilizar los puntos de conexión tradicionales o necesitamos sólo nuevos enfoques en nuestras normas de conflicto? ¿Podría ser la nacionalidad una medida de protección sobre los menores migrantes y por tanto entenderla no como fin sino como un medio?

Como expondremos en los apartados siguientes, dos recientes sentencias judiciales españolas vienen a poner de relieve los problemas a los que el Derecho internacional privado debería prestar atención en orden de flexibilizar bien las normas de conflicto aplicables o bien buscar nuevos modos de regular estas situaciones que no van a minorar en el tiempo sino todo lo contrario. En ambas sentencias los casos se refieren a menores que nacieron en el tránsito desde sus países de origen, Camerún en ambos casos, hasta España sin lograr adquirir la nacionalidad ni del país en el que nacieron, ni al que llegaron, ni la que sus

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Castilla-La Mancha. Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i “El derecho al respeto a la vida familiar transfronteriza en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica” - PID2020-113061GB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

progenitores les pudieran transmitir. Los puntos de conexión del estatuto personal, no siempre flexibles ni preparados para la realidad a la que han de atender en la segunda década del segundo milenio, reflejan un modo de percibir la nacionalidad que no siempre permite usar la misma para la protección de un bien superior, en este caso, la protección de un menor migrante.

Sin embargo, antes de profundizar en el planteamiento de la nacionalidad como una medida de protección sobre los menores migrantes es importante centrar la atención en la realidad y las cifras para entender la magnitud a la que nos enfrentamos.

2. Las crisis migratorias en la actualidad: contextualizando cifras

Si atendemos a las cifras¹, el número mundial de migrantes internacionales pasó de poco más de 80 millones en 1970 a casi 300 millones en 2020, lo cual confirma la idea de que las crisis migratorias han sido una constante en crecimiento en los últimos cincuenta años. También se observan de estos datos oficiales, variaciones y patrones regionales que reflejan los grandes corredores migratorios creados², y la duplicación de las migraciones desde otras regiones a Europa. El hecho de que la migración sea cada vez más importante en Europa ha provocado por un lado una mayor preocupación en la elaboración de políticas específicas en el seno del legislador comunitario, pero, e íntimamente relacionado con lo anterior, ha hecho visible la importancia de contar con datos sobre la migración precisos, actualizados y accesibles³.

En este sentido, la demanda de datos sobre migración viene provocando de manera paulatina mayor interés tanto en las fuentes tradicionales como en otras más alternativas que colaboran en la recopilación y análisis de datos sobre migraciones. Obviamente, cuanto mejor se conozcan los datos y más fiables sean estos, mayor y mejor serán las políticas y la gestión migratoria. Y ahí de nuevo radican algunos problemas, ya que, la variedad de fuentes de datos⁴ nos muestra fortalezas y limitaciones. Ciertamente es que a su vez esto está provocando

¹ Existe un amplio catálogo de informes y organismos públicos y privados que elaboran mapas e informes sobre las migraciones. Tomaremos como referencia el *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2022*, elaborado por la *International Organization for Migration* (IOM), *UN Migrations*, 2021, accesible en <https://publications.iom.int/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2022>, aunque pueden encontrarse similares referencias en A. NATARAJAN, M. MOSLIMANI Y M.H. LOPEZ, “Key facts about recent trends in global migration”, Pew Research Center, <https://pewrsr.ch/3W68Qgm> o en el Portal de Datos Mundiales de Migración [<https://www.migrationdataportal.org>].

² Vid. en este sentido Gráfico 1 del *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2022*, p. 200.

³ Precisamente el tema de la obtención de datos fiables cuando se tratan temas vinculados con violaciones de derechos humanos es causa de preocupación creciente en la doctrina, como pusimos de relieve en L. SALES PALLARÉS, *¿Pueden ser los litigios estratégicos una solución en la lucha contra la esclavitud moderna?*, en *Gobernanza multinivel de los movimientos migratorios: retos y perspectivas desde el derecho*, Dykinson, 2023 (pendiente de publicación).

⁴ Suelen agruparse en tres categorías las fuentes de datos sobre la migración: las provenientes de datos estadísticos oficiales; las fuentes de datos administrativos vinculados a permisos y procedimientos para estancias de extranjeros, que si bien no se reconocen como fuentes estadísticas sobre migración, pueden indicarnos las poblaciones y flujos de migrantes; y las fuentes de datos innovadoras, donde el uso de las nuevas tecnologías y el *big data* nos proporciona información a partir de la cual entender los desplazamientos forzados, la trata de personas o estimar las corrientes de remesas, factores todos ellos asociados a las migraciones y que son utilizados también para obtener datos. Cfr. European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, A. WIŚNIEWSKI, A. TATEM, G. ABEL, ET AL., *Inferring migrations, traditional methods and new approaches based on mobile phone, social media, and other big data: feasibility study on inferring (labour) mobility and*

tendencias mucho más focalizadas en la idea de las migraciones internacionales como parte integral del desarrollo sostenible, de modo que la integración de las migraciones en la Agenda 2030 hace replantearse un mejor uso de las fuentes de datos existentes, así como el desarrollo de nuevos métodos de recopilación de datos en el tema de las migraciones⁵.

En todo caso y para lo que ahora queríamos poner de relieve, es importante tener en mente que, aunque hayamos mejorado, existen importantes lagunas en los datos de migraciones, que pueden deberse a que no se recogen o si lo hacen no son accesibles; o sí están accesibles, pero son incompletos; o están dispersos en varias fuentes o varios organismos; o no están desagregados o son datos que no son comparables entre sí. También hemos de pensar que no siempre podremos obtener todos los datos que queremos, ya que algunos son más fáciles de obtener o al menos hemos conseguido obtenerlos de manera mucho más frecuente⁶, mientras que de otros tenemos menos datos: flujos de migración irregular, migrantes desaparecidos en tránsito, retorno de migrantes a países de origen o a terceros Estados... Debería ser estos últimos los datos que más nos preocuparan, no solo porque son justamente las personas que están tras estas cifras las más vulnerables y más necesitadas de protección, sino porque solo conociendo las cifras reales podremos diseñar políticas legislativas adecuadas y entender y afrontar el tema de la migración de un modo más objetivo.

3. Los migrantes menores

3.1. *Vivo, pero no existo: menores migrantes y apatridia*

Sigamos hablando de cifras. Ya hemos visto como los datos de migraciones no hacen más que crecer tanto a nivel global como regional, y lamentablemente en las actuales circunstancias económicas y políticas, es lógico pensar que se van a incrementar en los próximos años como ya apuntan las cifras que maneja Estados Unidos en recientes datos de

migration in the European Union from big data and social media data, Luxembourg, 2016, <https://data.europa.eu/doi/10.2767/61617>.

⁵ En este sentido, por ejemplo, y pensando en los censos, se planteó a los Estados en 2020 que incluyeran preguntas al realizar los censos que mejoraran la identificación de los migrantes: país de nacimiento, país de nacionalidad y año/periodo de llegada al país. Y ello porque de los 149 Estados que la división de estadística de la ONU contaba dentro de los censos de su base de datos, apenas el 50% habían incluido el año de llegada entre las preguntas y solo el 75% preguntaba sobre la nacionalidad.

Junto con ello la atención a los datos administrativos de las autoridades nacionales deberían servir para, haciendo uso de una mejor y mayor compilación, de análisis más detallados de los flujos migratorios, de modo que fueran más fáciles de identificar las necesidades tanto para responder a las necesidades como para atajar violaciones de derechos humanos detectadas en los desplazamientos forzados o en las redes transnacionales dedicadas a la trata de seres humanos.

⁶ Piénsese por ejemplo en los datos referidos a ratificaciones de tratados internacionales relativos a migraciones, remesas desde o hacia países vinculadas a trabajadores migrantes, trata de seres humanos o esclavitud moderna... En todos estos casos los datos que se recogen por diferentes fuentes y autoridades son tremendamente elevados, aunque de nuevo, al menos en el tema de la trata y la esclavitud no se cuenta con datos “reales” y las cifras que se manejan no siempre reflejan la realidad. Vid. en este sentido L. SALES PALLARÉS, *El caso Furukawa como exponente de las relaciones entre derechos humanos y empresas y la esclavitud moderna*, en *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián: Donostiako Giza Eskubideei Buruzko Ikastaroen Urtekaria*, 2021, n. 21, p. 319 ss.

2021⁷. Si bien es cierto que la frontera con Méjico es una de las más concurridas y puede no ser representativa de la realidad a nivel mundial, lo cierto es que en el primer semestre de 2021 la migración infantil alcanzó los cerca de 100.000 menores no acompañados “asegurados” en frontera⁸, lo que supuso un incremento del 168% con respecto al total de 2020.

Todos los datos sobre flujos migratorio coinciden en señalar como con mayor frecuencia llegan menores y jóvenes⁹ que representan un porcentaje que en 2019 era del 12 y 11% respectivamente al flujo total de migrantes¹⁰. Tanto el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas (DAES) como el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) han apreciado como se ha producido un aumento constante desde el 2000 hasta 2020, donde estimaron cerca de 33 millones de menores migrantes.

También al territorio de la Unión Europea llegan con mayor frecuencia menores si atendemos a las cifras de Eurostat¹¹, que reflejan que en el año 2020 más del 30% de las solicitudes de asilo presentadas en la UE eran de menores de 18 años. Más del 10% de estos niños eran menores no acompañados. Aunque los motivos de este incremento pueden explicarse por las crisis humanitarias de Siria o Afganistán, lo cierto es que el número de menores, acompañados y no acompañados, sigue creciendo en el seno comunitario y es causa de preocupación porque son las personas más vulnerables en el contexto de la migración¹².

Ahí no se queda el problema. En algunos casos la desprotección de ser migrantes y ser menores llega por otra vía, la de la apatridia¹³. En febrero de 2019 ACNUR junto a UNICEF

⁷ Cfr. D. FLORES, B. ESCALANTE y V. GUERRERO, *El 2021 fija un nuevo récord de menores migrantes*, 15 septiembre de 2021, en *AnimalPolítico*: <https://www.animalpolitico.com/el-foco/el-2021-fija-un-nuevo-record-de-menores-migrantes>.

⁸ Todos aquellos migrantes encontrados por las autoridades norteamericanas son expulsados de Estados Unidos y deportados fuera de su territorio, lo que equivale en la práctica a dejarlos en la frontera con Méjico donde se les “asegura” por parte de estas autoridades. Cuando se habla de menores “asegurados” en este contexto se están refiriendo al hecho de que en Méjico los menores migrantes no son detenidos ya que su traslado migratorio no constituye delito penal, sino “asegurados”, esto es, puestos a disposición y cuidado de las autoridades mejicanas.

⁹ El *Migration Data Portal* atiende a la definición de “niño” proporcionada por la Convención Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, que lo define (art.1) como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad”. En cuanto a la definición de “joven” en el ámbito estrictamente estadístico, Naciones Unidas las define como todas aquellas personas entre 15 y 24 años. Así vid. <https://www.un.org/esa/socdev/documents/youth/fact-sheets/youth-definition.pdf>.

¹⁰ Vid. *Child and young migrants*, <https://www.migrationdataportal.org/infographic/child-and-young-migrants>, infografía a partir de datos del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas de 2019 y de informes de UNICEF de 2020.

¹¹ Vid. EUROSTAT, *3 out of 10 first-time asylum applicants are children*, 26-07-2021, <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/ddn-20210726-1>.

¹² En este sentido el *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La protección de los menores migrantes no acompañados en Europa»*, Doc. C 429/04, de 11 de diciembre de 2020. Sobre los esfuerzos que la UE está realizando en la protección de los menores migrantes pueden consultarse los informes de la Red Europea de Migraciones: <https://www.emnspain.gob.es/-/proteccion-de-menores-migrantes-en-la-ue-y-en-noruega#>.

¹³ Sobre el tema de la apatridia vid. M. SALES JARDÍ, *La protección de la vida familiar de las personas desplazadas, de las demandantes de asilo, de las refugiadas y de las apátridas en el Derecho Europeo*, en *Revista de Derecho Político*, 2016, p. 189 s., <https://doi.org/10.5944/rdp.95.2016.16236>; E. PRADO RUBIO, *Los excluidos. La formación jurídica del concepto de apatridia*, en E. SAN MIGUEL PÉREZ, *Las exigencias del Estado de Derecho Contemporáneo: Ciudadanía, derechos humanos y migraciones*, Pamplona, 2022, p. 135 ss.; F. DE CASTRO Y BRAVO, *Los proyectos de Convenios para suprimir o reducir la apatridia. Observaciones y comentarios*, en F. DE CASTRO Y BRAVO, *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, Madrid, 2003, Vol. 1, p. 845 ss.; M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *La prevención de la apatridia como criterio de atribución de la nacionalidad española de origen*, en M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, A. SALINAS DE FRÍAS; J. A.

lanzaban un comunicado¹⁴ alertando de las cifras en Europa de menores apátridas, que suponían cuatro veces más los datos que manejaban en 2010.

Aunque no existen datos exactos de personas apátridas, estima ACNUR que en la actualidad son millones las personas que no ostentan ninguna nacionalidad, siendo un tercio de ellos niños¹⁵. Aunque la apatridia puede provenir de situaciones diversas, mayoritariamente nos encontramos esta situación cuando estamos ante leyes de nacionalidad mal definidas o discriminatorias, desplazamientos y migraciones forzadas, ausencia de registro de nacimientos o incapacidad de cumplir con los requisitos para la adquisición de la nacionalidad por nacimiento¹⁶. Ciertamente es que la problemática abarca muchas y diferentes situaciones de vital importancia desde la perspectiva jurídica internacional, pero vamos a atender únicamente a la problemática derivada de los menores migrantes dejando al margen otras situaciones que, aunque importantes no son ahora el foco de nuestro trabajo.

El compromiso de ACNUR por el fin de la apatridia hizo nacer tanto el *Plan de Acción Mundial para Acabar con la Apatridia*¹⁷ a desarrollar entre 2014 y 2024, como el lanzamiento de la campaña #IBelong¹⁸. Específicamente el *Plan de Acción Mundial* planteaba como acciones a desarrollar el *asegurar que ningún niño nazca apátrida*¹⁹, *garantizar el registro de nacimientos para prevenir la apatridia*²⁰, y *expedir documentación de nacionalidad a aquellos con derecho a ella*²¹.

Obviamente estas tres acciones que hemos puesto de relieve están íntimamente relacionadas entre sí, ya que la búsqueda de la eliminación de la apatridia tiene que venir de la mano de garantizar las inscripciones de los nacimientos para que esos menores “existan” legalmente, pero también de la expedición de toda la documentación requerida por las autoridades competentes para acreditar esta misma realidad. Hemos de tener en cuenta que de acuerdo con las cifras que manejan ACNUR y UNICEF en el 2010 permanecían sin

CARRILLO SALCEDO, *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Córdoba, Sevilla, Málaga, 2005, Vol. 1, p. 75 ss.; A. P. ABARCA JUNCO, M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *El artículo 17.1 c) del Código Civil. ¿Mecanismo de lucha contra la apatridia o un "nuevo" modo de adquisición voluntaria de la nacionalidad española?*, en *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 2007, p. 1 ss.; S. ESPINO GARCÍA, *Las situaciones de apatridia, pérdida de la nacionalidad estatal y de la ciudadanía de la UE y el principio de proporcionalidad en la última jurisprudencia del TJUE*, en A. FERNÁNDEZ PÉREZ, *Perspectivas de la política de inmigración, asilo y refugio en la Unión Europea*, Pamplona, 2022, p. 243 ss.; J. A. NAVARRO MANICH, L. LOZANO GARCÍA, *El derecho de los “niños invisibles” a su inscripción después del nacimiento y a adquirir una nacionalidad. La obligación de evitar la apatridia infantil en Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2021, p. 23 ss. Sobre el reciente pronunciamiento del TJUE sobre la apatridia vid. P. JUÁREZ PÉREZ, *El «cercos» comunitario a la potestad de los Estados miembros en materia de nacionalidad: La STJUE de 18 de enero de 2022 en Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022, p. 1126 ss., <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.7235> y P. MELGAREJO CORDÓN, *El avance irresistible del Derecho de la Unión Europea y su principio de proporcionalidad como freno a la arbitrariedad. Reflexiones al hilo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 enero 2022: asunto JY*, en *Unión Europea Aranzadi*, 2022.

¹⁴ Vid. ACNUR y UNICEF *urgen acciones en Europa para acabar con la apatridia infantil*, 14 de febrero de 2019, <https://www.acnur.org/noticias/press/2019/2/5c65aaf84/acnur-y-unicef-urgen-acciones-en-europa-para-acabar-con-la-apatridia-infantil.html>.

¹⁵ Vid. ACNUR, *Este es nuestro hogar. Las minorías apátridas y su búsqueda de la ciudadanía. Informe sobre apatridia*, 2017, https://www.acnur.org/es-es/publications/pub_apa/5b4cea684/este-es-nuestro-hogar-las-minorias-apatridas-y-su-busqueda-de-la-ciudadania.html.

¹⁶ Vid. A. M.ª GONZÁLEZ MARÍN, *Menores migrantes: un reto para la Unión Europea*, en A. G. LÓPEZ MARTÍN, C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN (Dir.), *Las minorías en el contexto actual*, Dickinson, 2020, p. 155.

¹⁷ ACNUR, *Plan de Acción Mundial para Acabar con la Apatridia. 2014-2024*, <https://www.acnur.org/5b75c3ba4.pdf>.

¹⁸ Animamos a todos a firmar y apoyar esta campaña en <https://www.unhcr.org/ibelong/es/>.

¹⁹ ACNUR, *Plan de Acción Mundial para Acabar con la Apatridia*, cit., Acción 2, p. 9 ss.

²⁰ ACNUR, *Plan de Acción Mundial para Acabar con la Apatridia*, cit., Acción 7, p. 18 ss.

²¹ ACNUR, *Plan de Acción Mundial para Acabar con la Apatridia*, cit., Acción 8, p. 21 ss.

registrar unos 230 millones de menores²², sin que se pueda determinar cuántos de estos quedaron apátridas, pero que apuntan al alcance del problema. Debemos pensar que el registro del nacimiento es el modo de acreditar no solo los progenitores sino también el lugar de nacimiento. Sin esa documentación o constancia no podremos determinar hechos tan fundamentales como la filiación, la nacionalidad o los apellidos de estos menores.

A diferencia de otros textos internacionales²³, los instrumentos europeos en materia de derechos fundamentales no prevén expresamente ni el derecho al registro inmediato del nacimiento después del parto, ni el derecho a un nombre por el nacimiento. En este sentido los problemas a los que la jurisprudencia comunitaria ha prestado atención vienen más vinculados a la libertad de circulación que al derecho al nombre de los menores²⁴ o se han vinculado al respeto a la vida privada y familiar del art. 8 del CEDH²⁵.

Sí es cierto y no lo debemos perder de vista, que los Estados miembros de la Unión Europea adheridos a la Convención para reducir los casos de apatridia, hecha en Nueva York el 30 de agosto de 1961²⁶ o al Convenio europeo sobre nacionalidad, hecho en Estrasburgo el 6 de noviembre de 1997²⁷ han debido incorporar a su Derecho nacional normas que acojan el criterio del *ius soli* en beneficio de la persona -nacida en su territorio- “que de otro modo sería apátrida” o “si no adquiere otra nacionalidad de otro país cuando nace” (art. 1 de la Convención de 1961 y art. 6 del Convenio de 1997).

Como rezaba el título de este epígrafe, “vivo, pero no existo” resumiría la situación legal de estos menores que sin constar en ningún registro, sin contar con nacionalidad permanecen “invisibles”²⁸ a nuestro alrededor.

¿Cómo puede el derecho del siglo XXI permanecer sin respuesta a situaciones como estas? ¿Cómo puede ser el interés superior del menor un objetivo prioritario en nuestro ordenamiento jurídico cuando desprotegemos a los que más lo necesitan?

²² ACNUR, *Plan de Acción Mundial para Acabar con la Apatridia*, cit., p. 18.

²³ Estamos pensando, por ejemplo, en el artículo 24, apartado 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 7, apartado 1 de la Convención de los Derechos del Niño; o el artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

²⁴ En este sentido se pronunció el TJUE tanto en los asuntos de 2 de octubre de 2003, Asunto C-148/02, *Carlos García Avello c. Bélgica*, ECLI:EU:C:2003:539, como en la STJUE de 14 de octubre de 2008, Asunto C-353/06, *Grunkin y Paul*, ECLI:EU:C:2008:559. En ambos casos el TJUE consideró que el no reconocimiento de los apellidos de un niño inscrito en otro Estado miembro de la UE del que el menor ostentaba la nacionalidad impedía la libre circulación en el territorio comunitario, y por lo tanto se estaban vulnerando derechos fundamentales.

²⁵ En el mismo sentido EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS AND COUNCIL OF EUROPE, 2022, *Handbook on European law relating to the rights of the child*, 2022 edition, p. 75 ss., https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-coe-2022-handbook-child-rights_en.pdf.

²⁶ Accesible en <https://acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0007.pdf> y al que España se adhirió por Instrumento de adhesión a la Convención para reducir los casos de apatridia, hecha en Nueva York el 30 de agosto de 1961, BOE núm. 274, de 13 de noviembre de 2018, <https://www.boe.es/eli/es/ai/1961/08/30/1>.

²⁷ Accesible en <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=166>, al que España aún no se ha adherido.

²⁸ De acuerdo con J. A. NAVARRO MANICH, L. LOZANO GARCÍA, *El derecho de los “niños invisibles” a su inscripción después del nacimiento*, cit., p. 24, denominan “niños invisibles” a aquellos que han nacido en el curso del trayecto migratorio de sus madres entre el país de origen y destino sin que conste partida de nacimiento ni inscripción en ningún registro.

4. El derecho a tener derechos²⁹: casos recientes

Los dos casos que nos proponemos analizar son pioneros por poner en valor la protección del menor sobre otros intereses³⁰. En el primero de ellos se concedió la nacionalidad española a la menor que durante 7 años fue considerada apátrida, al entender los Tribunales que el Estado español había vulnerado sus derechos fundamentales. La concesión de la nacionalidad española fue el modo de reparar el daño causado. Similar es el segundo de los casos que vamos a analizar y que aborda la misma perspectiva, aunque en este caso se obligó a inscribir en el Registro Civil español a una menor nacida en tránsito en Argelia, por lo que al no estar inscrita o reconocida en ningún territorio era invisible en España, lugar de residencia de la madre y de la menor.

Ambos casos de “niños invisibles” ejemplifican la demasiado habitual situación de muchos de estos menores migrantes que nacen durante el trayecto migratorio de su madre hacia el *Norte global*. No nacen habitualmente en centros sanitarios sino en casas particulares, sin atención médica ni para ellos ni para sus madres. Por ello no son poseedores de certificado alguno de nacimiento en el que conste ni la fecha ni el lugar de su nacimiento y mucho menos su filiación. No entran en ningún censo, registro o estadística, por lo que carecen de identidad o existencia. Carecen del “derecho” a “tener derechos”.

A diferencia de los menores no acompañados, sobre los que siempre hay un foco de atención mediática y jurídica, este grupo de menores que llegan a nuestros territorios acompañados de un adulto que afirma ser su progenitor, pasa mucho más desapercibido y de él se sabe poco como acertadamente se señala³¹. Gracias a proyectos como Ödos³² las cosas empiezan a cambiar y muestra de ello son los dos casos que vamos a analizar y que han conseguido éxito gracias a este programa y a las personas que lo integran.

El problema jurídico al que estos menores se enfrentan arranca de que si bien mantienen una conexión con tres Estados diferentes (el Estado del que es nacional la madre, el Estado en el que nacen, y el Estado en el que fijan su residencia y tratan de legalizar su

²⁹ Sobre el sentido y alcance del derecho a tener derechos y su relación con Hannah Arendt vid. J. BHABHA, *Arendt's Children: Today's Migrant Children Have a Right to Have Rights?*, en *Human Rights Quarterly*, 2009, vol. 31, p. 410 ss.

³⁰ Los dos asuntos a los que nos vamos a referir son la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia STJI 450/2021, n. 5 de San Sebastián, de 24 de noviembre de 2021, ECLI:ES:JPI:2021:2608 (en adelante SJPI 2608/2021), y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Secc. 2ª, SAP 2209/2022, de 11 de mayo de 2022, ECLI:ES:APSS:2022:203 (en adelante SAP SS 203/2022), recaídas ambas sobre el mismo caso y el resuelto por el Auto JPII Montilla (Córdoba) de 15 octubre 2021, que se puede consultar en <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2021/10/Expte-RC-XXX-21-auto-ordena-inscripción-menor-no-inscrita-en-lugar-de-nacimiento-en-el-extranjero.pdf>.

³¹ Vid. C. MANZANEDO NEGUERUELA, *Menores extranjeros acompañados. La problemática invisible de los niños y niñas migrantes acompañados que llegan a la frontera sur española*, en *Crítica penal y poder: una publicación del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos*, 2019, n. 18, (Ejemplar dedicado a: La movilidad humana: entre los derechos y la criminalización), p. 261.

³² Ödos es un proyecto piloto que arranca su funcionamiento en abril de 2018, y que se desarrolla en la provincia de Córdoba (España). Su objetivo es la atención específica a mujeres y menores que las acompañan llegados a costa de forma irregular. Su gran labor les ha valido desde su inicio para numerosos reconocimientos, siendo incluso reconocido por la Comisión Europea como buena práctica por su integración de las personas migrantes (vid. https://ec.europa.eu/migrant-integration/integration-practice/odos-programme-protecting-vulnerable-women_minors_en?fbclid=IwAR0kvaM_zd3OVCbUxsHvleFNSkhnnbH5kUsOiDvlfGaTeyrOm2W3hMIMPxU). Toda la información del proyecto, así como de los modos de colaborar puede encontrarse en <https://programaodos.org>.

situación), no siempre cumplen con los requisitos de alguno de ellos para obtener la nacionalidad, por lo que las situaciones de apatridia suelen ser habituales. Sin nacionalidad y sin documentación el acceso a su existencia en el plano jurídico es un viaje más largo y complejo que el vital con el que han iniciado su existencia.

4.1. Carlota³³

Como la mayoría de los menores en estos casos, Carlota nació en una casa particular de Marruecos, sin que su nacimiento fuera registrado, ni constara documento oficial alguno del alumbramiento, mientras su madre Apolonia migraba desde Camerún, hacia Europa, llegando a España ambas en mayo de 2018 de forma irregular³⁴. Durante tres meses estuvieron empadronadas en una localidad andaluza trasladándolas luego la organización que gestionaba su acogida a Guipúzcoa³⁵, donde se obtuvo de nuevo un empadronamiento, aunque caducó y no se pudo proceder a su renovación puesto que la normativa³⁶ exigía para ello la presentación del NIE o de un pasaporte en vigor expedido por las autoridades del país de procedencia de la menor, careciendo en todo caso Carlota de cualquiera de estos documentos.

Apolonia tramitó en junio de 2019 la residencia por razones humanitarias para ambas ante las autoridades competentes, siéndole concedida en junio de 2020 a Apolonia la residencia temporal por circunstancias excepcionales durante un año atribuyéndole el permiso de residencia junto al mismo. Sin embargo, la Subdelegación de Gobierno de Guipúzcoa denegó la solicitud de la cédula de inscripción solicitada por Carlota, alegando que no se había acreditado la negativa de Camerún a documentar a la menor.

Por lo que se refiere a Camerún y la nacionalidad de la menor, hemos de precisar que la legislación camerunesa³⁷ otorga la nacionalidad de origen atendiendo al criterio de hijo (legítimo o extramatrimonial) combinado con la nacionalidad camerunesa de al menos uno de los progenitores³⁸. Como en este caso, y en muchos de los supuestos de “niños invisibles” a los que hemos aludido, las madres viajan solas sin que conste o puedan acreditar documentalmente matrimonio, por lo que la remisión al art. 7. a) no es factible al no tratarse

³³ Mantendremos el nombre utilizado en la Sentencia de Primera Instancia tanto de la menor, “Carlota”, como respecto de la madre “Apolonia”, recordando que en la Sentencia de la Audiencia Provincial son respectivamente “Raimunda” y “Matilde”.

³⁴ Los hechos han sido extraídos de los hechos probados tanto de la SJPI 2608/2021, como de la SAP SS 203/2022.

³⁵ Traslado realizado en el seno del programa Miriam desarrollado por Cáritas Guipúzcoa (<https://www.caritasgipuzkoa.org/es/noticias/miriam>) que forma parte a su vez del programa Ödos.

³⁶ Vid. en este sentido el Apartado Sexto de la Resolución de 29 de abril de 2020, de la Subsecretaría, por la que se publica la Resolución de 17 de febrero de 2020, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Autonómica y Local, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre la gestión del Padrón municipal. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4784#A6>.

³⁷ Puede consultarse *Loi n. 1968-LF-3 du 11 juin 1968, Portant code de la nationalité camerounaise*, 1968-LF-3, 15 July 1968, accesible en <https://www.refworld.org/docid/3ae6b4d734.html>.

³⁸ La atribución de la nacionalidad por filiación abarca los arts. 6, 7 y 8 de la *Loi n. 1968-LF-3 du 11 juin 1968*. Por lo que aquí nos interesa, el artículo 7 manifiesta que *[E]st camerounais:*

a) *L'enfant légitime dont l'un des parents est camerounais;*

b) *L'enfant naturel, lorsque celui de ses parents à l'égard duquel la filiation a d'abord été établie est camerounais, si l'autre parent est de nationalité étranger, sauf la faculté pour le mineur de répudier la nationalité camerounaise dans les six mois précédant sa majorité s'il n'est pas né au Cameroun ou s'il peut, conformément à la loi nationale de cet étranger, se prévaloir de la nationalité de celui-ci.*

de hijos legítimos³⁹; esto deja solo la opción de acudir al art.7. b) para adquirir la nacionalidad camerunesa que permite esta opción cuando existe una filiación de esta nacionalidad determinada, dando por cierto que el otro progenitor, desconocido, no comparte esa nacionalidad⁴⁰. En todo caso, esto no se puede entender como una transmisión *ius sanguinis* automática, ya que la legislación y las autoridades camerunesas someten, como señala el JPI de San Sebastián (SJPI 2608/2021), la posible adquisición de la nacionalidad a la verificación de actos posteriores y adicionales, con lo que la menor no puede obtener la nacionalidad de su madre que sí es camerunesa, y por lo tanto no puede aportar Carlota documentación alguna expedida por las autoridades camerunesas ya que no ostenta tal nacionalidad.

Son hechos probado que Apolonia solicitó a la embajada de Camerún en Madrid la inscripción del nacimiento de su hija, así como el reconocimiento de la nacionalidad camerunesa para ella durante el 2019. Sin embargo, la embajada camerunesa en Madrid entendió que no le incumbía el proceso solicitado ni documentar a esa menor, remitiendo la posible solución bien a realizar los trámites consulares en el país de nacimiento de Carlota, esto es Marruecos, o a acudir directamente a Camerún para inscribirla y obtener un acta de nacimiento de su hija⁴¹.

Esto supone que para que Carlota accediera a la nacionalidad camerunesa debería tramitarse un procedimiento específico ante Camerún, lo que obviamente contraría el significado de acceso directo a la nacionalidad de origen; pero, además, el propio procedimiento deviene en imposible de cumplir ya que al no contar ni poder acreditar documentalmente el lugar de nacimiento del niño no podría desplazarse y viajar a ningún Estado al no contar con documentos que le permitieran el cruce de fronteras. Es por ello por lo que en realidad no es posible mantener que Carlota pueda acceder a la nacionalidad automática de la madre y por tanto a su nacionalidad camerunesa de origen. Por tanto, es lógico dar por hecho que las autoridades camerunesas no han reconocido en ningún momento la nacionalidad de la menor Carlota y por tanto no la tiene por nacional suya como coherentemente entiende la SJPI 2608/2021.

Al margen de cualquier consideración sobre la (des)protección consular de Camerún hacia Apolonia, ésta hizo caso de las indicaciones consulares, realizando un requerimiento notarial a la embajada de Camerún en Marruecos en marzo de 2021 sin que obtuviera respuesta alguna para inscribir a la menor nacida en su territorio y subsidiariamente tratar de arrancar desde ahí una nacionalidad para Carlota. Porque si no es camerunesa hemos de plantearnos qué otras posibilidades tenemos para lograr que esta menor tenga una nacionalidad que le permita tener una ley personal a partir de la cual crear su huella digital y “existir” además de vivir.

³⁹ En relación con los arts. 312 y ss. del Código Civil Camerunés, accesible en <https://www.cameroun.cc/fr/code-civil-camerounais/2/#ftoc-titre-7-de-la-paternite-et-de-la-filiation>.

⁴⁰ La filiación materna se establece en el momento del nacimiento siendo el parto equivalente al reconocimiento de la madre, *Cour d'appel de Rennes, 6ème Chambre 16 octobre 2017*.

⁴¹ Como señala J. A. NAVARRO MANICH, L. LOZANO GARCÍA, *El derecho de los “niños invisibles” a su inscripción después del nacimiento...*, cit., p. 26, aunque la legislación del país de la madre contenga una declaración de reconocimiento de la nacionalidad a sus hijos (*ius sanguinis*) la misma no viene acompañada de un reconocimiento automático y *erga omnes* de la nacionalidad, sino que las autoridades consulares que se ven inmersas en estas situaciones terminan inhibiéndose de adoptar una decisión sobre la inscripción del nacimiento y el reconocimiento de la nacionalidad, por haberse producido el nacimiento en un territorio ajeno a su ámbito competencial. La práctica demuestra así que las autoridades nacionales camerunesas en este concreto caso no permiten un acceso real y viable a la nacionalidad para estos casos.

Al nacer en territorio marroquí tendríamos que descartar que hubiera adquirido la nacionalidad marroquí por *ius soli*. Aunque la madre realizó trámites para que Marruecos inscribiera el nacimiento de la menor o emitiera algún certificado o documentación sobre tal hecho, hemos de reconocer con el tribunal, que es poco probable esta posibilidad. Más aún si tenemos en cuenta que de acuerdo con la Ley de la Nacionalidad Marroquí⁴² con ello no se obtendría la nacionalidad de la niña, ya que solo se podría obtener la nacionalidad por haber nacido en Marruecos si los progenitores del menor son desconocidos. En la medida que se pueda establecer la filiación de ese menor con un extranjero se entenderá que nunca fue marroquí sino nacional del Estado de su progenitor.

Si no es camerunesa ni marroquí, ¿cabe plantearse la nacionalidad española para Carlota?

Para contestar esta cuestión hemos de revisar los artículos 9.1⁴³, 9.10⁴⁴ y 17.1⁴⁵ CC e interpretarlos de manera conjunta, aunque como veremos, encajarlos provocan una tensión en los puntos de conexiones tradicionales que nos hace replantearnos si siguen siendo válidos al menos para la proteger a estos menores.

Los apartados 1 y 10 del artículo 9 CC nos resolverían potencialmente el tema de la ley personal y la apatridia, en el sentido de que si Carlota carece de nacionalidad se considerará que su ley personal es la ley española por ser esta el lugar de su residencia habitual. Partiendo de aquí nos planteamos 2 grandes problemas en relación con Carlota: carece de nacionalidad y por tanto, se trataría de ver si fuera posible obtener la nacionalidad española (art. 17.1 CC); y por otro lado, es necesario documentar su nacimiento e inscribirla.

Empezaremos por esta última cuestión, aunque no profundizaremos en ella por ser objeto de análisis en el otro caso este punto y los argumentos allí reproducidos son predicables a este caso. En todo caso, es preciso señalar que cuando Apolonia instó la petición subsidiaria de inscribir el nacimiento de Carlota fuera de plazo el Encargado del Registro Civil de San Sebastián denegó la misma alegando que no era hecho inscribible por haber acaecido el nacimiento en el extranjero, remitiendo al Registro Civil Central el expediente que denegaron también con el mismo argumento. Como veremos en el siguiente caso, otras soluciones son posibles.

Dejando pues al margen el tema de la inscripción registral, retomemos el tema de la adquisición de la nacionalidad española. En el asunto concreto que estamos revisando, y careciendo Carlota de nacionalidad, plantea el Tribunal la interpretación extensiva del art. 17.1 apartado c) o incluso el d) CC.

⁴² Vid. traducción de la misma en C. RUIZ-ALMODÓVAR, *La ley marroquí de nacionalidad*, en *Miscelánea de estudios árabes y hebraicos. Sección Árabe-Islam*, Vol. 59, 2010, p. 117 ss.

⁴³ Determina el art. 9.1 CC: La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.

⁴⁴ Art. 9.10 CC: Se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada, la ley del lugar de su residencia habitual.

⁴⁵ Art. 17.1 CC: Son españoles de origen:

- a) Los nacidos de padre o madre españoles.
- b) Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España.
- c) Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad.
- d) Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español.

Conviene recordar⁴⁶ que el apartado c) del art. 17 CC se introdujo al reformar el Código Civil buscando el cumplimiento de los textos internacionales a los que España estaba adherida, y que trataban de prevenir la apatridia originaria, funcionando como límite impuesto a la competencia exclusiva de los Estados en materia de nacionalidad. A partir de esta modificación, y atención al principio *favor nationalitatis*, la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN)⁴⁷ desarrolló una ampliación doctrinal desarrollando el concepto de “apatridia originaria”, que se produciría cuando un menor nacido en España de padres extranjeros no pudiera adquirir la nacionalidad *ius sanguinis* de estos porque la legislación del país de origen de los progenitores sometiera su adquisición a un acto posterior, de modo que constatando que, si efectivamente es apátrida, ello justificaría la obtención de la nacionalidad española de origen *iure soli*. Entendía la DGRN que esta “apatridia originaria” debía ser colmada por las obligaciones asumidas en España (con expresa referencia en muchas ocasiones al artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño) y conforme al artículo 17.1.c) CC⁴⁸.

A nadie se le habrá escapado que nuestros hechos podrían subsumirse en este apartado... si no fuera con el hecho de que Carlota no ha nacido en territorio español.

¿Puede realizarse así una interpretación extensiva de la finalidad del art. 17.1.c) CC para dotar de nacionalidad a Carlota?

Tanto el SJPI 2608/2021 como la AP son conscientes de que Carlota tiene la condición de apátrida originaria y por tanto, parten de una posición de garantes de una menor apátrida, lo que explica la resolución final adoptada. Chocante sin embargo me resulta la actuación del Ministerio Fiscal (y del Abogado del Estado en su caso), ya que antepone la letra de la ley a su espíritu, en el sentido de no anteponer la protección de la menor como interés superior a otras interpretaciones.

Estando de acuerdo con lo expuesto y alegado por parte del Ministerio Fiscal de que efectivamente la solicitud de adquisición de la nacionalidad española con valor de simple presunción fue desestimada por no haber nacido la menor en España sino en Marruecos⁴⁹, seguir manteniendo que no existe apatridia originaria en este caso porque podría adquirir la camerunesa es no atender a la realidad de los hechos. Y decimos esto porque el Ministerio Fiscal es igual de consciente que nosotros de que la nacionalidad camerunesa de origen no ha sido adquirida en todos estos años⁵⁰ por parte de la menor por las condiciones que exige Camerún para ello y que hacen de facto imposible su adquisición por Carlota. ¿No es la función del Ministerio Fiscal defender y proteger a los menores? ¿Qué modo de protección le estamos brindando a una menor que ha sido rechazada por el resto de Estados a la hora de declararla nacional suya?

Mas preocupante me resulta el hecho de que el Ministerio Fiscal a través del Abogado del Estado entienda⁵¹ que por el mero hecho de ser apátrida «no se tiene el derecho a la

⁴⁶ Como acertadamente plantean A. P. ABARCA JUNCO, M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *El artículo 17.1 c) del Código Civil*, cit., p. 3.

⁴⁷ Desde 2020 la dirección general fue renombrada como Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP).

⁴⁸ Vid. J. A. NAVARRO MANICH, L. LOZANO GARCÍA, *El derecho de los “niños invisibles” a su inscripción*, cit., p. 30.

⁴⁹ Auto Juez del Registro Civil de San Sebastián de 11 de noviembre de 2020, al que se refiere en los Fundamentos de Derecho Primero y Tercero de la STPI.

⁵⁰ No es accesorio que la menor ostentaba seis años ya cuando se inicia el primer proceso judicial, lo que habla de una extensión en el tiempo lo suficientemente amplia para dar por segura la no adquisición de esta nacionalidad.

⁵¹ Vid. Fundamentos de Derecho Primero número 3, de la SAP 203/2022.

nacionalidad española» (cierto, pero matizable), «ni se vulneren derechos fundamentales» (en desacuerdo totalmente).

Realizar una interpretación estricta de los apartados c) y d) del artículo 17.1 CC supone “vaciar” de contenido el objetivo de los mismos, esto es, evitar la producción de situaciones de apatridia. Por ello, parece lo más razonable hacer una interpretación amplia y teleológica del mismo⁵², de tal modo que en los casos de estos “niños invisibles” se debería activar la presunción (art. 17.1. d) *in fine*) sobre que se presumirán nacidos en España los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español. Obvio deliberadamente el inicio del artículo que circunscribe esta presunción a los menores sin filiación determinada. Y ello porque entiendo que la previsión de la falta de filiación en estos casos está vinculada a la transmisión *ius sanguinis* de los progenitores, pero en nuestros supuestos, aunque la filiación esté determinada no hay transmisión de nacionalidad alguna. No parece descabellado considerar, cuando no hay prueba documental sobre el lugar de nacimiento de estos menores, que el primer lugar conocido (y acreditado) de estancia sea el territorio español, y por tanto atribuirles la nacionalidad española a estos niños.

La misma presunción podemos predicar sobre el apartado c) del artículo 17.1 CC e el sentido de una interpretación de apatridia originaria en la línea fijada por las resoluciones de la DGRN a las que nos hemos referido.

Planteaba al inicio del trabajo si hemos de cambiar los puntos de conexión de nuestras normas, pero realmente parece mucho más sencillo plantear interpretaciones extensivas del articulado actual teniendo eso sí en mente que el objetivo es la protección del menor y la reducción de la apatridia de los menores.

Creo que acertadamente el Tribunal protegió a la menor concediéndole la nacionalidad española y que no vulneró ni forzó el ordenamiento jurídico español al hacerlo. Las obligaciones internacionales que tiene suscritas España y que la vinculan en la protección de los menores y de los apátridas especialmente, junto con el hecho de que el interés superior del menor no es un mero principio⁵³ sino una norma de imperativo cumplimiento para el operador jurídico, impelen a entender que las resoluciones vistas en el caso de Carlota (y también en el posterior de Anna) responden a la búsqueda de una justicia material real para estos niños invisibles.

No hay mucho margen para el optimismo. Si en mayo recaía la SAP SS 203/2022, en junio se conocía que la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública había dado el orden por escrito a la Abogacía del Estado de presentar un recurso de casación ante el Tribunal Supremo para tratar de revocar la sentencia de la Audiencia, aunque unos días más tarde el Gobierno tomó la decisión política de no recurrir y permitir que la sentencia fuera

⁵² Planteamiento similar es el de J. A. NAVARRO MANICH, L. LOZANO GARCÍA, *El derecho de los “niños invisibles” a su inscripción*, cit., p. 30, que hablan de una aplicación analógica en el sentido del artículo 4.1 CC («Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón»).

⁵³ No debemos olvidar que la modificación de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015, p. 8222 y ss., supuso que la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor modificara su art. 2, incorporándose así el principio del interés superior del menor en el articulado, de modo que se ha plasmado en una norma imperativa de obligado cumplimiento dicho principio general, vinculando por tanto desde su entrada en vigor y de forma directa al juez en toda toma de decisiones que puedan afectar al menor, como pone de relieve J. M. DE TORRES PEREA, *Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial*, en *Diario La Ley*, N.º 8737, Sección Doctrina, 8 de Abril de 2016.

firme⁵⁴. Queda la duda de si esta sensibilidad política será puntual o permanente, ya que no dudamos de que tendremos ocasión de conocer asuntos similares al de Carlota o Anna.

4.2. *Anna*⁵⁵

También Anna nació en tránsito, en su caso en un hospital de Orán (Argelia), mientras su madre migraba hacia España desde su Camerún natal. Desde allí ambas cruzaron en patera hasta Almería y de ahí a Montilla (Córdoba). Su nacimiento no se inscribió en ningún registro, ni quedó constancia documental de su llegada a este mundo a pesar de que nació en un centro médico y de que Argelia era Estado Parte de la Convención de los Derechos del Niño desde 1993⁵⁶, y que por tanto y de acuerdo con el art. 7 debería haberla inscrito al nacer⁵⁷.

Como en muchos otros casos, Anna entró en el colectivo de “niños invisibles”.

Sin embargo y a diferencia del resto de menores invisibles, un juez de Montilla (Córdoba) decidió acordar su inscripción cuando contaba con 19 meses de edad en el Registro Civil español pese a nacer en Argelia. Ha sido una decisión pionera como destacan tanto el Consejo General de la Abogacía como la Fundación Emet Arcoiris⁵⁸ ya que ha sido la primera vez que un juez reconoce el derecho a una identidad oficial a una menor de edad migrante que había nacido en el tránsito migratorio.

Atendiendo a los hechos, no podemos dejar de observar que el nacimiento de un menor es objetivamente un hecho inscribible⁵⁹, aunque también lo es que en este caso los afectados son extranjeros al no ser ni la madre ni Anna nacionales y que además el parto ha acaecido también en el extranjero. Por tanto, el Registro al que debería haber accedido este nacimiento debería ser bien el del lugar donde nació Anna, esto es Argelia, o bien el Registro Civil de Camerún al ser nacional de este Estado la madre de Anna⁶⁰.

El acceso al Registro Civil español está previsto para los hechos inscribibles que o bien sucedan en territorio español o bien afecten a nacionales españoles en el extranjero⁶¹. La idea

⁵⁴ Vid. ABC, *El Gobierno recurrirá ante el TS la nacionalidad concedida a una niña nacida en tránsito migratorio* en https://www.abc.es/sociedad/abci-gobierno-recurrira-ante-nacionalidad-concedida-nina-nacida-transito-migratorio-202206101343_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F y ELDIARIO.ES, *El Gobierno desiste de recurrir ante el Supremo para revocar la nacionalidad a una niña nacida en el tránsito migratorio*, en https://www.eldiario.es/euskadi/gobierno-ordena-recurrir-supremo-revocar-nacionalidad-nina-nacida-transito-migratorio_1_9071250.html

⁵⁵ La elección del nombre es ficticia por parte de quien suscribe sin otra coincidencia con la realidad salvo el sexo femenino de la menor.

⁵⁶ España también es parte desde 1990 Vid. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>.

⁵⁷ Convención Derechos del Niño artículo 7: 1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

⁵⁸ La Fundación Emet Arcoiris está integrada en el Programa Ödos al que anteriormente hemos hecho referencia. Para más información sobre las acciones llevadas a cabo por esta entidad consultar <https://fundacionarcoiris.org>.

⁵⁹ Vid. en este sentido el Art. 4 Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-12628#a4>.

⁶⁰ Camerún también es un Estado Parte de la Convención de los Derechos del Niño desde 1993.

⁶¹ Así deberían inscribirse de acuerdo con el art. 9 Ley 20/2011 del Registro Civil, «los hechos y actos inscribibles que afectan a los españoles y los referidos a extranjeros, acaecidos en territorio español. Igualmente, se inscribirán los hechos y actos que hayan tenido lugar fuera de España, cuando las correspondientes

de inscribir hechos de extranjeros acontecidos en el extranjero parece escapar del planteamiento inicial dibujado por el art. 9 Ley 20/2011 del Registro Civil (en adelante LRC).

Sin embargo, en el Auto se afirma expresamente que “el Encargado que dicta la presente resolución considera que debe practicarse en el Estado español la inscripción inmediata del nacimiento y que el primero tiene competencia para ejecutar el asiento registral en los libros a su cargo [...] Dado que la niña, que vive en España, demanda al Estado español ser inscrita por éste, el Estado, por ser parte en los Convenios ya citados, y ser el país donde vive una niña que tiene derecho a ser registrada de inmediato y no ha sido registrada, debe cumplir la prestación imperativa que nace del derecho de la niña como ser humano; no puede eludir dicha obligación, so pena de quebrantar de forma flagrante un derecho humano tan elemental. De otra forma, no se satisfaría la obligación positiva (prestacional) de dar a los niños sin distinción de su nacionalidad ex artículo 14 CE la protección prevista por las normas internacionales que velan por sus derechos, ya que se le obligaría a demandar su nacionalidad en alguno otro de los dos Estados ya citados (únicos con los que se aprecia vinculación jurídico-material) y el Estado Español actuaría de la misma forma negligente en que ya había incurrido el Estado de Argelia, por no inscribir a la niña pese a nacer en su territorio”⁶².

Más fácil parece acudir al apartado 2 del artículo 48 LRC⁶³ para justificar esta inscripción añadiendo incluso la misma óptica de los derechos humanos, ya que como menor no inscrita la niña no existe para el derecho, ni es reconocida por ningún Estado como nacional, por lo que de nuevo quedaría como apátrida.

En cualquier caso, es un primer paso el que representa este Auto al inscribir en el Registro Civil español el nacimiento de Anna a pesar de haberse producido en Argelia, de madre camerunesa, sin que existiera prueba documental que registrara ese nacimiento.

5. Conclusiones

Creo que la situación actual en la que vivimos con crisis migratorias crónicas y continuas van a seguir creciendo de manera exponencial. El que los menores migrantes no disfruten de una nacionalidad o de acceso a los registros para contar con documentación que acredite su nacimiento es una medida de desprotección que no casa con la ingente legislación sobre protección de menores que nos hemos dispensado en los últimos cincuenta años. En el siglo del derecho puerocéntrico nos hemos olvidado de los niños, y somos incapaces de ver a los “niños invisibles”. Menores migrantes van a seguir llegando a España. ¿Vamos a querer verlos o vamos a dejar que sigan siendo invisibles?

A pesar de aplicar las mismas normas que fiscalía alegaba, dos jueces han demostrado que es posible otra interpretación, mucho más volcada en la protección de los menores y en

inscripciones sean exigidas por el Derecho español». Lo que supone que se inscribirán los nacimientos de todos los españoles, sea cual fuere el lugar de su nacimiento y todos aquellos nacimientos que hayan acontecido en territorio español.

⁶² Tenor literal del Auto. En el mismo sentido se expresa J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Niño nacido en Argelia de madre camerunesa y no inscrito en el Registro civil de ningún país: ¿cuándo un ser humano es una persona para el Derecho internacional privado?*, en *Acursio Dip-Blog*, de 6 de enero de 2022.

⁶³ Artículo 48. Menores abandonados y menores no inscritos. 2. El Ministerio Fiscal promoverá igualmente la inscripción de menores no inscritos.

la erradicación de la apatridia. Otorgarles la nacionalidad del Estado de acogida y dejar de ser apátridas es un modo de conseguir la protección para estos menores, ya sea a través de una interpretación extensiva de los artículos bien removiendo o creando nuevas normas mucho más vinculado al interés superior del menor sobre todo cuando se predica sobre menores.

*De parvis grandis acervus erit*⁶⁴, tal vez de estas dos pequeñas victorias nazca algo grande que torne en visibles a todos los niños invisibles de este mundo.

ABSTRACT: *Nationality as a protection measure for migrant children*

The legal regime of personal status is not always adapted to the current reality. It does not always reflect a way of perceiving nationality and does not always allow it to be used for the protection of a higher good and, in particular, of migrant minors.

This article will analyse two judgments handed down in Spain in relation to two cases of children born in transit who did not manage to acquire the nationality of either their country of origin or their receiving country.

⁶⁴ Que significa «De las cosas pequeñas se hacen las cosas más grandes».



FABRIZIO TIGANO*

LA TUTELA PROCESSUALE DELL'IMMIGRATO

SOMMARIO: 1. Premessa metodologica: le garanzie costituzionali dello straniero e dell'immigrato. – 2. Cittadinanza e persona nella Costituzione italiana: il nucleo di diritti garantiti. – 3. Il diritto alla difesa riconosciuto all'immigrato. – 4. L'avvento della CEDU ed il suo impatto sul tema. – 5. Gli artt. 111 e 113. – 6. Le tutele alla prova dei processi: i problemi più rilevanti, in particolare quelli emersi in sede penale. – 7. segue: questioni concernenti altri processi. – 8. L'effettività della tutela: il caso del Tribunale di Bari. – 9. - segue: la tutela dinanzi al giudice amministrativo: un caso paradigmatico. – 10. Conclusioni.

1. Premessa metodologica: le garanzie costituzionali dello straniero e dell'immigrato

Da tempo le emergenze umanitarie si susseguono ed impongono una nuova riflessione sul tema dei diritti dei migranti, in quanto persone prima ancora che cittadini¹.

Se, su un piano di assiologia generale costituisce un dato acquisito l'importanza della salvaguardia dei diritti fondamentali – con particolare riferimento ai diritti sociali – a prescindere dalle “latitudini” dei soggetti che anelano alla loro garanzia e protezione, occorre dire che il dibattito – anche quando scevro da prese di posizione politiche, nazionaliste e talora anche populistiche – non sempre segue traiettorie lineari².

*Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Messina.

¹ AA.VV., *Diritto degli immigrati e diritto dell'immigrazione*, a cura di M. IMMORDINO E C. CELONE, in *Nuove autonomie* 2/2013; AA.VV., *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, a cura di G. VERDE E A. GENNA, Torino 2012; F. TIGANO, *Diritti sociali, cittadinanza ed immigrazione. È ancora attuale il tradizionale concetto di cittadinanza?*, in AA.VV., *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, a cura di F. ASTONE A. LUPO V. PRUDENTE A. ROMEO, Napoli, 2019, p. 277 ss.; ID., *Attuali profili evolutivi del rapporto tra Cittadinanza e Immigrazione*, in AA.VV., *Narrare le migrazioni. Tra diritto, politica ed economia*, a cura di S. MAZZONE, Acireale 2018, p. 443 ss.; ID., *Cittadinanza e democrazia in Europa: il diritto positivo tra forma giuridica e costituzione materiale. Profili amministrativi*, in www.giustamm.it, 2017.

² Per tutti, si rinvia ad A. RUGGERI, *Editoriale. Emergenza sanitaria e tutela dei diritti sociali*, in www.dirittiregionali.it, 23 aprile 2022; ID., *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in *Consulta on line*, fasc. 2/2016; ID., *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come “sistema” (Notazioni di metodo)*, *ibidem*, fasc. 2/2015.

Le ragioni dell'economia, le risorse scarse in tempo di crisi, i problemi legati agli incombenti quanto reiterati allarmi pandemici, indubbiamente incidono, seppure in varia misura, sulla lucidità con la quale vengono affrontate le complesse problematiche che pongono le imponenti migrazioni, soprattutto quelle di matrice subsahariana, cui, non sempre le amministrazioni di pubblica sicurezza riescono a dare riscontri adeguati che non siano quelli dell'intervento emergenziale (salvataggio in mare, sbarco in porto sicuro)³.

Al fondo delle difficoltà che si registrano nell'organizzare ed attivare adeguate procedure di riscontro agli imponenti fenomeni migratori dell'ultimo decennio, si rinvencono considerazioni affatto in linea con i valori della solidarietà, prevalendo, in tempo di crisi planetaria, una lettura cinica e spassionata del fenomeno che conduce ad atteggiamenti di disinteresse, se non di vera e propria chiusura, al limite del *mors tua vita mea*.

Si oscilla, così, da letture "pietiste", ispirate ad una misericordia (a volte di facciata, comunque) contingente e non istituzionalmente strutturata, a letture "disincantate", laddove si prende atto del fatto che, sullo sfondo, si profila, se non uno scontro di civiltà, una nuova *koinè* che comporta un impegno economico, politico e sociale che l'Italia – ma non è da meno la Spagna – non può affrontare da sola (dato certo ed indiscusso, cui non sempre seguono iniziative concrete a livello comunitario), mettendo in discussione, in ultima analisi, la vigenza e l'effettività dei diritti fondamentali⁴.

Il pendolo dell'intervento umanitario e, più in generale, della comprensione, dell'analisi e dello studio del fenomeno migratorio, oscilla, così, dallo *zenit* al *nadir*, dando la sensazione che le politiche in materia – anche quelle dell'Unione europea – siano fragili ed instabili, molto più di quel che ci si aspetterebbe in nome dei valori fondanti interni (soprattutto in ossequio ai valori costituzionali) ed eurounitari. Si assiste, così, a "spinte" e "controspinte" che, sull'onda delle suddette fragilità ed incertezze, hanno finito per caratterizzare lo *status* di cittadino e lo stesso concetto di cittadinanza, ponendo in discussione la rilevanza antropologica della *persona*.

Il presente saggio non si propone l'obiettivo di "raddrizzare" l'asse di un discorso spesso spinto verso chine inusitabilmente deviate, né di seguire le orme di quello che – *absit iniuria* – è il percorso dell'aiuto contingente: lo scopo ultimo, muovendo dai principi fondamentali interni e comunitari, è quello di verificare in concreto, sulla scorta di una pur rapida ricognizione normativa e di una esemplificativa casistica giurisprudenziale, cosa davvero *siamo* e quali sono le politiche e gli interventi *esigibili* sul piano giuridico.

Pur con la consapevolezza che molte riflessioni sono di comune percezione e condivisione, in tesi, si stima di porre in evidenza l'essere e il *dover essere* sottesi ad una problematica la cui vastità e le cui intersezioni sono particolarmente numerose, diluendo, così, l'assiologia di fondo che dovrebbe guidare ogni scelta, in un mare di buone e (talora anche) cattive intenzioni.

³ Sul punto, lucide riflessioni sono condotte da M. IMMORDINO, *Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti fondamentali degli immigrati*, in www.federalismi.it, ove si analizzano gli effetti delle crisi economiche e pandemiche in primo luogo il sensibile ridimensionamento dell'offerta dei servizi socio-sanitari, con ricadute immediate sui fenomeni migratori. Viene evidenziato, in particolare, come la riduzione di tali servizi, incida profondamente sull'effettività dei diritti sociali e costituisca, nel contempo, un deterrente all'arrivo di nuovi migranti ed un espediente per indurre quelli già presenti ad abbandonare il territorio italiano.

⁴ A. RUGGERI, L. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (Prime notazioni)*, in *Pol. Dir.*, 1991; G. LA PIRA, *Il valore della persona umana*, Firenze, 1962.

2. Cittadinanza e persona nella Costituzione italiana: il nucleo di diritti garantiti

In sede di Assemblea costituente il dibattito fu vivo ed il confronto talora serrato, tuttavia con risultati, infine, alquanto modesti: alla cittadinanza ed alla condizione dello straniero non vennero dedicate norme specifiche, ancorchè (fosse e) sia tuttora indiscussa l'applicazione, in specie, degli artt. 2 e 10 della Carta⁵.

L'art. 2 incorpora la clausola fondamentale che contempla i «diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo che nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, nonchè agli inderogabili doveri di solidarietà economica, politica e sociale». Tale clausola, in correlazione con l'art. 10, assume nuova e più consistente luce, allargandosi senza dubbio alla condizione dello straniero. L'art. 10, infatti, non solo detta il principio per il quale «l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», ma rinvia ad una legge che, in conformità alle norme ed ai trattati internazionali, regoli la condizione giuridica dello straniero. Quando a questi sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, fermo restando il divieto di estradizione per reati politici.

Si tratta di due norme sulle quali l'analisi dottrinale e giurisprudenziale si è sviluppata su traiettorie non sempre coordinate e lineari, le quali hanno, però, infine, trovato una saldatura sull'idea che lo straniero, cui è equiparato l'immigrato (a prescindere dagli adempimenti amministrativi in sede di ingresso nel Paese, che non incidono sulla qualificazione, ma sulla possibilità di entrarvi, risiedervi, lavorare, avere assistenza sanitaria, godere del diritto di voto, fino alla *vexata quaestio* del c.d. *ius soli*) per il solo fatto della sua ontologica esistenza, non può essere spogliato dei diritti fondamentali che ai cittadini, oggi interni e comunitari, vengono riconosciuti, talora nei limiti del diritto internazionale, talaltra a prescindere da esso.

La Corte costituzionale è stata più volte chiamata ad esprimersi in merito alle diverse normative che hanno provato a delineare in modo coerente la obiettiva condizione dell'immigrato; nelle valutazioni condotte, invero, anche al lume delle contingenti prospettive di carattere storico-politico, i flussi migratori hanno ripetutamente richiamato l'attenzione del legislatore, delle amministrazioni pubbliche competenti in materia e della stessa Corte, su problematiche interne di latitudine non pienamente coincidenti con i temi della solidarietà e della tutela dei diritti fondamentali, soprattutto laddove ci si è interrogati sugli effetti dei fenomeni migratori con riferimento all'integrazione di popolazioni di diversa cultura ed alle ricadute in tema di lavoro, sicurezza e ordine pubblico⁶.

⁵ Cfr. G. DOSSETTI, in AA.VV., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, a cura del Segretariato generale della Camera dei Deputati, Roma 1971; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano 2012; ID., *Solidarietà*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, diretto da S. Cassese, VI, Milano 2006, p. 5624 ss.; G. PECES BARBA MARTINEZ, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano 1993; C. AMIRANTE, *Diritti dell'uomo e sistema costituzionale: un futuro dal cuore antico? Introduzione* a E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, Torino 1998; N. LIPARI, *La cultura della solidarietà nella Costituzione italiana*, in *Parlamento*, 1989 n. 12; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli 1972.

⁶ N. PARISI, *Libertà fondamentali della persona e diritto alla sicurezza: spunti per una riflessione critica a partire dalla politica europea in materia di immigrazione*, in AA.VV., *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, a cura di T. RAFARACI, Milano 2017, p. 327 ss.; E. CASTORINA, *Diritto alla sicurezza*,

Non è possibile, in questa sede, anche in ragione del tema oggetto di trattazione, ripercorrere gli orientamenti espressi, via via, dalla Corte costituzionale.

Si stima utile evidenziare da subito come la giurisprudenza, fin dal 1984, sia costante nell'inverare la *ratio* del principio del giusto processo «nella partecipazione dei legittimati ad agire e contraddire all'esercizio della funzione giurisdizionale», inserendolo, nel contempo, in un contesto di livello internazionale, con espresso riferimento alla posizione dei cittadini stranieri extracomunitari, dentro la cui categoria stanno i migranti, che, in fin dei conti, ne costituiscono una *species* del tutto peculiare⁷.

In linea più generale, del resto, costituisce di pacifica ed indiscussa acquisizione l'esistenza di un nucleo di diritti che la Corte ritiene inviolabile per qualsiasi individuo (quindi, anche per l'immigrato), ossia: a) il diritto alla vita; b) il diritto al decoro, all'onore, alla riservatezza, all'intimità e alla reputazione; c) il diritto alla libertà personale (si pensi ai limiti della carcerazione preventiva e al divieto di estradizione per reati politici; d) il diritto alle prestazioni sociali, quanto meno per gli stranieri residenti stabili; e) il diritto alla segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione; f) il diritto di associazione; g) il diritto di professare liberamente la propria religione, pur nei limiti dell'art. 19 Cost.; h) il diritto di manifestazione del pensiero, nei limiti dell'ordine pubblico costituzionale; i) il diritto alla famiglia, all'integrità e alla ricostituzione del nucleo familiare; l) il diritto all'integrità sessuale; m) il diritto all'abitazione sociale per i soggiornanti di lungo periodo; n) il diritto di asilo politico; o) il diritto all'istruzione primaria e agli asili nido senza discriminazione; p) il diritto all'espletamento del servizio civile⁸.

Si tratta di un “catalogo” costruito nel tempo a seguito di numerose pronunce, mediante le quali la Corte costituzionale, in armonia con i principi di diritto internazionale e di rango eurounitario, ha posto una serie di paletti al legislatore in merito alla disciplina da riservare a coloro i quali non godano di alcuno *status civitatis*.

riserva di legge e principio di proporzionalità: le premesse per una democrazia europea, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2003, p. 301 ss.; G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio sui rapporti fra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, Napoli 2010; F. TIGANO, *Organizzazione dell'ordine pubblico*, in AA.VV., *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, a cura di R. CAVALLO PERIN, A. POLICE E F. SAITTA, Firenze, 2016, p. 265 ss.

⁷ Corte cost., 4 maggio 1984 n. 137, in *www.giurcost.org*, secondo cui «il consistente orientamento giurisprudenziale (sentt. 70/1965, 48/1968, 55 e 151/1971, 99/1973)» è «inteso dalla Corte a ravvisare l'oggetto dell'art. 24 Cost. non nella garanzia dell'esercizio dell'azione e della difesa del contraddittore ma nella partecipazione dei legittimati ad agire e a contraddire all'esercizio della funzione giurisdizionale (in tali sensi sono anche l'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva in Italia con l. 4 agosto 1955 n. 848, e la giurisprudenza della Commissione e della Corte previste nell'art. 19 della Convenzione stessa, nonché l'art. 14 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato e aperto alla firma a New York rispettivamente il 16 e 19 dicembre 1966, e reso esecutivo con l. 25 ottobre 1977 n. 881); cfr. anche Corte cost., ord. 29 maggio 2009 n. 170, la quale, in una controversia concernente l'ambito fallimentare, afferma, tuttavia, in termini generali che «può escludersi sia l'irragionevolezza della scelta legislativa sia la violazione del diritto di difesa sia, infine, la violazione della regola del giusto processo garantita dall'art. 111, primo comma, Cost., ove il modello processuale previsto dal legislatore, nell'esercizio del potere discrezionale di cui egli è titolare in materia (da ultimo sentenza n. 221 del 2008), sia tale da assicurare il rispetto del principio del contraddittorio, lo svolgimento di un'adeguata attività probatoria, la possibilità di avvalersi della difesa tecnica, la facoltà della impugnazione – sia per motivi di merito che per ragioni di legittimità – della decisione assunta, la attitudine del provvedimento conclusivo del giudizio ad acquisire stabilità, quanto meno allo stato degli atti».

⁸ Cfr. M. SPASIANO, *Principi recenti e non in tema di immigrazione: gli orientamenti della Consulta*, in AA.VV., in F. ASTONE, V. PRUDENTE, A. ROMEO, A. LUPO (a cura di), *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, Napoli, 2019, p. 271 ss.

3. Il diritto alla difesa riconosciuto all'immigrato

Alla suddetta elencazione appartiene anche il diritto alla difesa giudiziaria, nel cui ambito rientra la possibilità, per l'immigrato, di essere assistito gratuitamente da un legale d'ufficio o di fiducia (dipende dalla condizione economica: solitamente, nei giudizi penali, il legale è nominato d'ufficio, con conseguenze di cui si farà cenno tra poco)⁹.

La sua principale declinazione è la facoltà di agire in giudizio al fine di tutelare i diritti e gli interessi, in sede civile, penale ed amministrativa, dinanzi ad un giudice terzo ed indipendente, tenuto conto, peraltro, che l'art. 2 c. 5 del Testo unico sulla immigrazione riconosce allo straniero «parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge»¹⁰.

Sulla scorta di quanto testè osservato, il numero delle norme costituzionali da tenere in considerazione si estende sensibilmente; occorre, infatti, richiamare:

a) l'art. 24, il quale afferma in termini generali il diritto alla difesa, senza distinguere tra soggetti, perchè «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi». Il collegamento con l'art. 2 è evidente nel successivo inciso, laddove si precisa che «la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento»; in funzione della inviolabilità del diritto alla difesa «sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione»;

b) l'art. 25, a tenore del quale «nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge» oppure «punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso» o, infine, «sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge»;

c) l'art. 26, per il quale «l'extradizione del cittadino può essere consentita soltanto ove sia espressamente prevista dalle convenzioni internazionali», con la precisazione che «non può in alcun caso essere ammessa per reati politici»;

d) l'art. 27, che sancisce la personalità della responsabilità penale, ossia la impossibilità di estenderla oltre l'autore del reato, il quale – come anche prevede l'art. 6 c. 2 della Carta EDU – è innocente fino alla condanna definitiva¹¹. L'intersezione – diremmo meglio: l'assonanza – tra la normativa costituzionale e quella posta dalla Carta EDU è ulteriormente palpabile con riferimento al limite dei trattamenti contrari al senso di umanità ed al principio per cui la pena deve tendere alla rieducazione, con esclusione della pena di morte¹².

⁹ 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 *www.federalismi.it*, n. 17/2017: «Tanto la legislazione ordinaria, quanto la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana convengono sull'applicabilità anche a favore dello straniero delle garanzie costituzionali relative alla tutela della libertà personale (art. 13), nonché al diritto alla difesa (art. 24), segnatamente in relazione ai provvedimenti in materia d'immigrazione, ove trova applicazione anche l'art. 113 della Cost.» (nota 2); G. TROPEA, *Homo sacer? Considerazioni perplesse sulla tutela processuale del migrante*, in *Dir. Amm.*, 2008, p. 839 ss.

¹⁰ Cfr. Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286.

¹¹ «*Non colpevole*» secondo l'art. 27, «*presunta innocente*» secondo la Carta EDU.

¹² Si tratta del principio di prevenzione generale e di quello di prevenzione speciale.

La personalità della responsabilità elimina la possibilità che alcuno venga considerato colpevole a prescindere dalla presenza dell'elemento soggettivo e del nesso di causalità, ossia si trovi a doversi difendere in sede penale da ipotesi di responsabilità oggettiva. Anche qui la storia è Maestra: tanti processi si sono celebrati a carico di soggetti "diversi", i quali avevano l'unico torto di appartenere a certe comunità (non integrate con il resto), di vantare un certo credo politico o religioso (non in linea con quelli comunemente condivisi), a maggior ragione se stranieri o immigrati, come anche appartenenti a razze diverse da quelle "indigene"¹³.

Collegato alla personalità della responsabilità è il principio retributivo, nel senso che la pena va commisurata all'effettiva commissione di illeciti ed alla loro gravità, ovvero a parametri oggettivi, reali e proporzionati. Non sono ammesse, perciò, pene esemplari, sul presupposto che la *retribuzione* consenta la rieducazione dell'imputato in applicazione del principio di prevenzione generale e speciale. Non sono parimenti ammesse pene comminate per ragioni diverse da quelle emergenti dagli atti, ovvero per ragioni di razza, ceto condizioni personali e sociali, opinioni politiche e credo religioso; non esistono, al di là delle oggettive risultanze della istruttoria processuale, presunzioni di colpevolezza.

4. L'avvento della CEDU ed il suo impatto sul tema

Il quadro non sarebbe completo laddove non si facesse cenno ad altra norma altrettanto fondamentale ed assai rilevante in specie, ossia l'art. 6 della CEDU, laddove viene posto il problema dell'equo processo, della sua ragionevole durata, della presunzione di innocenza e delle garanzie processuali dell'imputato in sede di contraddittorio.

Il c.d. *right to be heard* ne è manifestazione imprescindibile.

La giurisprudenza, pur non sempre coerente, ha accolto i principi posti dalla CEDU senza riserve pregiudiziali. Basti rammentare la c.d. "sentenza *De Francesco*" del 2011, secondo cui «la giurisprudenza di questa Corte più recente ed assolutamente maggioritaria ritiene che è possibile, e quindi doveroso, dare alle norme di valutazione probatoria nazionali una interpretazione adeguatrice che le renda conformi alla norma CEDU»¹⁴.

Nella specifica vicenda, si trattava dei problemi inerenti al valore da riconoscere alle dichiarazioni rese da residenti all'estero ed al possibile contrasto tra l'art.111 c. 5 Cost. e l'art. 6 § 3 lett. D) della Convenzione europea sui diritti dell'uomo. Il problema, in estrema sintesi, discendeva dal valore di prova riconosciuto a siffatte dichiarazioni anche quando rese in via unilaterale ed a prescindere da alcun confronto con l'accusato perché non oggettivamente possibile.

Al di là dell'importanza dell'intervento della Corte di Cassazione, a livello comunitario, mentre la Corte di Giustizia, almeno in una prima fase – sicuramente prima del Trattato di Lisbona – ha mostrato una certa timidezza nei suoi arresti giurisprudenziali, non si può dire lo stesso della Corte EDU¹⁵; su quest'ultima, dunque, nel prosieguo, sarà concentrata l'analisi in funzione degli argomenti che verranno affrontati, avendo essa dedicato specifica attenzione al tema della effettività della tutela giurisdizionale,

¹³ Basti ricordare il caso Dreyfuss e quello di Sacco e Vanzetti.

¹⁴ Cass. Civ., SS.UU., 25.110.2010-14.7.2011 n. 27918 (c.d. sentenza *De Francesco*).

¹⁵ Di tale condivisibile avviso è, peraltro, M. INTERLANDI, *Alla periferia*, cit., 9 ss., cui si rinvia.

declinandola in numerosi diritti individuali in grado di incidere, tra l'altro, sui provvedimenti amministrativi in materia di ingresso ed espulsione.

Tale declinazione è, peraltro, figlia del richiamo a norme della CEDU, segnatamente l'art. 13, in forza della quale è stato sancito il dovere dei Paesi membri alla adozione di rimedi caratterizzati da reale effettività per quanto riguarda la tutela degli stranieri, sia nella sede giurisdizionale che in quella amministrativa.

Deve trattarsi di rimedi giurisdizionali, da attivare in sede nazionale, in grado di tutelare satisfattivamente il diritto violato¹⁶.

È necessario, pertanto, che il "push-back" in alto mare non si accompagni alla assenza di misure in grado di consentire allo straniero/migrante di attivare le opportune forme di tutela, soprattutto ai richiedenti asilo¹⁷.

Anche in altri casi, in presenza di misure antiterrorismo, la Corte EDU è intervenuta per riequilibrare situazioni nella quali, in concreto, lo straniero in senso lato era privato della disponibilità dei conti bancari senza avere accesso a forme di tutela effettiva¹⁸, oppure

¹⁶ Il riferimento, come noto, è ai respingimenti in mare, oggetto del giudizio della *Grand Chamber Hirsi Jamaa and others v. Italy* del 23 febbraio 2012 (*Application no. 27765/09*), in fra.europa.eu/en/caselaw-reference/ecthr-application-no-2776509-judgement, laddove era stata sollevata, da parte delle Autorità italiana la violazione degli articoli 3 della Convenzione e 4 del Protocollo n. 4, nonché l'assenza di rimedi in grado di soddisfare il principio posto dall'art. 13 della Convenzione «which would have enabled them to have the above-mentioned complaints examined». La Grande Sezione della Corte svolge un esame accurato della normativa interna, comunitaria ed internazionale per concludere nei seguenti termini: «According to the above-mentioned principles, the Italian border control operation of "push-back" on the high seas, coupled with the absence of an individual, fair and effective procedure to screen asylum-seekers, constitutes a serious breach of the prohibition of collective expulsion of aliens and consequently of the principle of non-refoulement. The contested "push-back" action involved the removal of the applicants on board a military vessel of the Italian navy. Traditionally, ships on the high seas are viewed as an extension of the territory of the flag state. This is an irrefutable assertion of international law, which has been enshrined in Article 92 § 1 of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS). This assertion is even more valid in the case of a warship ... In conclusion, when the applicants boarded the Italian vessels on the high seas, they entered Italian territory, figuratively speaking, ipso facto benefiting from all the applicable obligations incumbent on a Contracting Party to the European Convention on Human Rights and the United Nations Convention relating to the Status of Refugees».

¹⁷ «None of these provisions can reasonably be invoked in order to justify an exception to the non-refoulement obligation and, consequently, to the prohibition of collective expulsion. Only a misconstruction of these norms, which aim to secure the protection of especially vulnerable persons (victims of trafficking, illegal migrants, persons in danger or in distress on the high seas) could justify the exposure of these persons to an additional risk of ill-treatment by delivering them to those countries from which they have fled. As the French representative, Mr Juvigny, said at the Ad Hoc Committee while discussing the draft of the United Nations Convention relating to the Status of Refugees, "there was no worse catastrophe for an individual who had succeeded after many vicissitudes in leaving a country where he was being persecuted than to be returned to that country, quite apart from the reprisals awaiting him there". If there were ever a case where concrete measures for execution should be set by the Court, this is one. The Court considers that the Italian Government must take steps to obtain assurances from the Libyan government that the applicants will not be subjected to treatment incompatible with the Convention, including indirect refoulement. This is not enough. The Italian Government also have a positive obligation to provide the applicants with practical and effective access to an asylum procedure in Italy. The words of Justice Blackmun are so inspiring that they should not be forgotten. Refugees attempting to escape Africa do not claim a right of admission to Europe. They demand only that Europe, the cradle of human rights idealism and the birthplace of the rule of law, cease closing its doors to people in despair who have fled from arbitrariness and brutality. That is a very modest plea, vindicated by the European Convention on Human Rights. "We should not close our ears to it».

¹⁸ Corte EDU, Grande Sezione, *Nada v. Svizzera*, 12 settembre 2012, in [hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-113118"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

era oggetto di espulsione per ragioni sanitarie non sufficientemente approfondite nella sede contenziosa¹⁹.

I casi non sono tutti uguali e su questo la Corte EDU insiste nel richiedere un sindacato sostanzialmente in linea con le regole della Convenzione e dunque un accertamento calibrato sulla specifica questione in esame.

In caso di espulsione e di respingimento, il sindacato richiesto è particolarmente rigoroso e deve risultare nella motivazione della decisione; il bilanciamento degli interessi deve, inoltre, essere condotto tenendo conto che le ragioni fatte valere dal migrante/straniero non possono considerarsi recessive anche rispetto ad interessi inerenti gli interessi e la sicurezza pubblica. Se, cioè, vi sono ragioni di salute o comunque strettamente attinenti alla persona umana – aspetti protetti dalla Carta EDU e dal quadro delle Convenzioni internazionali vigenti – occorre considerarle in termini assoluti²⁰.

Similmente, per quel che concerne il diritto d'asilo le procedure giurisdizionali devono garantire i principi posti dagli artt. 3, 4 e 13, come nel caso, assai noto *Jabari v. Turchia*, tenuto conto dei pericoli derivanti dalla conseguente espulsione di una donna condannata in Iraq alla lapidazione per adulterio ed arrestata all'aeroporto di Istanbul perché in possesso di un passaporto falso. La richiesta d'asilo era stata respinta perché non presentata entro il prescritto termine di cinque giorni dall'arrivo in Turchia, eccezione che, secondo la ricorrente, si poneva in contrasto con l'art. 3 in caso di respingimento verso l'Iran, non avendo, peraltro, questa goduto di una tutela piena ed effettiva in violazione dell'art. 13, considerata la brevità del termine posto e la mancata informazione in merito.

La Corte EDU, in questo particolare caso ha dato ragione alla ricorrente, essendovi un rischio reale che a seguito del rientro in patria la donna sarebbe stata soggetta ad un trattamento contrario ai principi dell'art. 3. Per altro verso, è risultata obiettiva l'assenza di un rimedio effettivo, in violazione dell'art. 13, non essendo stato condotto alcuno scrutinio serio ed approfondito della specifica vicenda, soprattutto in ordine al rischio che la richiedente correva. Sicché, il rimedio giurisdizionale è stato ritenuto insoddisfacente perché inadeguato alla specie²¹.

Da quanto detto pare potersi configurare una applicazione estremamente puntuale e rigorosa delle norme della Convenzione da parte della Corte EDU, la quale si preoccupa essenzialmente che al migrante/straniero sia consentita una tutela piena ed effettiva, anche tenendo conto della specifica condizione in cui questo versa, rispetto alla quale non è possibile – come si legge nella vicenda tra migranti libici e Italia sopra richiamata – “*chiudere gli occhi*”. I principi della Convenzione, cioè, si collocano alla base di una sorta di *actio finium regundorum* atta a definire le latitudini “interne” della sovranità nazionale laddove la protezione dei diritti fondamentali e, in particolare, l'esercizio del diritto alla difesa, siano articolati su procedure non in grado di assicurare tutte le garanzie richieste perché la questione posta sia scrutinata in modo serio ed approfondito, senza, dunque, dare per scontata la prevalenza dell'interesse pubblico, anche quando riguardi la materia sanitaria o la sicurezza pubblica.

Le “*ragioni dell'uomo*”, nella buona sostanza, stanno al centro di una giurisprudenza molto rilevante, la quale si pone l'obiettivo di rendere concretamente vigenti ed “effettivi” i principi della Convenzione, anche a costo di imporre misure in grado di vicariare e correggere le *defaillances* del singolo Stato sotto questo specifico profilo.

¹⁹ Corte EDU, *Yob-Ekale Mwanje v. Belgium*, Application No. 10486/10, 20 dicembre 2011, in www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ectbr-yob-ekale-mwanje-v-belgium-application-no-1048610-20-december-2011.

²⁰ Per ulteriori considerazioni si rinvia ancora all'interessante lavoro di M. INTERLANDI, *Alla*, cit., p.11.

²¹ www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ectbr-jabari-v-turkey-application-no-4003598-11-july-2000.

5. *Gli artt. 111 e 113*

In linea con quanto testè osservato, non pare superfluo rammentare, per quanto riguarda l'Italia, l'inserimento, a partire dal 1999, nel corpo dell'art. 111 della Costituzione del principio del giusto processo, così estendendo in misura rilevante il perimetro dell'assiologia precedentemente incentrata sull'obbligo di motivazione delle sentenze.

In ragione di questo principio, il processo non solo presuppone il rispetto del contraddittorio in condizioni di parità, ma impone che il giudice sia terzo ed imparziale e che il processo abbia una durata ragionevole.

Si tratta di tre aspetti assolutamente fondamentali.

La parità delle parti è anche parità degli interessi che determinano la legittimazione processuale e l'effettiva utilità della decisione resa in relazione alle specifiche situazioni giuridiche soggettive dedotte nel caso di specie. Non vi è, dunque, alcuna cesura qualitativa tra la posizione del ricorrente e quella della eventuale parte pubblica, che non può dunque dedurre un interesse, in tesi, poizore, come tale meritevole di maggiore considerazione.

Tale profilo pare determinante per la tutela dello straniero e, in particolare, del migrante, il quale è esposto sovente a valutazioni (tipicamente quelle inerenti l'ordine e la sicurezza pubblica) rispetto alle quali, ove non protetta, la sua posizione risulterebbe sicuramente recessiva.

Non si è affatto lontani, perciò, dalla posizione espressa dalla Corte EDU nelle decisioni "paradigmatiche" sopra ricordate: il valore della *persona*, grazie al giusto processo finalizzato alla effettiva protezione dell'*uomo*, in un'ottica che certamente privilegia l'essenza dei diritti fondamentali (di cui i migranti sono portatori nella quasi totalità dei casi), non tollera alcuna *deminutio*, se non altro in linea di principio.

Il contraddittorio è altro aspetto *ex se* imprescindibile in ogni procedimento contenzioso o semicontenzioso a contenuto latamente decisorio (si tratti di una procedura amministrativa o a carattere giudiziale), ma che, rispetto allo straniero ed, in particolare, al migrante, assume una doverosità più marcata, se possibile.

E ciò perchè nel contraddittorio non solo le ragioni devono essere tutte esposte liberamente e vagliate opportunamente, ma presuppongono un complesso quadro di garanzie "a monte" in grado di consentire alla parte, in tesi, svantaggiata quanto alla padronanza della lingua o, più in generale, con minore disponibilità economica, istruzione e *last but not least* conoscenza della normativa vigente nel Paese di destinazione, di far valere le proprie ragioni, rappresentando nel migliore di modi possibile i suoi interessi. Vi è, cioè, un problema di *comunicazione* e di *conoscenza* che influisce sulla maieutica dei rapporti tra i soggetti in contraddittorio, declinando non solo il *sein* ma anche il *sollein* delle decisioni amministrative o giurisdizionali riguardanti le specifiche e spesso delicatissime vicende rappresentate - con intuibile fatica - dal migrante.

Questi, invece, deve conoscere i suoi diritti, le procedure cui ha accesso e le ragioni giuridiche che possono trovare accoglimento in relazione alle sue aspettative ed ai suoi interessi. In questo senso, le strutture di accoglienza sono chiamate ad un ruolo delicatissimo: il diritto, infatti, serve a ricomporre gli "squilibri", ovvero a far valere i diritti dei più deboli, a proteggere gli interessi di questi ultimi in relazione agli immanenti ed

indeclinabili principi di solidarietà ed eguaglianza, la cui vigenza ed effettiva applicazione varca i confini nazionali per stagliarsi in ogni Carta che concerna i diritti dell'uomo.

In questo senso, non meno determinante è il terzo aspetto che si è definito fondamentale, ovvero la terzietà ed imparzialità del giudice.

In proposito, occorre ricordare che l'art. 97 della Costituzione italiana impone all'amministrazione pubblica di essere imparziale. Ma l'imparzialità dell'amministrazione è frutto di processo assai complesso, nel senso che si tratta comunque di una parte del procedimento, di un soggetto, ancorchè pubblico, portatore di un proprio interesse, tanto che si è parlato, in specie, di *parte imparziale*: l'ente pubblico, cioè, è vincolato dalla funzione, dalla quale non può in alcun modo prescindere; cionondimeno, gli è richiesto uno sforzo ulteriore nella comparazione degli interessi presenti nel singolo procedimento, tale che, senza obliterare le ragioni pubbliche di cui è portatore, deve opportunamente considerare, nell'ambito della propria decisione - debitamente motivando sul punto - anche gli *altri* interessi²².

Se all'amministrazione si richiede l'assenza di parzialità, al giudice, in qualche misura, si chiede di più: questi, infatti, agisce nell'interesse obiettivo della Repubblica, sicchè, egli, a differenza dell'amministrazione, sarà anche terzo, cioè un soggetto non portatore di alcun interesse nell'ambito della sequenza contenziosa dedotta dinanzi a lui.

Sulla differenza tra imparzialità amministrativa e terzietà del giudice vengono in gioco valori di primario rilievo che, nel caso della Costituzione italiana, si traducono nell'art. 113, il quale impone di assicurare a tutti la protezione giurisdizionale degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi, senza alcuna specifica limitazione.

Ciò nella consapevolezza che le decisioni amministrative sono adottate da soggetti non dotati della *terzietà*, cui, però, è stato imposto il vincolo della *imparzialità*.

Progressivamente si è, poi, manifestato un ulteriore aspetto, non sempre evidenziato, che è quello della tempestività della tutela.

Il giusto processo non solo garantisce il contraddittorio, la parità delle parti e dei rispettivi interessi, l'imparzialità e la terzietà del Giudicante, ma deve avere una durata ragionevole, tale, cioè, da inquinare il valore della tutela in un contesto così temporalmente diluito da renderla pressochè inutile, comunque depotenziandone l'efficacia e quindi anche l'effettività ed utilità delle misure adottate.

È chiaro che questa necessità - pur presente, ad esempio, nei giudizi amministrativi che abbiano ad oggetto i procedimenti di espulsione o il rinnovo del permesso di soggiorno - si palesa con particolare vigore nel processo penale, laddove la tutela della *persona* è intimamente connessa alla chiarezza degli addebiti mossi, alla possibilità di riscontrarli adeguatamente, alla conoscenza delle misure difensive atte a tal fine ed alla necessità che la decisione non intervenga tardivamente.

Non vi è dubbio, dunque, che l'art. 111 della Costituzione, nella sua attuale formulazione, presenti una diretta refluenza sul trattamento processuale dello straniero come del migrante.

6. Le tutele alla prova dei processi: i problemi più rilevanti, in particolare quelli emersi in sede penale

²² U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova 1965; ID., *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, Torino 1993, p. 131 ss.

L'esame normativo condotto contiene gran parte, se non tutte, le problematiche principali concernenti la tutela processuale degli immigrati.

Come si è già evidenziato, il primo problema è costituito, senza ombra di dubbio, dall'*ignorantia legis*. Chi si trova "catapultato" in un ordinamento, spesso molto differente dal proprio, è all'oscuro delle tutele che gli sono riconosciute, sia nella sede procedimentale che in quella processuale. Si tratta di una problematica che incide sull'esercizio di quello che è pacificamente riconosciuto come un diritto fondamentale (il diritto alla difesa), le cui ricadute in tema di "qualità" della vita sono numerosissime. Il migrante, infatti, spesso ignora quali tutele possa chiedere nell'ambito dei procedimenti per ottenere il visto, il permesso di soggiorno, il rinnovo del permesso di soggiorno, il ricongiungimento familiare e poi ancora le connesse problematiche relative alla produzione di reddito lavorativo, la tutela sanitaria, l'istruzione e quant'altro.

L'ordinamento, ovviamente, prevede (*recte*: deve prevedere in base alla Carta EDU ed alla Costituzione) che al migrante vengano fornite le informazioni essenziali in merito, spesso tramite patronati. Va detto, però, che mentre la tutela procedimentale sconta una minore ingessatura ed un formalismo meno esasperato, la tutela processuale sovente incappa nell'ignoranza del migrante il quale o è all'oscuro del diritto riconosciuto o non sa come farlo valere o non riesce a farlo valere per ragioni economiche (proposizione dell'azione, affidamento dell'incarico ad un legale di fiducia anziché ad una difesa d'ufficio, inevitabilmente più "distratta", con il pubblico patrocinio).

Si accompagna a questa prima questione, in molti casi, una "strisciante" sfiducia nei confronti del migrante, vuoi perchè è stato turbato l'ordine pubblico (l'illecito del migrante porta con sé conseguenze di carattere amministrativo assai significativo, ad es., in tema di rilascio e/o di rinnovo del permesso di soggiorno, come si vedrà), vuoi perchè la difesa non è sempre puntuale, vuoi perchè esiste una certa prevenzione nei suoi confronti, spesso inconscia e inconsapevole, talora piuttosto evidente.

Un caso interessante è costituito da una recentissima decisione del T.A.R. del Lazio, laddove si discute della legittimità dell'annullamento di un provvedimento di concessione del permesso di soggiorno frutto di concussione, cui il ricorrente era quasi certamente estraneo (non vi era prova alcuna del suo coinvolgimento, in ogni caso).

Il giudice amministrativo ha rigettato il ricorso sulla scorta di una serie di osservazioni estremamente interessanti, rappresentative degli orientamenti maturati in relazione alla operatività delle garanzie procedimentali e processuali: «Il ricorrente, invero, non tiene conto che la sua presunta estraneità al procedimento penale sotteso al provvedimento impugnato non appare dirimente al fine dello scrutinio della legittimità dell'annullamento d'ufficio del precedente decreto di concessione della cittadinanza e del successivo decreto di diniego, vista la gravità del fatto, relativo a quello che è stato definito una sorta di "mercato" delle pratiche della cittadinanza, in relazione al quale è possibile presupporre l'esistenza di un accordo criminoso e il conseguente coinvolgimento di un gran numero di soggetti a vario titolo interessati». Pertanto, trattandosi di una «concessione radicalmente illegittima del massimo *status* giuridico nazionale, solamente un *contrarius actus* può costituire valido rimedio (T.A.R. Lazio, Sez. V-bis sent. 3170/2022; sez. I-ter, sent. nr. 9069/2021); nel caso di specie l'illegittimità è riconducibile ad un fatto costituente reato, in grado di mettere in pericolo al massimo grado quegli stessi interessi pubblici, presidiati dal complesso di controlli e verifiche rigorose che si impongono nell'esercizio del potere concessorio de quo». Ed infatti, «come è stato sottolineato anche dai precedenti di questa

sezione (*ex plurimis*, T.A.R. Lazio, Sez. V bis, sentenze nn. 1975; 2943; 2945; 3018; 3026; 3471; 5130 del 2022), si ricorda che alla base del provvedimento di cittadinanza vi è una valutazione altamente discrezionale del soggetto pubblico, che pone in essere un potere valutativo che si traduce in un apprezzamento di opportunità in ordine al definitivo inserimento dell'istante all'interno della comunità nazionale, apprezzamento influenzato e conformato dalla circostanza che al conferimento dello *status civitatis* è collegata una capacità giuridica speciale, propria del cittadino, che comporta non solo diritti - consistenti, sostanzialmente, oltre nel diritto di incolato, nei "diritti politici" di elettorato attivo e passivo (che consentono, mediante l'espressione del voto alle elezioni politiche, la partecipazione all'autodeterminazione della vita del Paese di cui si entra a far parte e la possibilità di assunzione di cariche pubbliche) - ma anche doveri nei confronti dello Stato-comunità - consistente nel dovere di difenderla anche a costo della propria vita in caso di guerra ("il sacro dovere di difendere la Patria" sancito, a carico dei soli cittadini, dall'art. 52 della Costituzione), nonché, in tempo di pace, nell'adempimento dei "doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale", consistenti nell'apportare il proprio attivo contributo alla Comunità di cui entra a far parte (art. 2 e 53 Cost.)²³.

In tesi, quindi, si tratta di un procedimento che si differenzia qualitativamente rispetto ai «normali procedimenti concessori, che esplicano i loro effetti esclusivamente sul piano di uno specifico rapporto Amministrazione/Amministrato, l'ammissione di un nuovo componente nell'elemento costitutivo dello Stato (Popolo), incide sul rapporto individuo/Stato-Comunità, con implicazioni d'ordine politico-amministrativo; si tratta, pertanto, di determinazioni che rappresentano un'esplicazione del potere sovrano dello Stato di ampliare il numero dei propri cittadini»²⁴.

Il giudice amministrativo prosegue segnalando che la concessione della cittadinanza è atto di alta amministrazione, frutto di una valutazione di opportunità politico-amministrativa «caratterizzata da un altissimo grado di discrezionalità nella valutazione dei fatti accertati e acquisiti al procedimento: l'interesse dell'istante ad ottenere la cittadinanza deve necessariamente coniugarsi con l'interesse pubblico ad inserire lo stesso a pieno titolo nella comunità nazionale. E se si considera il particolare atteggiarsi di siffatto interesse pubblico, avente natura "composita", in quanto coevamente teso alla tutela della sicurezza, della stabilità economico-sociale, del rispetto dell'identità nazionale, è facile comprendere il significativo condizionamento che ne deriva sul piano dell'agere del soggetto alla cui cura lo stesso è affidato».

In specie, è determinante la rilevanza penale della questione ed il *pactum sceleris* tra numerosi soggetti, il che giustifica la prudenza dell'amministrazione a prescindere dal singolo caso, «non potendosi comunque ammettere che l'incorporazione di un nuovo membro nella comunità nazionale avvenga secondo modalità o procedure criminose, in modo del tutto incompatibile con i valori fondamentali del nostro ordinamento costituzionale»²⁵.

²³ T.A.R. Lazio, Roma, 29 luglio 2022 n. 10802, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁴ Cons. Stato, sez. III, 7.1.2022 n. 104; Cons. Stato, AG, n. 9/1999; sez. IV n. 798/1999; n. 4460/2000; n. 195/2005; sez. I, n. 1796/2008; sez. VI, n. 3006/2011; Sez. III, n. 6374/2018; n. 1390/2019, n. 4121/2021; T.A.R. Lazio, Sez. II *quater*, n. 10588 e 10590 del 2012; n. 3920/2013; 4199/2013.

²⁵ Osserva, ancora, il T.A.R.: «A fronte di un'operazione criminale che ha visto rilasciato lo status della cittadinanza in ragione di un accordo criminale tra un dipendente infedele e altri soggetti, definiti intermediari nella ricostruzione del giudice penale, imponeva all'Amministrazione di ripristinare la legalità mediante l'annullamento delle concessioni, la definizione delle quali aveva costituito la contropartita del compenso illecito versato agli autori dell'operazione illecita. In questo contesto, visti i fatti accertati in sede penale

Ulteriore conseguenza è la irrilevanza di un termine ragionevole per l'attivazione dei disposti procedimenti di secondo grado, non potendosi configurare alcun legittimo affidamento, perchè non in grado di prevalere *“sulla necessità di ripristino della legalità”*. L'accertamento penale, cioè, ha fatto sì che i provvedimenti dell'amministrazione fossero dovuti, dacchè «l'Amministrazione non aveva scelta, non potendosi ammettere la sanatoria di un procedimento la cui definizione ha costituito corrispettivo di un reato ... Il rilascio dello *status* non può essere ammesso al di fuori di un regolare procedimento e ciò nel rispetto dei canoni di legalità dell'azione amministrativa, dell'art. 97 Cost. e del giusto procedimento, che impone di contemperare in ambito amministrativo l'interesse pubblico con quello del privato»²⁶.

Correlata a questa prima difficoltà vi è quella della lingua: il migrante fa solitamente molta fatica, almeno in una prima fase, a capire ed a farsi capire. Questo determina non solo la difficoltà di cui si è detto, ma, in concreto, quella di spiegare i fatti, di comprendere gli addebiti, di essere in grado di sottoporsi, in modo consapevole, ad un interrogatorio e/o ad un controesame.

Da questo punto di vista, come pure segnala l'esperienza maturata (soprattutto in sede penale), non è sufficiente l'ausilio linguistico e la traduzione dell'atto giudiziario che lo riguarda, non solo perchè a volte approssimativa, ma perchè sovente affidata a soggetti che non hanno dimestichezza con il diritto, sicchè la traduzione, pur fedele, non evidenzia gli aspetti davvero rilevanti nella sede giurisdizionale.

Non è un segreto per alcuno, del resto, che il linguaggio giuridico non sia per tutti di agevole ed immediata comprensione; a maggior ragione ciò vale per il migrante cui l'interprete non esperto si limiti alla traduzione, per grandi linee e senza evidenziargli l'utilità di rappresentare (o contestare) un fatto anzichè un altro.

Per rimanere nell'ambito del processo penale, va ricordato l'art. 143 del codice di procedura, a tenore del quale «l'imputato che non conosce la lingua italiana ha diritto di

concernenti sia la funzionaria che ha manipolato le pratiche che gli intermediari identificati che hanno versato il prezzo per l'operazione criminale, la partecipazione o meno del ricorrente alla vicenda è irrilevante, non potendosi ammettere la sanatoria di un procedimento la cui definizione ha costituito corrispettivo di un reato. Definizione che peraltro è avvenuta senza la doverosa istruttoria, visto che infatti al ricorrente lo status è stato rilasciato nonostante i pareri sfavorevoli della Questura e della Prefettura per pregiudizi penali». Sul punto è anche richiamato l'orientamento del Consiglio di Stato, il quale, con sentenza n. 4687 del 09/06/2022 ha affermato: «Invero, se il giudizio penale si appunta, in una dimensione eminentemente soggettiva, sulla condotta dell'autore del reato, in vista di una valutazione di riprovevolezza funzionale alla determinazione della sanzione criminale, il provvedimento viene in rilievo, quale possibile oggetto del potere di riesame, in una prospettiva di carattere squisitamente oggettivo, intesa a verificare se l'assetto regolatorio da esso determinato sia funzionale ad una corretta composizione degli interessi in gioco, secondo la gerarchia degli stessi così come definita dalla norma attributiva del potere e nel rispetto delle modalità di esercizio legislativamente definite: impostazione alla quale aderisce, del tutto condivisibilmente, anche l'Amministrazione appellata, osservando con il provvedimento impugnato che, per i fini in discorso, deve aversi “riguardo esclusivamente ai dati oggettivi relativi al provvedimento di concessione della cittadinanza”. Non è quindi sufficiente, al fine di giustificare l'esercizio del potere di riesame, accertare che il provvedimento che ne costituisce oggetto sia stato lambito da una vicenda penalmente rilevante, dovendo piuttosto verificarsi se essa abbia determinato la deviazione del provvedimento dalla sua funzione tipica, connessa come si è detto all'oggettivo, quanto efficace ed imparziale, perseguimento dell'interesse pubblico cui esso è preordinato».

²⁶ Così ancora T.A.R. Lazio, Roma, 29 luglio 2022 n. 10802, in www.giustizia-amministrativa.it.

farsi assistere gratuitamente da un interprete al fine di comprendere l'accusa contro di lui formulata e di seguire il compimento degli atti di cui partecipa»²⁷.

Riguardo a questa norma va ricordato l'intervento della Corte costituzionale, la quale, con sentenza n. 10 del 1993, sottolineandone la *vis expansiva*, ha affermato che essa vada applicata in correlazione con la normativa internazionale, laddove vale il principio secondo il quale ogni accusato ha diritto di essere informato, nel più breve spazio di tempo, nella lingua a lui nota (e che comprende), in maniera dettagliata della natura e dei motivi dell'accusa rivoltagli²⁸. E ciò a prescindere dal fatto che tale obbligo sia espressamente sancito normativamente, perché ciò non può impedire «l'espansione della garanzia assicurata con l'art. 143 co. 1 c.p.p., in conformità ai diritti riconosciuti dalle convenzioni internazionali, ratificate in Italia e dall'art. 24 co. 2° della Costituzione»²⁹.

²⁷ Recita quanto segue l'art. 143 c.p.p. (cfr. art. 1 c. 1 lett. b, d. lgs. 4 marzo 2014 n. 32): «1. L'imputato che non conosce la lingua italiana ha diritto di farsi assistere gratuitamente, indipendentemente dall'esito del procedimento, da un interprete al fine di potere comprendere l'accusa contro di lui formulata e di seguire il compimento degli atti cui partecipa. Ha altresì diritto all'assistenza gratuita di un interprete per le comunicazioni con il difensore prima di rendere un interrogatorio, ovvero al fine di presentare una richiesta o una memoria nel corso del procedimento. 2. Negli stessi casi l'autorità procedente dispone la traduzione scritta, entro un termine congruo tale da consentire l'esercizio dei diritti e della facoltà della difesa, dell'informazione di garanzia, dell'informazione sul diritto di difesa, dei provvedimenti che dispongono misure cautelari personali, dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, dei decreti che dispongono l'udienza preliminare e la citazione a giudizio, delle sentenze e dei decreti penali di condanna. 3. La traduzione gratuita di altri atti o anche solo di parte di essi, ritenuti essenziali per consentire all'imputato di conoscere le accuse a suo carico, può essere disposta dal giudice, anche su richiesta di parte, con atto motivato, impugnabile unitamente alla sentenza. 4. L'accertamento sulla conoscenza della lingua italiana è compiuto dall'autorità giudiziaria. La conoscenza della lingua italiana è presunta fino a prova contraria per chi sia cittadino italiano. 5. L'interprete e il traduttore sono nominati anche quando il giudice, il pubblico ministero o l'ufficiale di polizia giudiziaria ha personale conoscenza della lingua o del dialetto da interpretare. 6. La nomina del traduttore per gli adempimenti di cui ai commi 2 e 3 è regolata dagli articoli 144 e seguenti del presente titolo. La prestazione dell'ufficio di interprete e di traduttore è obbligatoria».

²⁸ È appena il caso di segnalare che la sentenza n. 10/1993 della Corte costituzionale si rifà all'art. 6 c. 3 lett. A della Convenzione dei diritti dell'uomo (legge 4.8.1955 n. 848) secondo cui «ogni accusato ha diritto (...) a essere informato (...) in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico», nonché con l'art. 14 c. 3 lett. A del Patto Internazionale relativo ai diritti civili e politici (legge 25 ottobre 1977 n. 881) secondo cui «ogni individuo accusato di un reato ha il diritto (...) ad essere informato sollecitamente e in modo circostanziato in una lingua a lui comprensibile della natura e dei motivi dell'accusa a lui rivolta».

²⁹ Cfr. Corte cost., 19 gennaio 1993 n. 10, in www.cortecostituzionale.it: «Nella configurazione del diritto all'interprete, l'innovazione introdotta dall'art. 143 c.p.p. rispetto alla disciplina previgente, pur mantenendo all'interprete le funzioni tipiche del collaboratore dell'autorità giudiziaria, assegna primariamente allo stesso una connotazione ed un ruolo propri di istituti preordinati alla tutela della difesa, nell'ambito di un diritto soggettivo perfetto, direttamente azionabile, in sintonia con i principi contenuti nelle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia in materia di diritti della persona non può pertanto art. 143 configurarsi come norma di stretta interpretazione. Al contrario, trattandosi di una garanzia essenziale al godimento di un fondamentale diritto di difesa, va interpretato come clausola generale, di ampia applicazione, destinata ad espandersi e a specificarsi, nell'ambito dei fini normativi riconosciuti, di fronte al verificarsi delle varie esigenze concrete che lo richiedano. Il diritto all'interprete quindi deve essere estensivamente applicato a tutte le ipotesi in cui l'imputato straniero, ove non possa giovare dell'ausilio dell'interprete, sarebbe pregiudicato nel suo diritto di partecipare effettivamente allo svolgimento del processo penale, in ordine a tutti gli atti a lui indirizzati, sia scritti che orali. Tale garanzia si estende a qualsiasi persona, di qualunque nazionalità, che non risulti essere in grado di comprendere la lingua italiana, tanto se tale circostanza sia evidenziata dallo stesso interessato, quanto se, in difetto di ciò, sia accertata dall'autorità procedente».

La giurisprudenza di legittimità, in specie, quella delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, si è sostanzialmente adattata all'arresto della Corte costituzionale (il che prima non era, essendo inizialmente limitata l'assistenza alla fase orale) ed ha conseguentemente affermato il principio secondo cui l'assistenza deve estendersi agli atti scritti.

Va, in proposito, precisato che l'assistenza dell'interprete non è atto dovuto ed imprescindibile in presenza di uno straniero/immigrato, dovendosi accertare la non conoscenza della lingua italiana. Pertanto, nel caso di un immigrato da tempo residente in Italia si presume una certa sua dimestichezza con la lingua italiana e spetta a lui l'onere di provare il contrario, non valendo la sola affermazione di ignoranza. Siffatto accertamento spetta al giudice di merito, il quale esperirà una indagine a tal fine, a sua volta non censurabile in sede di legittimità se non rispetto ai consueti parametri di correttezza ed esaustività della motivazione.

La mancata traduzione dell'atto, d'altro canto, può consentire alla difesa di eccepire la nullità dello stesso (decreto di citazione a giudizio, avviso di conclusione delle indagini preliminari, informazione di garanzia), con l'eccezione delle misure cautelari.

Ove, dinanzi al Tribunale per il riesame dovesse essere eccepita la nullità per le ragioni anzidette, la misura stessa non decade, ma gli atti tornano al giudice il quale ha emesso l'atto, affinché venga sanato il vizio e si provveda alla traduzione ed alla notifica all'imputato, il quale potrà riproporre istanza al riesame.

L'art. 94 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale dispone, inoltre, che il direttore dell'Istituto penitenziario ove il soggetto sia stato tradotto dovrà a sua volta accertare, tramite colloquio, anche con l'ausilio di un interprete, che il detenuto abbia avuto piena e completa cognizione del provvedimento che lo riguarda, in forza del quale egli si trovi in carcere.

Analoga necessità di traduzione non vi è per il decreto di sequestro.

Per la sentenza, si è ritenuto, almeno in una prima fase che non fosse necessaria la traduzione, potendosi il condannato attivare in tal senso. L'obbligo è stato però affermato dalla Cassazione rinvenendo il principio nella direttiva 2010/64/CE, secondo cui anche le sentenze devono essere tradotte. In giurisprudenza, si segnala un caso peculiare, costituito dall'arresto del soggetto "straniero" e la sua sottoposizione al giudizio direttissimo senza preventivo interrogatorio per la difficoltà di reperire tempestivamente un interprete. In questo caso, si è parlato di forza maggiore.

Sul punto, va ancora ricordata una importante pronuncia della Corte costituzionale, la n. 227 del 2000, rispetto ad una questione di legittimità costituzionale posta in merito all'art. 11 comma 8, della legge 6 marzo 1998, n. 40 (Disciplina della immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), disposizione all'epoca contenuta nell'art. 13, comma 8, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), in riferimento all'art. 24 della Costituzione.

La vicenda riguardava un ricorso, dinanzi al Pretore del luogo, avverso un decreto di espulsione emanato dal Prefetto. Il ricorso era stato proposto tardivamente, ossia dopo un mese dalla comunicazione del decreto, a fronte di un termine, posto dall'art. 13 c. 8 del medesimo decreto, di cinque giorni, ritardo dovuto al fatto che la cittadina straniera aveva avuto difficoltà a comprendere il contenuto dell'atto, poiché in lingua italiana con traduzione in inglese. L'art. 11 l.n. 40/1998 (13 T.U.), al comma 7, prevedeva che «il decreto di espulsione e il provvedimento di cui al comma 1 dell'art. 12 (art. 14 del t.u.), nonché ogni altro atto concernente l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione, sono comunicati

all'interessato unitamente all'indicazione delle modalità di impugnazione e ad una traduzione in una lingua da lui conosciuta, ovvero, ove non sia possibile, in lingua francese, inglese o spagnola».

La mancata previsione della necessaria traduzione nella lingua del paese natale dell'interessato – non semplicemente in una da lui conosciuta – secondo il rimettente era presupposto necessario ed insostituibile per la produzione di effetti del decreto di espulsione, anche perché un simile dettato normativo escludeva un accertamento in concreto, da parte dell'amministrazione, del grado di conoscenza della lingua italiana in capo al cittadino non appartenente all'Unione europea, cittadino obbligato o a conoscere perfettamente la lingua italiana o un'altra lingua, comunque diversa dalla madrelingua.

La traduzione in inglese, francese e spagnolo – in quanto lingue più diffuse a livello mondiale – in tesi, non costituirebbe alcuna effettiva garanzia, non darebbe, cioè, la certezza che l'extracomunitario abbia compreso di che si tratti e quali siano i suoi diritti, giacché la traduzione nella lingua madre è consentita solo “*quando ciò sia possibile*”. Sarebbe, invece, necessario che il decreto di espulsione venisse accompagnato da una traduzione nella sua lingua. Ciò a maggior ragione in relazione al comma 8 dell'art. 11 l. n. 40/1998, il quale non prevede alcun meccanismo di rimessione in termini o di proroga del termine nel caso in cui il provvedimento sia stato notificato allo straniero in una lingua da lui non conosciuta. Diversamente, vi sarebbe la violazione del diritto di azione e difesa (art. 24 Cost.) di fronte ad un soggetto sostanzialmente incolpevole del mancato rispetto del brevissimo termine.

La Corte costituzionale ha giudicato non fondata la questione richiamando, tuttavia, il complessivo quadro normativo, che, a suo avviso, fornirebbe sufficienti garanzie. Ed infatti, ad avviso della Corte, «il sistema legislativo è ... costruito sulla garanzia della piena conoscibilità del contenuto del provvedimento, garanzia necessaria all'effettività del diritto di difesa in giudizio, secondo l'art. 24 della Costituzione, nonché secondo varie disposizioni di accordi internazionali in materia ai quali l'Italia ha aderito (v. art. 1 del protocollo n. 7 alla convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, protocollo adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984, ratificato e reso esecutivo con la legge 9 aprile 1990, n. 98; art. 13 del patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, fatto a New York il 19 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo con la legge 25 ottobre 1977, n. 881)». Ciò giustifica il termine perentorio di cinque giorni, salvo il caso eccezionale di totale incomprensione della lingua impiegata, che – aggiunge ancora la Corte – «non significa affatto – come invece presuppone il giudice rimettente nel proporre la questione di costituzionalità – che essa debba ricadere nella disciplina del termine previsto a pena di decadenza». Ed infatti, “se si tiene ferma l'esigenza che il contenuto del provvedimento sia conoscibile, affinché possano operare le ulteriori scansioni del procedimento previsto dalla legge, ove tale conoscibilità non vi sia occorrerà che il giudice, facendo uso dei suoi poteri interpretativi dei principi dell'ordinamento, ne tragga una regola congruente con l'esigenza di non vanificare il diritto di azione in giudizio»³⁰.

Le applicazioni della giurisprudenza di legittimità sono state, per lo più, coerenti con questo principio e con la necessità che lo straniero extracomunitario, specialmente il migrante, in linea con le Convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo ed oggi anche con la Carta EDU, siano messi in condizione di conoscere le imputazioni e/o gli addebiti, anche amministrativi, ad essi addebitati dall'ordinamento dello Stato che li ospita.

³⁰ Così ancora Corte cost., 19 gennaio 1993 n. 10, in www.cortecostituzionale.it.

Vi è da rilevare, invero, una precisa evoluzione degli orientamenti in parallelo anche al raffinarsi della legislazione ed ai segnalati interventi della Corte costituzionale.

All'inizio degli anni '90, ad esempio, la Cassazione Penale riteneva legittima la notifica all'imputato straniero di un atto redatto in italiano, non rinvenendosi alcuna disposizione che imponesse la traduzione dell'atto, a prescindere dalla conoscenza o meno, da parte di quest'ultimo, della lingua, ma solo la possibilità di farsi assistere da un interprete ai sensi dell'art. 143 c.p.p. per gli atti orali, con l'unica eccezione dell'art. 169 del medesimo codice di rito³¹.

Progressivamente si è andata affermando una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 143 c.p.p. – grazie alla pronuncia n. 10/1993 della Corte costituzionale – il che ha consentito di estenderne gli effetti anche all'ordine di esecuzione della pena detentiva³² e al decreto di citazione a giudizio³³, ma non all'avviso di fissazione d'udienza³⁴, all'ordinanza cautelare³⁵, al decreto di sequestro³⁶ e alla sentenza³⁷, fermo restando che, in tale ultimo

³¹ Cass. Pen., II, 31 gennaio 1991 n. 5908; si veda anche: Cass. Pen., VI, 17 ottobre 1992 n. 9954, secondo la quale non vi è alcuna nullità del decreto di perquisizione consegnato all'imputato senza traduzione nella sua lingua: «L'art. 143 c.p.p., infatti, si limita a prevedere, per l'imputato che non conosce la lingua italiana, il diritto di farsi assistere da un interprete al fine di poter comprendere l'accusa nel momento in cui gli viene formulata, o di poter seguire il compimento di atti nei quali la sua partecipazione è prevista come obbligatoria, né può desumersi dagli artt. 169, comma terzo, stesso codice e 63 D.L.G. 28 luglio 1989, n. 271 (norme di attuazione) un dovere generale di traduzione degli atti scritti da notificare all'imputato che non conosce la lingua italiana».

³² Cass. Pen., I, 7 giugno 2000 n. 3043; Cass. Pen., VI, 5 maggio 1999 n. 5599; la conoscenza della lingua italiana va, comunque, accertata come precisa Cass. pen., III, 23 gennaio 1999, n. 88299.

³³ Cass. Pen., IV, 1 febbraio 2000, n. 1141. Viene, tuttavia, precisato che l'inosservanza dell'obbligo di traduzione «non può tuttavia dar luogo a nullità assoluta e insanabile, ai sensi dell'art. 179, comma 1, c.p.p., ma solo a nullità a regime c.d. «intermedio» soggetta, come tale, alla disciplina di cui all'art. 180 c.p.p.» (sul punto, conformemente, anche Cass. Pen., I, 27 gennaio 1996 n. 825).

³⁴ Cass. Pen., IV, 16 novembre 1999 n. 2203. L'esclusione dell'obbligo di traduzione è motivata dal fatto che l'avviso di fissazione d'udienza non contiene «alcun elemento di accusa ma solo la data dell'udienza fissata per l'esame del gravame proposto dallo stesso indagato o del suo difensore»; cfr. anche Cass. Pen., III 23 maggio 1997 n. 1733.

³⁵ Cass. Pen., V, 4 giugno 1999 n. 2128. L'ordinanza cautelare, infatti, «non contiene, al proprio «interno», dati informativi ovvero mirati avvertimenti in ordine alla esistenza, ed alle modalità di esercizio, di diritto e facoltà dell'indagato, «in relazione» agli effetti dell'atto, cui il difetto della traduzione in lingua si porrebbe come concreto ostacolo. Ciò tanto più nella fattispecie, laddove la misura cautelare risulta aver fatto seguito ad udienza di convalida dell'arresto, sede nella quale i motivi dell'accusa erano stati già resi noti agli indagati che, assistiti dall'interprete, avevano avuto esatta cognizione delle ragioni e della finalità dell'atto»; Cass. Pen., II, 15 marzo 2001 n. 10675; più di recente, Cass. Pen., IV, 11 luglio 2017 n. 33802: «Qualora sia applicata una misura cautelare personale nei confronti di un cittadino straniero che non è in grado di comprendere la lingua italiana, l'omessa traduzione del provvedimento determina la sua nullità (a regime intermedio) solo se la predetta circostanza era già nota al momento dell'emissione del titolo cautelare; laddove invece la mancata conoscenza della lingua italiana emerga nel corso dell'interrogatorio di garanzia, tale situazione va equiparata a quella di assoluto impedimento regolata dall'art. 294, secondo comma, cod. proc. pen., sicché il giudice deve disporre la traduzione del provvedimento coercitivo in un termine congruo, ed il termine per l'interrogatorio decorre nuovamente dalla data di deposito della traduzione, con la conseguente perdita di efficacia della misura in caso di omesso interrogatorio entro il termine predetto, ovvero di traduzione disposta o effettuata in un termine «incongruo»».

³⁶ Cass. Pen., V, 14 settembre 2017 n. 41961.

³⁷ Secondo Cass. Pen., III, ord. 11 marzo 1997 n. 417: «fra gli atti cui l'imputato partecipa seguendone — contestualmente — il compimento, rispetto ai quali l'art. 143 c.p.p. assicura l'assistenza gratuita dell'interprete, non può farsi rientrare la traduzione della sentenza che conclude il giudizio. Fuori da ogni contestualità, infatti, l'interesse a difendersi e quindi ad impugnare non è menomato dalla mancata traduzione della sentenza, a fronte della quale l'imputato, avuta cognizione del dispositivo, ha tutto il tempo per chiedere e ottenere a proprie spese la traduzione della pronuncia notificatagli».

caso, spetta direttamente all'imputato alloglotta la legittimazione a sollevare la sua precipua ed insormontabile difficoltà nella comprensione della lingua³⁸.

Il decennio successivo si apre con la decisione n. 12/2000 delle Sezioni Unite, le quali hanno precisato che gli effetti "operativi" dell'art. 143 c.p.p. sono subordinati al dato obiettivo dell'ignoranza della lingua italiana da parte dell'imputato. Sicchè, laddove quest'ultimo «mostri, in qualsiasi maniera, di rendersi conto del significato degli atti compiuti con il suo intervento o a lui indirizzati e non rimanga completamente inerte, ma, al contrario, assuma particolarmente iniziative rivelatrici della sua capacità di difendersi adeguatamente, al giudice non incombe l'obbligo di provvedere alla nomina dell'interprete, non essendo del resto rinvenibile nell'ordinamento processuale un principio generale da cui discenda il diritto indiscriminato dello straniero, in quanto tale, a giovare di tale assistenza»³⁹.

L'orientamento della giurisprudenza della Cassazione è rimasto sostanzialmente coerente su questi punti fondamentali, ragion per cui la mancata traduzione della sentenza in una lingua nota all'imputato non integra la nullità ex art. 178 c.p.p. laddove la partecipazione al giudizio non ne abbia subito nocimento, essendo stata proposta tempestiva impugnazione e non sia stato rappresentato alcuno specifico pregiudizio⁴⁰.

Si tratta di una lettura "sostanzialistica" che anima anche le decisioni più recenti, nel senso che le garanzie apprestate allo straniero non possono essere omesse in ossequio ai principi posti dalla Corte costituzionale e dalle Convenzioni internazionali vigenti; tali garanzie, nel contempo, non possono tuttavia costituire argomenti meramente formalistici utili solo ad invalidare gli atti processuali compiuti nella piena consapevolezza ed esplicitazione delle garanzie difensive⁴¹.

³⁸ Cass. Pen., II, 4 luglio 2017 n. 32057: «Spetta in via esclusiva all'imputato alloglotta, e non al suo difensore, la legittimazione a rilevare la violazione dell'obbligo di traduzione della sentenza, previsto dall'art. 143 cod. proc. pen. al fine di consentire a detto imputato, che non comprenda la lingua italiana, l'esercizio di un autonomo potere di impugnazione ex art. 571 dello stesso codice».

³⁹ Cass. Pen., SS.UU., 23 giugno 2000 n. 12.

⁴⁰ Cass. Pen., V, 18 ottobre 2018 n. 47534.

⁴¹ Cass. Pen., sez. fer., 4 settembre 2014 n. 44016 (in merito a Trib. Lib. Roma, 27 maggio 2014) afferma il principio secondo cui: «l'accertamento relativo alla conoscenza da parte dell'imputato della lingua italiana spetta al giudice di merito, costituendo un'indagine di mero fatto non censurabile in sede di legittimità se motivato in termini corretti ed esaustivi»; Cass. Pen., V, 7 marzo 2014 n. 32352 (in merito ad App. Bologna, 23 aprile 2012), precisa: «L'obbligo di usare la lingua italiana si riferisce agli atti da compiere nel procedimento davanti all'autorità giudiziaria che procede, mentre per quelli già formati, che vengono acquisiti al processo, si applica la disciplina dettata dagli artt. 143, comma secondo, e 242, comma primo, cod. proc. pen., con la conseguenza che la loro traduzione è obbligatoria solo se l'utilizzazione di essi possa pregiudicare i diritti di difesa dell'imputato e sempre che quest'ultimo abbia eccepito il concreto pregiudizio derivante dalla mancata commutazione linguistica. (In applicazione del principio, la Corte ha escluso che la mancata traduzione in lingua italiana di atti e documenti, tra i quali un interrogatorio, acquisiti nella fase delle indagini a seguito di rogatoria internazionale oggetto di generica indicazione da parte della difesa, e comunque non utilizzati nel corso del processo, costituisce motivo di nullità dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari»; Cass. Pen., VI 22 ottobre 2014 n. 48647 (annullando con rinvio Trib. Lib., Roma, 5 maggio 2014): «L'omessa traduzione dell'avviso di fissazione dell'udienza di riesame in lingua comprensibile all'indagato alloglotta, anche a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 4 marzo 2014 n. 32, non integra alcuna nullità, né con riferimento a tale atto, né con riferimento a quelli da questo dipendenti, poiché l'avviso in questione non è incluso nell'elenco degli atti per i quali l'art. 143, comma 2, c.p.p., come modificato da citato d.lg., prevede l'obbligo di traduzione, né, in linea generale, esplica una funzione informativa in ordine alle "accuse" mosse al destinatario della misura cautelare».

Ovviamente, un simile orientamento – condivisibile in linea di principio – si presta ad applicazioni contingenti, soprattutto nella giurisprudenza di merito, creando oscillazioni che, talora, hanno condotto ad applicazioni poco uniformi di principi condivisi a monte.

7. *Segue: questioni concernenti altri processi*

Atra problematica, che riguarda non solo il processo penale, ma anche quello dinanzi al giudice civile o amministrativo, è collegata alla presenza o meno del migrante (ad es., precedentemente espulso, oppure uscito volontariamente dal territorio dello Stato non riuscendo poi a rientrarvi) e dunque alla possibilità di partecipare (qui ci si riferisce, in particolare, al giudizio penale) al processo, pur non essendo in restrizione di libertà. Molti giudizi, infatti, si svolgono in contumacia. Quando la contumacia non è "volontaria", certamente vi è una lesione evidente al diritto di difesa.

Vi sono alcuni rilevanti risvolti connessi a quanto detto.

Il primo riguarda alcune fattispecie di reato ed il potere di impugnazione.

Esistono, infatti, ipotesi di reato, punite con la sola ammenda (artt. 10 *bis* e 14 d. lgs. n. 286/1998), ricorribili solo per Cassazione. Quando il difensore d'ufficio non abbia il patrocinio presso le giurisdizioni superiori, l'impugnazione presuppone la scelta tempestiva di un nuovo legale, con evidenti problematiche connesse, non ultimo il fatto che l'imputato è sovente irreperibile e quindi non può firmare la procura. Si badi, peraltro, che in Cassazione è normalmente richiesta la procura speciale, sicchè non può utilizzarsi, come avviene nei giudizi dinanzi al giudice civile e penale (non per il giudice amministrativo dove la procura speciale è richiesta già in primo grado), la procura già rilasciata.

Ma vi è di più.

Di regola, il termine per proporre ricorsi ed impugnazioni è più lungo per i non residenti sul territorio.

A titolo esemplificativo, si consideri l'art. 41 co. 5 del Codice del processo amministrativo (C.p.a.), a tenore del quale, il termine decadenziale di 60 giorni per la notificazione del ricorso «è aumentato di trenta giorni, se le parti o alcune di esse risiedono in altro Stato d'Europa, o di novanta giorni se risiedono fuori d'Europa». Tale disposizione, peraltro, è stata ritenuta non trova sede nel rito accelerato in materia di contratti pubblici, laddove il T.A.R. Toscana – sulla scorta di una giurisprudenza consolidata – ha recentemente statuito che «non è applicabile ai giudizi in materia di affidamento dei contratti pubblici il termine di impugnazione prolungato per le notifiche all'estero ex art. 41, comma 5, del Codice del Processo Amministrativo, poiché il cd. "rito appalti" costituisce un procedimento speciale caratterizzato da particolari esigenze di celerità processuale e non presenta peculiari modulazioni derivanti dalla residenza all'estero di una o più delle parti in causa»⁴².

Se è vero che il termine per la proposizione delle azioni e delle impugnazioni è sovente più lungo nel caso di stranieri non residenti, occorre, d'altro canto, rammentare le difficoltà connesse al rilascio della procura.

È nulla, infatti, la procura alle liti rilasciata all'estero dal ricorrente, laddove priva della legalizzazione da parte dell'Autorità diplomatica italiana competente. Il rilascio della

⁴² T.A.R. Toscana, 17 gennaio 2022 n. 31, in www.giustizia-amministrativa.it.

procura all'estero può, infatti, avvenire mediante atto con sottoscrizione legalizzata dalle rappresentanze diplomatiche o consolari ivi esistenti (ai sensi dell'art. 33 D.P.R. 445/2000) ovvero, per gli Stati aderenti alla Convenzione dell'Aja del 5.10.1961 (resa esecutiva in Italia con legge 1253/1966), mediante atto con sottoscrizione autenticata dal notaio e munito della formalità della cd. *apostille*, da apporre sull'atto stesso o su di un suo prolungamento utilizzando il modello regolato in calce alla Convenzione stessa. Perciò, se lo straniero si trova sul territorio nazionale può conferire procura al difensore, con autentica delle sottoscrizioni; diversamente, laddove si trovi all'estero, ha l'obbligo di rilasciare la procura presso l'autorità consolare del Paese in cui è stato rimpatriato. La nullità della procura alle liti con sottoscrizione autenticata dal difensore, pertanto, sussiste solo se sia accertato che al momento del rilascio lo straniero si trovasse all'estero⁴³.

I principi posti, in sintesi, sono i seguenti:

- ai sensi della convenzione sull'abolizione della legalizzazione di atti pubblici stranieri, adottata a l'Aja il 5 ottobre 1961 e ratificata dall'Italia con L. 20 dicembre 1966, n. 1253, la dispensa dalla legalizzazione è condizionata al rilascio, da parte dell'autorità designata dallo Stato di formazione dell'atto, di apposita *apostille*, da apporre sull'atto stesso, o su un suo foglio di allungamento, e secondo il modello allegato alla convenzione, con la conseguenza che, in assenza di tale forma legale di autenticità del documento, il Giudice italiano non può attribuire efficacia validante a mere certificazioni di cancelleria dell'ufficio di provenienza dell'atto⁴⁴;

- con riguardo a procura alle liti rilasciata all'estero, il requisito della legalizzazione da parte di autorità consolare italiana (di cui alla L. 4 gennaio 1968, n. 15, art. 15, oggi sostituita dal D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, in tema di documentazione amministrativa), non è richiesto ove la procura medesima sia stata conferita a mezzo di notaio in Paese aderente alla convenzione de l'Aia del 5 ottobre 1961, resa esecutiva in Italia con la L. 20 dicembre 1966, n. 1253, poiché il relativo atto, di natura sostanziale, rientra tra quelli per i quali detta convenzione ha abolito l'obbligo della ricordata legalizzazione, nel senso che oggi è sufficiente la formalità della *apostille*⁴⁵.

La legalizzazione da parte dell'ufficio di rappresentanza diplomatica Italiana competente è adempimento obbligatorio in attuazione del combinato disposto degli artt. 33 dpr 445/2000 e art. 52 co 1 lett. F d.lgs 71/2011 e non ammette eccezioni.

Ciò costituisce una ulteriore, a volte insormontabile, difficoltà nel proporre ricorso o impugnazione della decisione di primo grado da parte dell'immigrato espulso, il quale, prima ancora di essere assente in giudizio (il che è irrilevante dinanzi ai Tribunali Amministrativi ed al Consiglio di Stato), deve rilasciare la procura in forma chiaramente "aggravata" (e soprattutto deve esserne consapevole)⁴⁶.

8. L'effettività della tutela: il caso del Tribunale di Bari

⁴³ Cass. Civ., ord., 8 marzo 2012 n. 3675; ID., 5 maggio 2006, n. 10312; ID., 29 aprile 2005, n. 8933; ID., 12 luglio 2004, n. 12821; ID., 25 agosto 1997 n. 7943.

⁴⁴ Cass. Civ., 28 marzo 2003 n. 4742.

⁴⁵ Cass. Civ., 23 gennaio 2004 n. 1244.

⁴⁶ Ad es., secondo Cass. Pen., III, 9 aprile 2018 n. 15773: «non deve essere tradotta nella lingua conosciuta dall'indagato alloglotta né la procura speciale, né l'istanza redatta dal procuratore speciale contenente le condizioni per l'accordo ex art. 444 cod. proc. pen., in quanto l'obbligo di traduzione previsto dall'art. 143 cod. proc. pen. è riferito agli atti compiuti nel processo da parte del p.m. e dal giudice».

Vi è, poi, il tema della effettività delle tutele giurisdizionali e procedurali.

Un caso che vale la pena di ricordare, esaminato dal Tribunale di Bari, riguarda una cittadina nigeriana cui la Commissione Territoriale – a ciò, come noto, competente in via amministrativa – aveva negato la protezione internazionale quale vittima di violenza, non concedendo lo *status* di rifugiato o, in subordine, la protezione sussidiaria dell'asilo costituzionale o della protezione umanitaria⁴⁷.

Il Tribunale apre la decisione sancendo la irrilevanza dell'audizione diretta della donna, essendo state però prodotte in giudizio le risultanze a verbale delle «articolate dichiarazioni rese dinanzi alla Commissione territoriale, sufficientemente ampie e adeguatamente illustrative dei motivi dell'invocata protezione». La c.d. legge “Minniti”, infatti, n. 46 del 2017, «non impone l'udienza pubblica e il rinnovo dell'audizione, la cui necessità va opportunamente vagliata caso per caso», in aderenza alla sentenza Sacko del 26 luglio 2017 della Corte di Giustizia⁴⁸, essendo lo scopo quello di garantire al ricorrente un “rimedio effettivo”, ai sensi dell'art. 47 della Carta di Nizza⁴⁹.

Ricostruita la storia della richiedente, il Tribunale ravvisa la presenza dei presupposti per la protezione ex art. 7 d. lgs. n. 251/2007, ossia dello *status* di rifugiata. A tal proposito, richiama il rapporto “*indifesa*” di *Terre des Hommes*, donde risulta che molte giovani donne nigeriane arrivate in Italia, anche minori non accompagnate, sono vittime di tratta di adolescenti. Fa, poi, riferimento al rapporto dell'Organizzazione Mondiale per le Migrazioni (Oim) secondo cui «l'80% delle migranti nigeriane arrivate via mare nel 2016 sia probabile vittima di tratta destinata allo sfruttamento sessuale in Italia o in altri Paesi dell'Unione europea».

L'esame condotto è particolarmente attento.

Per quel che qui interessa, ancora il Tribunale riconosce la «coerenza intrinseca del racconto» ed il tenore delle dichiarazioni «in linea con le fonti interne ed internazionali sulla tratta delle donne nigeriane». Pertanto, «diversamente da quanto sostenuto dalla Commissione ... il racconto reso dalla ricorrente appare credibile, e comunque si deve ritenere che la stessa (proprio per la sua condizione di estrema vulnerabilità e per i gravi episodi di violenza e le aggressioni sinora patite) abbia compiuto ogni ragionevole sforzo per circostanziarlo, rispondendo con precisione alle domande rivoltele» ai sensi dell'art. 3 c. 5 d. lgs. n. 251/2007.

Il racconto, a ben guardare, ha effettivamente delle discrepanze ed incoerenze: eppure, ritiene il Tribunale, esse «non infirmano una ricostruzione complessiva del racconto in termini di tratta».

Si tratta di una pronuncia nell'ambito della quale il giudice ha fatto debita applicazione di gran parte dei principi sopra evidenziati, declinando la cognizione in fatto e l'apprezzamento in diritto in modo opportuno e serio, a differenza della Commissione

⁴⁷ Trib. Bari, 10 novembre 2018 n. 8130.

⁴⁸ CGUE, causa C-348-16.

⁴⁹ «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia».

preposta, probabilmente più votata ad una valutazione “burocratica” della testimonianza resa, laddove la donna – in possesso di precaria istruzione – aveva narrato anche fatti non confermati o in contrasto tra loro.

In tal modo, il Tribunale di Bari si è erto a soggetto in grado di far giustizia in modo sostanziale, effettivo e reale, assicurando alla richiedente la giusta protezione.

9. *Segue: la tutela dinanzi al giudice amministrativo: un caso paradigmatico*

Anche dinanzi al giudice amministrativo sono sorte questioni nell'ambito delle quali l'apprezzamento del giudice pare assai rilevante. Questo accade in particolare – come si è anticipato – nella materia dell'ordine e della sicurezza pubblica (talvolta correttamente, altre volte in modo scriteriato), laddove la sensazione dei “due pesi” e delle “due misure”, permane: si pensi alle ipotesi di ubriachezza, di guida senza patente, di schiamazzi e quant'altro, talora apprezzati con durezza dall'Autorità di Pubblica Sicurezza, con valutazioni confermate dal giudice amministrativo⁵⁰.

Un caso interessante è quello del migrante stabilito da tempo in Italia, il quale aveva svolto, in passato, una serie di lavori, finché aveva deciso di licenziarsi per cercare una occupazione migliore.

A questo punto, in sede di rinnovo del permesso di soggiorno, la Questura, svolta una puntuale indagine istruttoria, decideva per il diniego, con conseguente possibilità di rimpatrio, facendo riferimento alla esiguità dei redditi da lavoro ultimamente maturati.

A questo punto, veniva adito il T.A.R., il quale accordava un riesame per *remand* e rinvia la decisione alla Questura, la quale confermava il proprio avviso. Sicché, nonostante le rimostranze del diretto interessato, il ricorso subiva il rigetto sul presupposto che la partecipazione al procedimento fosse stata garantita e che fosse corretto il rilievo circa l'esiguità dei redditi dichiarati, non sufficienti a garantire la permanenza nello Stato.

In dettaglio, sotto il primo profilo, il giudice di primo grado afferma che l'immigrato fosse «già al corrente dell'interlocuzione tra l'Amministrazione di p. s. e il suo legale», privandolo, così, della partecipazione personale e della possibilità di riscontro in ragione della omissione del c.d. “preavviso di rigetto” (art. 10 bis l. n. 241/1990), garanzia pienamente applicabile ai procedimenti per il rinnovo del permesso di soggiorno; sotto il secondo profilo, ancora il T.A.R. dà ragione alla Questura per la «ridottissima (per non dire insussistente) consistenza dei redditi» conseguiti «durante tutto il proprio periodo di permanenza in Italia», rendendo l'esito di tale valutazione praticamente vincolato e doveroso giacché: «L'odierno ricorrente, ..., ha avuto soltanto presuntivamente lavori occasionali e fonti di reddito assolutamente insufficienti, dunque, correttamente la Questura ha ritenuto che non fosse raggiunto il livello di sufficienza delle risorse economiche necessarie al fine di un adeguato auto sostentamento, atteso che il livello di reddito dello straniero è ampiamente inferiore alla soglia stabilita dall'ordinamento per l'assegno sociale».

Come si vede chiaramente, in questo caso, a differenza del Tribunale di Bari, il T.A.R., confermando l'avviso dell'organo amministrativo deputato (la Questura), non si è

⁵⁰ Per una casistica relativa alle decisioni del giudice amministrativo, si rinvia a F. TIGANO, *Diritti sociali, cittadinanza ed immigrazione. È ancora attuale il tradizionale concetto di cittadinanza?*, cit.

posto un problema di *substantia*, ma di forma, legando la propria decisione al fatto che l'interlocuzione fosse intercorsa con l'avvocato e che i redditi non fossero elevatissimi.

Il giudice d'appello, il Consiglio di Giustizia Amministrativa, sezione del Consiglio di Stato presente in Sicilia, ha, però, capovolto la decisione, anzitutto riconoscendo la necessità della comunicazione personale del preavviso di rigetto e quindi della partecipazione effettiva al procedimento. Inoltre, ha apprezzato con diversa elasticità l'entità delle somme dichiarate quale reddito da lavoro, smentendo il T.A.R. integralmente, soprattutto laddove questi aveva posto, quale parametro minimo di sussistenza, il *quantum* dell'assegno sociale.

In più, ha ricordato che, per la legislazione italiana – il riferimento è agli artt. 22 e 29 d. lgs. 268/1998 – «in materia di immigrazione la misura del requisito reddituale, ai fini del rilascio del permesso di soggiorno, non è indeterminata e lasciata ad una valutazione caso per caso, bensì è stabilita, per il lavoro subordinato, dall'art. 29, comma 3, lettera b), anche richiamato dall'art. 22, comma 11, del d.lgs. n. 286/1998 ..., e per il lavoro autonomo, dall'art. 26, comma 3, del d.lgs. n. 286/1998..., e dall'art.39, comma 3, del d.P.R. n. 394/1999». Viene così fatto riferimento «all'art. 22 co. 11 d. lgs. n. 286/1998, il quale dispone che il cittadino extracomunitario che abbia perso il lavoro, anche per dimissioni, ha diritto a non vedersi revocato il (e nemmeno precluso il rinnovo del) permesso di soggiorno, essendogli garantita la possibilità di permanere nel territorio nazionale per un anno ed iscriversi al collocamento. Si tratta di una facoltà che, è appena il caso di sottolineare, prescinde dal requisito reddituale ex art. 29 c. 3 lett. b)».

Le conclusioni cui perviene il Consiglio di Giustizia Amministrativa sono le seguenti: «da un lato, il “tempo” garantito di un anno è irrinunciabile; dall'altro, la valutazione compiuta dall'Amministrazione è comunque errata, avendo l'odierno appellante i mezzi di sostentamento e di reddito»⁵¹.

Il migrante, come ogni altro lavoratore, ha non solo il diritto a tutte le garanzie procedurali in sede di rinnovo del permesso di soggiorno – ivi compreso il c.d. “preavviso di rigetto” ex art. 10 bis l.n. 241/1990 – ma, in modo ben più pregnante, ha diritto, come qualsiasi altro lavoratore, a scegliere un nuovo lavoro entro un anno, non potendo costituire, comunque, ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno, parametro di valutazione circa la (im)possibilità di vivere all'interno del territorio italiano, gli importi previsti in sede di assegno sociale.

Il giudice amministrativo siciliano di secondo grado, dunque, riconosce al migrante diritti analoghi ai cittadini lavoratori e residenti, garantendo la permanenza nel territorio dello Stato – e, con essa, il rinnovo del permesso di soggiorno – a fini lavorativi.

10. Conclusioni

Nell'ultimo caso esaminato risulta evidente che al migrante, ancorchè residente da tempo nello Stato italiano, in possesso di una discreta padronanza della lingua, era stata inopinatamente negata (almeno) una garanzia fondamentale sotto un duplice profilo: quello di potere lavorare e quello di potere scegliere, alla stregua di ogni altro lavoratore (nei

⁵¹ Ci si riferisce a C.G.A. in s.g., 23 maggio 2022 n. 616, in www.giustizia-amministrativa.it, che riforma integralmente T.A.R. Catania, 3 settembre 2021 n. 2723.

termini, cioè, consentiti dalla legge dello Stato) il lavoro ritenuto più confacente alle sue attitudini, in aperta violazione non solo della normazione ordinaria, ma di ogni altro principio in materia di lavoro, compreso l'art. 36 della Costituzione.

Non sembra superfluo aggiungere che questo giovane cingalese è stato molto più fortunato di tanti altri, sia perché in grado di comprendere la necessità di proporre ricorso e di sapere a quale "Corte" proporlo, sia perché in grado di essere assistito da difensori che hanno preso a cuore la sua vicenda.

Sovente, invece, anche in relazione alla limitatissima disponibilità economica di questi soggetti, la tutela sfuma nella difficoltà di adire la sede giurisdizionale, in particolare quella amministrativa, perché diretto correlato di procedimenti che incidono significativamente (diremmo anche: "brutalmente" dato l'effetto immediato) sulla vita del migrante, anzitutto sulla possibilità di ingresso e di permanenza in Italia come lavoratore.

Come dimostrano gli altalenanti orientamenti, soprattutto dei T.A.R. in materia di permesso di soggiorno (rilascio come rinnovo), si tratta di giudizi tutt'altro che semplici, laddove l'onere di dimostrare il possesso dei presupposti per rimanere nel territorio dello Stato è assai gravoso e a volte persino insormontabile, risolvendosi talora in una sorta di *probatio diabolica*, ovvero la dimostrazione di avere un buon lavoro in grado di dare sostentamento, pur essendo migrante in cerca di lavoro.

La mancata estensione di garanzie analoghe a quelle di altri lavoratori, peraltro, si registra molto frequentemente.

Così come altrettanto frequente è la valutazione discrezionale circa il "comportamento" e la "moralità" del migrante, cui è richiesta una irreprensibilità maggiore di quella riservata al cittadino (interno e comunitario), determinando così veri e propri paradossi per cui, un semplice arresto in stato di ubriachezza o per schiamazzi notturni *ex se* viene considerato (non sempre, beninteso) indice in grado di giustificare un provvedimento di espulsione o il mancato rinnovo del permesso di soggiorno.

Si tratta di una giurisprudenza ben nota – che fa il paio con quella penale di merito con riferimento all'art. 143 c.p.p. – sulla quale occorre, però, riflettere senza indulgere in luoghi comuni: il migrante non può essere maltrattato in ragione dei principi fondamentali sopra ricordati, ma non può nemmeno utilizzare il territorio dello Stato come una zona di "conquista" e di totale esenzione da responsabilità (come pure accade).

Non ci si può, cioè, nascondere dietro un dito, o meglio, parafrasando la Corte EDU, non si possono "chiudere gli occhi".

D'altro canto, occorre riconoscere che non è così semplice decidere, come, dimostra una recentissima ordinanza cautelare resa dal Consiglio di Stato, con cui è stata respinta la richiesta di sospensione di un provvedimento di rigetto del rinnovo del permesso di soggiorno. Il Consiglio di Stato, infatti, si è trovato ad esaminare una vicenda particolarmente "spinosa", essendo (ricorrente al T.A.R. e poi) appellante un soggetto che aveva manifestato problemi di ubriachezza e si era, altresì, reso protagonista di ripetuti maltrattamenti in famiglia.

Era però accaduto, *medio tempore* (in sede penale), che la moglie avesse ritirato la querela originariamente proposta e che il medesimo soggetto avesse intrapreso un percorso "abilitante" al punto da essere stato autorizzato dall'A.G. ad effettuare incontri protetti con la moglie e i figli minori, tanto da essere stato posto agli arresti domiciliari. Si trattava di un cittadino albanese, chiaramente segnato da una appartenenza etnica tristemente (ed ingiustamente) nota (l'ordinanza precisa che si tratta di un cittadino albanese, la cui "furia" non si era placata nemmeno all'arrivo dei carabinieri).

Cionondimeno, infine, la valutazione del G.I.P. è stata confermata anche dal Consiglio di Stato, sul presupposto che fosse stata accertata la pericolosità dell'appellante anche in relazione al pericolo di una recidiva⁵².

Si tratta di un caso emblematico, in cui vi è tutto quel che di negativo può affermarsi sul comportamento di un uomo, di un padre e di un marito, sul quale pende non tanto il ritiro della querela da parte della moglie, quanto l'accesso al percorso riabilitativo.

Sia consentita, in proposito, solo un'osservazione, banale quanto si vuole: se si utilizzasse lo stesso criterio con i cittadini, molti maltrattamenti in famiglia e persino alcuni femminicidi (piaga terribile cui non si riesce a por fine) potrebbero forse evitarsi. E pur con tutto l'impegno della Magistratura – anche qui occorre rifuggire dai luoghi comuni: l'apprezzamento processuale è difficilissimo e sempre controvertibile, non ci sono regole assolute – ciò accade egualmente.

D'altro canto, la discrezionalità della Autorità di pubblica sicurezza in materia è assai ampia e serve proprio a declinare gli accertamenti sui casi reali. Ma non vi è dubbio che, al di là di casi gravissimi come quello citato, qualche volta l'esercizio di un siffatto potere discrezionale finisce per trasmodare in giudizi di valore etico, morale e non assiologicamente orientato, richiedendo al migrante straniero comportamenti ineccepibili a differenza di ogni altro soggetto.

Diverse disparità di trattamento (per non parlare del lavoro nero), come si è visto, si registrano anche nei rapporti di lavoro, laddove i migranti per lo più subiscono ingiustizie ed angherie e solo con grande difficoltà – correndo spesso gravi pericoli – riescono a far valere i loro diritti in modo effettivo, trovandosi in una condizione di subordinazione frutto di necessità per avere i mezzi minimi di sopravvivenza.

La sede dove il dibattito pare maggiormente attento è forse quella penale, fermo restando che le decisioni esaminate, sia del giudice civile che di quello amministrativo, mostrano elementi di incoraggiante equilibrio, con tutte le eccezioni possibili.

L'esperienza, per altro verso, insegna che la tutela processuale ha una sua intrinseca complessità e che lo stesso processo vive di un'ineliminabile "virtualità", il che rende la ricerca della verità una chimera ancor più che nei casi "ordinari", dovendosi tutti accontentare di una verità processuale, non sempre sovrapponibile al reale.

Questo, in estrema sintesi, il risultato della disamina condotta, laddove emergono luci ed ombre, accompagnate da interessanti spunti di riflessione, sicuramente meritevoli di ulteriore approfondimento.

Si era consapevoli – lo si è detto *ab initio* – della impossibilità di dar conto di ogni sfaccettatura, ragione per la quale si è preferito tracciare un quadro d'insieme muovendo dai principi indiscussi di rilievo costituzionale e comunitario, esaminando poi talune fattispecie normative più rilevanti ed i casi giurisprudenziali maggiormente interessanti.

In conclusione, può affermarsi che i principi e le fattispecie evocati hanno avuto incerta – cioè, non sempre brillante – declinazione processuale per ragioni sovente estranee anche alla buona volontà dei Giudici e del sistema magistratuale nel suo complesso.

Resta impregiudicata la convinzione, prima ancora che la speranza, che il sistema sarà in grado di progredire ulteriormente e, nel contempo, di risolvere almeno alcuni dei gravi problemi relativi alla protezione ed alla tutela dei diritti fondamentali dei migranti in quanto strettamente inerenti alle *persone*: ciascuna di esse reca con sé una sporta dentro la quale ha racchiusa ogni sua intimità, ogni suo desiderio, ogni sua aspirazione, ogni suo retaggio

⁵² Cfr. Cons. Stato, III, ord. 21 novembre 2022 n. 5478, in www.giustizia-amministrativa.it.

culturale e/o familiare e chiede a chi è stato semplicemente più fortunato (ma, proprio per questo, non più meritevole) solo di non “chiudere gli occhi” ed almeno tentare di porre rimedio alle tante violenze ed ingiustizie che ancora oggi restano impunte.

ABSTRACT: *The procedural protection of the immigrant*

The pendulum of humanitarian intervention and, more generally, of the understanding, analysis and study of the migration phenomenon seems to show that policies in this area, including those of the European Union, are fragile and unstable, much more than they should simply in the name of the founding constitutional and Euro-unitary values. Consequently, there are “pushes” and “counter-pushes” that, on the wave of the aforementioned fragility and uncertainties, have characterized the status of citizen and the concept of citizenship, questioning the anthropological relevance of the person. This article, starting from the analysis of fundamental internal and Community principles, aims to verify in practice, on the basis of a regulatory recognition and an exemplary case law, what “we really are” and what are the policies and interventions that can be “required” on the legal level. In this context, the aim is to highlight the being and must be underlying a problem whose vastness and intersections are particularly numerous.

SEZIONE QUARTA
L'Europa di fronte alle crisi migratorie
Europa ante las crisis migratorias



BERNARDO CORTESE*

ALLE FRONTIERE DELL'UNIONE, TRA CAVALLI DI FRISIA E RESPINGIMENTI A CATENA: EUROPA O ...MEDUSA?

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Un rovesciamento di prospettiva. – 3. Europa o Medusa? – 4. Le piste della ricerca. – I. *Il virus*. – 5. La prassi sulla chiusura delle frontiere ed il suo emergere nella giurisprudenza delle corti europee: i muri e la criminalizzazione dell'aiuto ai migranti. – 6. I fatti contestati: respingimenti di massa e respingimenti a catena. – 7. La difficile emersione dei respingimenti a catena sulla rotta balcanica nella giurisprudenza interna: un problematico caso italiano. – 8. (segue): Lo standard probatorio: discrasie tra Roma e Strasburgo. – 9. (segue): Rilevanti conferme dalla giurisprudenza slovena e austriaca. – II. *Gli anticorpi nel sistema della Convenzione*. – 10. L'infiltrarsi degli accertamenti di violazione della Convenzione europea in relazione alla gestione delle frontiere esterne dell'Unione. – 11. Lo standard applicabile al divieto di espulsione collettiva: apprezzamento generale. – 12. L'emergere di un'eccezione di *omn culpable conduct*. – 13. Conclusioni intermedie. – III. *Gli anticorpi nel Diritto UE*. – 14. Segnali ambigui dal diritto dell'Unione – 15. Il ruolo del diritto procedurale derivato e di alcuni principi del diritto primario. – 16. Il ruolo supplente del diritto primario diverso dall'art. 19.1 Carta e l'inammissibilità di un regresso nello stato del diritto derivato. – 17. Il diverso rilievo della perturbazione dell'ordine pubblico nel sistema UE rispetto a quello convenzionale. – 18. Ritorno alla Carta. – 19. Ritorno all'allegoria: non Perseo, ma ...il naufragio e la zattera della fregata *Méduse*.

1. Premessa

Questo scritto è in parte ripreso da un intervento tenuto nell'ottobre 2022 all'Università di Jaén, in occasione di un convegno organizzato congiuntamente dall'università andalusa e dall'Università di Messina¹. In parte, ancora, sviluppa alcune dimensioni lì solo accennate, e rielabora riflessioni frutto di un seminario organizzato a Padova, nel maggio 2022, dalle Università di Padova e Losanna². Queste pagine, insomma, pur non essendo il

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea - Università di Padova.

¹ Si tratta del *Congreso Internacional sobre crisis migratorias - Nuevos desafíos a los Derechos Humanos*, tavolo *Europa ante las crisis migratorias*, tenutosi all'Università di Jaén nei giorni 20 e 21 ottobre 2022 a cura del Prof. Víctor Luis Gutiérrez Castillo dell'Università di Jaén e della Prof.ssa Lina Panella dell'Università di Messina.

² Si tratta del convegno *At the Borders of Europe - Ai confini d'Europa. Assessing European Law and Policies in the Fields of Migration and Border Management / Sguardi critici su diritto e politiche UE nei settori della migrazione e della gestione dei confini*, organizzato congiuntamente dalle Università di Padova e di Losanna, a cura dell'autore del presente contributo e del Prof. Francesco Maiani di Losanna, e tenutosi a Padova nei giorni 26 e 27 maggio 2022. A quel

testo né dell'intervento alla prima conferenza, né dei diversi svolgimenti del secondo seminario, sono però l'espressione delle riflessioni e degli scambi frutto di entrambe quelle occasioni realmente collegiali, e mantengono dunque, almeno in parte, un'impostazione non strettamente dogmatica ed uno stile colloquiale.

2. Un rovesciamento di prospettiva

Partirò dal secondo di quegli incontri, perché è in quell'occasione che mi sono sentito direttamente interrogato, in qualche misura, sul tema dell'abuso di diritto nella gestione delle frontiere interne ed esterne dell'Unione, in relazione ai cittadini di Paesi terzi o apolidi.

Non però nella prospettiva che ci saremmo aspettati. Sappiamo bene, infatti, che gli Stati invocano spesso il rischio di abuso della procedura di asilo da parte dei richiedenti. L'idea è che gli immigrati clandestini utilizzino le procedure di asilo solo per evitare di essere rimpatriati nei luoghi da cui provengono. È una cosa che sicuramente accade, anche se con numeri che appaiono nel complesso "fisiologici"³, e che può sicuramente essere compresa come una risposta alla sostanziale assenza di vie di accesso legali verso l'Unione e la gran parte dei suoi Stati membri.

Devo ammettere, però, che ho cambiato la mia idea su chi sta ...abusando del diritto nel contesto della gestione delle frontiere dell'Unione dopo il seminario del maggio 2022. In quell'occasione abbiamo infatti raccolto una serie di testimonianze di ONG italiane⁴ e croate⁵, che operano lungo la rotta balcanica, nonché testimonianze di ONG polacche⁶ che operano sul confine militarizzato tra Polonia e Bielorussia.

Abbiamo ascoltato, allora, testimonianze di respingimenti informali di migranti in condizione irregolare, operati senza alcuna garanzia procedurale, in una catena che parte dal territorio triestino, attraverso Slovenia e Croazia, fino a condurre in Bosnia-Erzegovina; di un coinvolgimento attivo delle autorità, specie in Croazia, in episodi di violenza ai danni di quei migranti. Ancora, abbiamo sentito il resoconto ed ascoltato le ragioni di chi, a Trieste, ha dovuto affrontare l'azione penale per essersi preso cura, in piazza e davanti alle autorità, delle lacerazioni e ferite che quei migranti portano sui loro corpi: sui loro piedi, sempre, quando è solo la strada ad avere infierito su di loro; altrove, quando anche gli uomini hanno

seminario hanno partecipato inoltre amici e colleghi delle università di Trieste e Zagabria, giovani ricercatori di varie altre sedi, magistrati ed avvocati attivi nel settore, oltre ad esponenti di organizzazioni della società civile organizzata attive in Italia, Croazia e Polonia.

³ Secondo le statistiche pubblicate dall'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo (EUAA) e basate su dati EUROSTAT, nel 2022 il 40% delle domande di protezione internazionale presentate nell'Unione è stata accolta. Si tratta di circa 253.000 domande, su 632.000. Tuttavia, delle 379.000 domande rigettate in primo grado, ben 218.000 sono state oggetto di impugnazione. Le domande rigettate e non impugunate sono dunque circa 180.000, numero che rappresenta il 28% delle domande totali. Se poi scendiamo ai dati per Paese, purtroppo non disponibili su Eurostat (né, per quanto io sia riuscito a trovare, neppure su ISTAT), e prendiamo i dati di quello che è, di gran lunga, il Paese in cui sono presentate il maggior numero di domande, la Germania, i dati del *Bundesamt für Migration und Flüchtlinge* (BAMF) ci dicono di un tasso di accoglimento in primo grado del 56,2 %, ma ci dicono anche di un accoglimento di un ulteriore 26% a titolo di protezione umanitaria non armonizzata (cd. *Abschiebungsverbot*), con un tasso di protezione garantita dal BAMF ai richiedenti, già in primo grado, superiore all'82%.

⁴ ASGI, Avvocato di Strada e Linea d'Ombra.

⁵ Border Violence Monitoring Network e Are You Syrious.

⁶ Stowarzyszenie Interwencji Prawnej / Association for Legal Intervention.

inferito su quei corpi. Dalla Polonia, poi, abbiamo sentito di attivisti ed avvocati che si devono nascondere alle autorità, per poter svolgere opera non solo di aiuto umanitario, ma anche di sostegno legale, in regioni di confine militarizzate e sottoposte a legislazione eccezionale.

Questi resoconti ci hanno tragicamente mostrato che ora sono gli Stati membri dell'UE a rischiare di tradire i valori essenziali della dignità umana e dei diritti umani su cui essi stessi, e l'UE, dovrebbero basarsi, abusando dei loro poteri in materia di gestione delle frontiere.

In effetti, un virus sembra essersi diffuso con preoccupante pervasività nei Paesi dell'Unione europea, come più in generale nei Paesi ricchi del *nord globale*, quale che sia la loro posizione geografica. Un virus che si è diffuso non solo nei sistemi giuridici dei nostri Stati, ma prima ancora nelle nostre società e nelle nostre coscienze: quello della chiusura ad *ogni* costo delle frontiere, nei confronti delle persone che non appartengono al *noi* che di volta in volta definisce il *gruppo privilegiato* di riferimento: *nazionale* o *plurinazionale* – seppur si tratti in quel secondo caso di un *noi* percepito in modo molto meno intenso, a volte anzi quasi solo tollerato.

Non voglio con ciò chiudere il discorso con un giudizio affrettato e moralista.

Certo è però che non si può nascondere l'esistenza di una tensione, quasi una contraddizione, tra la prerogativa sovrana degli Stati di controllare le proprie frontiere⁷ – e talvolta l'obbligo di farlo, come nel caso del sistema Schengen – e l'imperativo di preservare i valori essenziali della dignità e dei diritti umani su cui gli Stati europei, i loro ordinamenti giuridici e i loro specifici sistemi costituzionali dovrebbero fondarsi – e ciò con la particolare coerenza che l'art. 2 TUE ha ormai rivelato.

3. Europa o Medusa?

È in gioco lo spirito del progetto europeo.

È ancora un progetto che vuole creare benessere e pace, superando con l'affermazione di uno spirito di solidarietà le chiusure nazionaliste che hanno portato a guerre fratricide e all'abominio di regimi fondati sulla negazione della dignità umana del diverso? O è ormai, quel progetto, poco più di un guscio vuoto, all'interno del quale si stanno riaffermando corpi sociali nazionali chiusi in sé stessi, che continuano opportunisticamente a nutrirsi della linfa dell'organismo comune, combattendo però per escludere chiunque altro dal benessere che quell'organismo comune garantisce?

Proviamo a tradurre questa tensione tra principi e valori giuridici in un linguaggio diverso, con l'aiuto del mito.

Il dubbio che ci si può porre è che non stiamo più parlando di un'Unione dei popoli di ...Europa, ma piuttosto di Medusa.

L'ipotesi – se vogliamo, la provocazione – è che lo spazio in cui ci troviamo e la comunità che in esso vive non possano più raffigurarsi come il contesto in cui vivono in pace

⁷ Per indicazioni relative alla libertà degli Stati, in diritto internazionale, di non ammettere immigrati che non soddisfano alle condizioni di ingresso fissate dalla legislazione interna e per riferimenti alla prassi internazionale sulla questione R. BARATTA, *Spunti di riflessione sulla condizione del migrante irregolare nella giurisprudenza internazionale*, in P. BENVENUTI (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, Fagnano Alto, 2008, p. 7 ss.

i figli della bella principessa fenicia amata o violata⁸ da Giove – simbolo, quasi, del futuro comune, pacifico e prospero, dell'unione tra popoli che avevano conosciuto la violenza distruttrice generata dalla sete di dominio. Su quei popoli e sulla loro Unione sembrerebbe essersi simbolicamente abbattuta quella che per gli antichi era la maledizione degli dei, ripetendosi in termini moderni il mostruoso esito della metamorfosi raccontata da Ovidio: quello di una bellissima giovane, amata o violata da Poseidon *nel tempio* di Atena, e perciò maledetta dalla dea. Maledetta al punto che, cambiata la sua natura in quella di mostro, essa pietrifica chi, avvicinandosi, ne incrocia lo sguardo⁹.

Che alcuni tratti del mito di Medusa possano essere entrati a far parte del modo d'essere dell'Europa di oggi è provocazione che può farsi non solo per alcuni, specifici esiti del processo di integrazione alle frontiere esterne dell'Unione, di vagliare i quali si occupa questo studio, chiedendosi se la tutela dei diritti fondamentali e della dignità umana non abbia spazio per chi si avvicina, non desiderato, ai confini di quest'Unione – è l'ipotesi della pietrificazione simbolica di chi, avvicinandosi a Medusa, ne guarda il volto crudele.

Si tratta anche – ipotesi suggestiva che non posso certo approfondire in questo spazio, ma che mi piace qui lasciar intravedere – delle ragioni della maledizione divina che in quel mito si esprime. Ragioni che sembrano quasi rispecchiare difetti strutturali non estranei, forse, al prevalere in Europa di politiche di impaurita chiusura.

Nel mito, la maledizione della dea attica si scaglia su Medusa per aver profanato il suo tempio, unendosi con Poseidon al suo interno. Del pari, potremmo dire, un progetto di Unione basato su un approccio meramente funzionale, senza l'ambizione di costruire una πόλις comune e la legittimazione di una vera δημοκρατία, si è esteso da un lato sino a toccare i settori più vicini alla definizione dell'identità nazionale ed ha, dall'altro lato, troppo spesso sacrificato gli interessi dei gruppi sociali che non beneficiano del suo successo. Nei percorsi e negli esiti di un sistema politico che è sì parziale, perché costruito su alcune specifiche competenze, ma che è al tempo stesso più potente – per la forza prevalente del suo sistema giuridico – dei sistemi politici universali dei suoi Stati membri, ci si è così spinti a violare τὰ ἅγια τῶν ἁγίων.

La furia di Αθηνά Παρθένος sembra dunque aver maledetto quest'Unione. Privata di una testa umana – una vera democrazia federale – capace di guidarne il progetto, l'Unione è lasciata in balia dei capricciosi serpenti che ne riempiono la testa, come quella di Medusa: gli egoismi e i nazionalismi degli Stati che, profittando del ruolo che hanno nel definire le scelte politiche dell'Unione, le fanno assumere tratti orrifici, concepiti per tener lontano chi si avvicina alle sue frontiere esterne.

E che Medusa non sia un mito poi così azzardato da affiancare allo stato attuale del processo di integrazione europea si coglie anche dalla *dualità* della natura della Gorgone, in coerenza con un tipico tratto duale della cultura indoeuropea: una figura apotropaica che insieme terrorizza i nemici, e protegge i suoi figli¹⁰.

⁸ Sul significato del linguaggio di violenza sessuale nel mito greco e sulla sua radicale lontananza dalle categorie contemporanee, cfr. J. E. CUNDY, *Pausanias' Careful Language of Sexual Violence*, Mnemosyne, 2020, p. 76 ss.

⁹ «Hanc pelagi rector templo vitiasse Minervae / dicitur; aversa est et castos aegide vultus / nata Iovis texit; neve hoc impune fuisset, / Gorgoneum crinem turpes mutavit in hydros. / Nunc quoque, ut attonitos formidine terreat hostes, / pectore in adverso, quos fecit, sustinet angues»: Ovidio, *Metamorfosi*, Libro IV, 793-803.

¹⁰ O. ZOLOTNIKOVA, *A Hideous Monster or a Beautiful Maiden? Did the Western Greeks Alter the Concept of Gorgon?*, in H. L. REID, D. TANASI (eds.), *Philosopher Kings and Tragic Heroes: Essays on Images and Ideas from Western Greece*, vol. 1, Fonte Aretusa, IA, USA, 2016, p. 353 ss.

Così, troppo spesso, si mostra l'Unione.

4. Le piste della ricerca

Per capire allora se abbia ancora senso parlare di Europa, o se non dobbiamo rassegnarci alla sua metamorfosi in Medusa/Gorgone, cercherò anzitutto cercare di dare contorni più precisi all'ipotesi da cui muove questo lavoro, quella dell'esistenza di prassi nazionali di chiusura delle frontiere capaci mettere a rischio i valori fondanti del sistema giuridico dell'Unione - il virus. Per far questo, cercherò di utilizzare dati che non si limitino alla "grezza" denuncia delle organizzazioni impegnate, dal basso, a contrastarlo, ma di trovare delle forme giuridiche ufficiali di emersione delle prassi nazionali di chiusura, cercandole soprattutto nelle prese di posizione degli organi di garanzia del Consiglio d'Europa e delle Nazioni Unite, nelle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea, nonché in decisioni giudiziarie nazionali che facciano però richiamo ai sistemi di diritto internazionale e sovranazionale.

Il passaggio seguente sarà cercare poi di comprendere se nel sistema della Convenzione o in quello dell'Unione vi siano dei principi giuridici capaci di resistere a quella deriva - gli anticorpi.

La ricerca degli anticorpi si svolgerà in successione per i due sistemi, poiché in quelli si devono esplorare principi e regole in parte diversi.

È noto, infatti, che il sistema della Convenzione europea, pur non contenendo una garanzia del diritto di asilo, ha sviluppato comunque un importante corpus normativo in materia di *non refoulement*, derivato da varie previsioni convenzionali, con in prima linea il divieto di tortura e trattamenti disumani e degradanti e il diritto alla vita. Soprattutto, però, in quel sistema si trova, all'art. 4 del Protocollo n. 4, il divieto di espulsioni collettive. Sarà dunque necessario comprendere la portata di quel divieto che, a partire dalla sentenza *Conka v. Belgium* del 2002¹¹ e con un culmine nella sentenza di *Hirsi Jamaa v. Italy*¹², ha conosciuto un importante processo di espansione delle garanzie procedurali dettate a protezione delle persone oggetto di misure di espulsione in senso stretto, ma anche di respingimento alla frontiera o in alto mare¹³.

Per quanto attiene al diritto primario dell'Unione, invece, il diritto d'asilo è oggetto di specifica protezione in forza dell'art. 18 della Carta, dove pure trova protezione il principio di *non refoulement*, previsto dall'art. 19, par. 2, della Carta, ed il divieto di espulsioni collettive, sancito al primo paragrafo dell'art. 19. Nel diritto dell'Unione si trova poi un'importante rete di norme poste da atti legislativi adottati sulla base degli artt. 78 e 79 TFUE, che perseguono però obiettivi non sempre facilmente coniugabili. In forza del primo, l'Unione «sviluppa una politica comune in materia di asilo [...] volta a offrire uno status appropriato a qualsiasi

¹¹ Corte europea dei diritti umani, sentenza 5 febbraio 2002, *Conka v. Belgium*, ricorso 51564/99.

¹² Corte europea dei diritti umani (Grande Camera), sentenza 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, ricorso 27765/09.

¹³ Cfr. le osservazioni di M. DI FILIPPO, *Walking the (Barbed) Wire of the Prohibition of Collective Expulsion: An Assessment of the Strasbourg Case Law*, *Dir. uomo. dir. int.*, 2020, p. 479 ss., per la valutazione della dimensione espansiva della giurisprudenza della Corte europea rispetto ad approcci più restrittivi al concetto di espulsione collettiva in altre carte regionali e nel lavoro di codificazione portato avanti dalla Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite.

cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento». In forza del secondo, l'UE «sviluppa una politica comune dell'immigrazione» che dovrebbe mirare ad una «gestione efficace dei flussi migratori», assicurando «la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale».

Incamminiamoci allora per queste “piste” di ricerca: la pista del virus, prima¹⁴; quella degli anticorpi, in seguito, in una successione che considererà anzitutto il sistema convenzionale¹⁵, per poi appuntarsi su quello dell'Unione¹⁶.

I - Il virus

5. La prassi sulla chiusura delle frontiere ed il suo emergere nella giurisprudenza delle corti europee: i muri e la criminalizzazione dell'aiuto ai migranti

Uno sguardo a varie fonti ufficiali ci conferma un quadro in cui le frontiere esterne dell'Unione sono il teatro di una chiusura sempre più rigida – solo in parte apertamente dichiarata dai governi degli Stati membri, che su quella chiusura e sulla cesura tra il *noi* e l'*altro da noi* costruiscono in modo sempre più aperto la narrazione pubblica.

Quella chiusura prende forma anzitutto nella costruzione di muri e altre simili barriere alla frontiera.

Il punto, qui, non è certo quello di trovare conferma della loro esistenza e del loro progressivo sviluppo, quanto quello di segnalarne l'emersione nella giurisprudenza delle corti europee, sui cui significati giuridici si tornerà nel corso di questo contributo.

La prima, fondamentale apparizione di muri e barriere è nella sentenza resa dalla Corte europea dei diritti umani nel febbraio 2020 nel caso *N.D. and N.T. v. Spain*, relativo a respingimenti alle barriere di Melilla¹⁷. La Corte europea se ne occupa ancora, questa volta rispetto alle barriere erette dall'Ungheria al confine serbo, in una sentenza del luglio 2021, nel caso *Shabzad v. Hungary*¹⁸.

Tra le due sentenze di Strasburgo, nel dicembre 2020 si pronuncia, sempre in relazione alla chiusura fisica della frontiera ungherese, la Corte di giustizia dell'Unione europea, in un procedimento di infrazione proposto dalla Commissione contro l'Ungheria¹⁹.

Altrettanto palese è, in diversi Paesi, il fenomeno della criminalizzazione dell'aiuto ai migranti – fenomeno invero quasi onnipresente²⁰, che si accompagna in alcuni Stati alla

¹⁴ Sezione I, *infra*, par. 5-9.

¹⁵ Sezione II, *infra*, par. 10-13.

¹⁶ Sezione III, *infra*, par. 14-19.

¹⁷ Corte europea dei diritti umani (Grande Camera), sentenza 13 febbraio 2020, *N.D. and N.T. v. Spain*, ricorsi 8675/15 e 8697/15.

¹⁸ Corte europea dei diritti umani, sentenza 8 luglio 2021, *Shabzad v. Hungary*, ricorso 12625/17.

¹⁹ Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza 17 dicembre 2020, causa C-808/18, *Commissione / Ungheria (zona di transito Rösztke e Tompa)*, EU:C:2020:1029.

²⁰ Si veda la sintesi contenuta in J. BAYER, P. BÁRD, L. VOSYLIUTE, N. C. LUK, *Strategic Litigation Against Public Participation (SLAPP) in the European Union, A comparative study*, 2021, p. 52 s. Lo studio, finanziato dalla Commissione europea, è accessibile su varie piattaforme, tra cui [ssrn.com](http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4092013) (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4092013>). Si veda inoltre *UN Special Rapporteur on the Situation of Human Rights*

militarizzazione del territorio del confine e di quello ad esso vicino, o alla dichiarazione dello stato di emergenza.

Anche qui le misure adottate dagli Stati membri raggiungono le giurisdizioni europee, ma solo in alcuni casi molto specifici e, apparentemente, solo nel sistema del diritto UE. Ne è un primo esempio la decisione assunta dalla Grande Sezione della Corte di giustizia del dicembre 2021, di nuovo nell'ambito di un ricorso per infrazione, sulla legislazione ungherese che criminalizza non solo generiche attività di aiuto, ma la stessa assistenza legale prestata a favore delle persone entrate nel territorio senza un chiaro titolo d'ingresso²¹. Altro esempio si trova nella sentenza *M.A.*, decisa dalla Corte di giustizia nel giugno 2022²², in cui la Corte di giustizia si pronuncia sulla legislazione lituana che dichiara lo stato di emergenza per contrastare un flusso massiccio di migranti ai confini con la Bielorussia.

6. I fatti contestati: respingimenti di massa e respingimenti a catena

Più sfuggente è il fenomeno dei respingimenti di massa. Nonostante la riluttanza degli Stati dell'Unione ad ammettere pubblicamente tali prassi, numerose fonti confermano che respingimenti di massa avvengono *oggi* alle frontiere terrestri e marittime dell'Unione, nonché in alto mare con l'attivo coinvolgimento degli Stati membri e dello stesso apparato UE.

Tutto ciò accade prima di tutto in Grecia, le cui prassi sono state molto di recente "smascherate" in maniera clamorosa da una preziosa inchiesta investigativa del *New York Times*²³, comportante prove documentali fotografiche e video sulla pratica delle autorità greche di procedere ad arresti informali di migranti irregolari da parte di personale in borghese su veicoli terrestri senza insegne e senza targa, con conseguente imbarco forzato su natanti a motore senza insegne, passaggio successivo (al largo) su natanti della guardia costiera greca, giungendo al definitivo abbandono di quei migranti in canotti senza motore, né remi, né altra possibilità di guida, fuori dalle acque territoriali greche ed in prossimità delle acque turche.

Al di là di quelle clamorose rivelazioni, relative ad uno specifico – seppur gravissimo – episodio, la sistematicità dei respingimenti informali posti in essere da quello Stato è chiaramente confermata in diverse prese di posizione degli organi specializzati del Consiglio

Defenders, Report - Refusing to turn away: human rights defenders working on the rights of refugees, migrants and asylum-seekers, 2022, UN doc. A/77/178, § 42.

²¹ Il caso più egregio è costituito dalla previsione introdotta all'art. 353/A del codice penale ungherese, che criminalizza chiunque «offre sostegno per presentare o inoltrare una domanda di asilo in Ungheria, pur sapendo che tale domanda non può essere accolta» secondo il diritto ungherese, anche laddove essa ritenga che «dette norme siano contrarie al diritto internazionale o al diritto dell'Unione»: si veda la sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione), del 16 novembre 2021, causa C-821/19, *Commissione / Ungheria*: il testo tra virgolette è al punto 118 di quella sentenza.

²² Corte di giustizia, sentenza 30 giugno 2022, causa C-72/22 PPU, *M.A. con l'intervento di Valstybės sienos apsaugos tarnyba*, EU:C:2022:505.

²³ M. STEVIS-GRIDNEFF, S. KERR, K. BRACKEN, N. KIRAC, *Greece Says It Doesn't Ditch Migrants at Sea. It Was Caught in the Act. Video Evidence Shows Asylum Seekers, Among Them Young Children, Being Rounded Up, Taken to Sea and Abandoned on a Raft by the Greek Coast Guard*, *The New York Times*, May 19, 2023, <https://www.nytimes.com/2023/05/19/world/europe/greece-migrants-abandoned.html>.

d'Europa: la *Commissioner for Human Rights*²⁴ e lo *European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*²⁵. Analoghe indicazioni si desumono dai rapporti di organismi ONU ed in particolare dal rapporto prodotto nel 2021 dallo *UN Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants* su *Human Rights Impact of Pushbacks of Migrants on Land and at Sea*²⁶.

In quel rapporto si trova però conferma della diffusione di *pushbacks* in molti altri Stati membri dell'Unione, tra cui Croazia²⁷, Ungheria²⁸, Polonia²⁹, Cipro³⁰, Malta³¹, Spagna³², Francia³³, ed Italia³⁴. Austria, Slovenia, Romania, Bulgaria, Lettonia e Lituania e Svizzera (Stato terzo, ma parte dello Spazio Schengen), si aggiungono a questo triste catalogo, come risulta dalla Raccomandazione *Pushed Beyond the Limits* adottata nel 2022 dalla Commissaria del Consiglio d'Europa per i Diritti Umani³⁵.

Come testimonia l'elenco di Stati menzionati più sopra, il fenomeno dei respingimenti di massa, seppur particolarmente evidente alle frontiere esterne, riguarda anche le frontiere interne, comprese le frontiere interne tra Stati appartenenti allo spazio Schengen.

Ciò che importa rilevare, a tale proposito, è soprattutto l'esistenza di respingimenti "informali" a catena che, di frontiera interna in frontiera interna giungono infine al respingimento oltre la frontiera esterna. Al respingimento a catena fanno in effetti riferimento sia il citato rapporto dello *Special Rapporteur* ONU sui Diritti Umani dei Migranti del 2021³⁶, sia la citata raccomandazione *Pushed Beyond the Limits* del 2022³⁷. In entrambi i documenti si dà conto, in particolare, di respingimenti informali a catena sulla c.d. rotta

²⁴ Si veda la lettera 3 maggio 2021 della Commissaria ai ministri greci competenti Ref: CommHR/DM/sf 019-2021, accessibile on-line al sito <https://rm.coe.int/letter-to-mr-michalis-chrysochoidis-minister-for-citizens-protection-o/1680a256ad>.

²⁵ *Report to the Greek Government on the visit to Greece carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 13 to 17 March 2020*, CPT/Inf (2020) 35, accessibile on-line al sito <https://rm.coe.int/1680a06a86>.

²⁶ *UN Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, Report on Means to Address the Human Rights Impact of Pushbacks of Migrants on Land and at Sea*, UN doc. A/HRC/47/30 (2021), §§ 55, 78.

²⁷ UN doc. A/HRC/47/30 (2021), cit., § 56, in relazione a respingimenti informali verso la Bosnia-Erzegovina spesso accompagnati da violenze e trattamenti degradanti.

²⁸ UN doc. A/HRC/47/30 (2021), cit., § 80, in relazione prima ai respingimenti informali applicati a persone trovate, senza valido titolo di ingresso, nella fascia di 8 km dalla frontiera serba e, successivamente, a chiunque nel territorio nazionale.

²⁹ UN doc. A/HRC/47/30 (2021), cit., § 61, per quanto riguarda *pushbacks* verso la Bielorussia.

³⁰ UN doc. A/HRC/47/30 (2021), cit., § 59, per quanto riguarda in particolare *pushbacks* verso la Turchia e il Libano.

³¹ UN doc. A/HRC/47/30 (2021), cit., § 74.

³² UN doc. A/HRC/47/30 (2021), cit., § 71, per quanto riguarda le *devoluciones en caliente* dai territori spagnoli in Africa di Ceuta e Melilla.

³³ UN doc. A/HRC/47/30 (2021), cit., § 79, dove si fa riferimento a respingimenti informali, anche di minori, sia verso la Spagna, sia verso l'Italia.

³⁴ UN doc. A/HRC/47/30 (2021), cit., p. 21.

³⁵ *Council of Europe Commissioner for Human Rights, Pushed Beyond the Limits - Four Areas for Urgent Action to End Human Rights Violations at Europe's Borders*, April 2022, p. 19 ss. La raccomandazione è accessibile on-line al sito <https://rm.coe.int/pushed-beyond-the-limits-urgent-action-needed-to-end-human-rights-viol/1680a5a14d>.

³⁶ UN doc. A/HRC/47/30, cit., § 56 e 66, in riferimento a respingimenti "informali" operati dalle autorità italiane, slovene e croate fino alla Bosnia-Herzegovina; § 59, sui *pushbacks* operati dalle autorità turco-cipriote verso la Turchia e sul concreto rischio di ulteriore espulsione operata dalle autorità turche verso la Siria.

³⁷ *Council of Europe Commissioner for Human Rights, Pushed Beyond the Limits*, cit., p. 23, dove si fa menzione di «chain pushbacks of persons summarily returned to Slovenia by Austria and Italy».

balcanica, a partire dall'Italia o, rispettivamente, dall'Austria, verso la Slovenia e di lì verso la Croazia, fino alla Bosnia- Erzegovina.

7. La difficile emersione dei respingimenti a catena sulla rotta balcanica nella giurisprudenza interna: un problematico caso italiano

Ebbene, del fenomeno delle espulsioni/respingimenti a catena sulla rotta balcanica si trova oramai traccia anche nella giurisprudenza interna, tanto italiana, quanto austriaca e slovena. L'analisi delle (peraltro pochissime) decisioni accessibili, mostra però la difficoltà di far emergere questi episodi in sede giurisdizionale.

Quanto alla giurisprudenza italiana, l'emergere dei respingimenti informali verso la Slovenia e l'attestazione dell'illegittimità di quella prassi si manifesta in un (peraltro effimero, come si vedrà) provvedimento cautelare pronunciato nel gennaio 2021 dal giudice monocratico del Tribunale di Roma³⁸.

In quell'occasione, il Tribunale era investito di un ricorso d'urgenza contro il Ministero dell'Interno, presentato da un cittadino pakistano che affermava di essere giunto in Italia nel luglio 2020, di avere manifestato alle autorità di polizia l'intenzione di presentare domanda di protezione internazionale per ragioni legate al proprio orientamento sessuale, ma di essere stato ciononostante consegnato senza alcuna formalità alle autorità slovene e da queste ulteriormente consegnato alle autorità croate che l'avevano infine respinto oltre il confine croato in Bosnia-Erzegovina. Il ricorrente affermava inoltre di aver subito violenze da parte delle autorità di polizia slovene e vere e proprie torture da parte di quelle croate. Accogliendo il ricorso cautelare, il giudice monocratico dichiarava il diritto del ricorrente di presentare richiesta di protezione internazionale in Italia ed ordinava alle amministrazioni competenti di adottare i provvedimenti necessari a consentirne l'ingresso nel territorio dello Stato.

Il provvedimento del giudice monocratico constatava l'illegittimità di riammissioni che avvengono senza trovare formalizzazione in alcun provvedimento amministrativo, in applicazione informale dell'Accordo bilaterale tra il Governo della Repubblica Italiana e il Governo della Repubblica di Slovenia sulla riammissione delle persone alla frontiera, firmato a Roma il 3 settembre 1996, mai pubblicato né ratificato. Tra le ragioni dell'illegittimità del provvedimento di respingimento informale trovava spazio anche la violazione di disposizioni di diritto dell'Unione europea e del sistema convenzionale europeo. In particolare, l'ordinanza faceva riferimento agli articoli 4, 19 e 47 della Carta dei diritti fondamentali e ad una serie di disposizioni di diritto derivato³⁹, nonché agli articoli 3 e 13 della Convenzione europea ed all'art. 4 del Protocollo n. 4.

I fatti specificamente allegati dal ricorrente venivano ritenuti provati oltre che da alcune risultanze documentali specifiche, anche dalle coerenti informazioni relative all'esistenza di

³⁸ Tribunale di Roma, Sezione Diritti della Persona e Immigrazione, ordinanza 18 gennaio 2021, procedimento R.G. 56420/2020.

³⁹ Nell'ordinanza si fa in particolare riferimento alle direttive rimpatri 2008/115/CE e procedure 2013/32/UE, nonché alla procedura per la determinazione dello Stato competente ad esaminare una domanda di asilo, come definita dal Regolamento 604/2013/UE, c.d. Dublino III.

una prassi di respingimenti a catena, basate su rapporti di organismi internazionali⁴⁰, su dichiarazioni ufficiali degli stessi governi italiano⁴¹ e sloveno⁴², nonché su rapporti di ONG⁴³.

La successiva ordinanza del collegio, accogliendo il reclamo presentato dal Ministero dell'Interno, revocava però l'ordinanza del giudice monocratico, ritenendo non provati i fatti dell'espulsione⁴⁴.

8. (segue): *Lo standard probatorio: discrasie tra Roma e Strasburgo*

Naturalmente, in procedimenti come quello italiano che ho appena preso in considerazione, la prova della materialità dei fatti è estremamente difficile. Molto spesso in quei casi non emergono registrazioni ufficiali dei passaggi della frontiera, in un senso e nell'altro: anche quando vi siano sofisticati strumenti di fotorilevamento del confine con immagini infrarosse le immagini non risultano disponibili. Questa, per riferirsi a due ricorsi su cui si è pronunciata di recente la Corte europea, era la posizione del governo croato nel tragico caso oggetto della sentenza *M.H. v. Croatia* del novembre 2021⁴⁵; del pari il governo spagnolo non aveva prodotto alcuna documentazione fotografica o video nel caso delle barriere di Melilla oggetto della sentenza *N.D. and N.T. v. Spain*⁴⁶. Addirittura, in alcune situazioni di respingimenti informali i rapporti di organismi internazionali danno conto di “spiegazioni” fornite dalle autorità nazionali relative a prassi di registrazione temporanea con successiva cancellazione di ogni dato: è questo il caso di molte delle stazioni di polizia di frontiera greche oggetto del rapporto del Comitato per la Prevenzione della Tortura del Consiglio d'Europa relativo alla visita effettuata in marzo 2020⁴⁷.

⁴⁰ Viene citata in particolare una dichiarazione congiunta dello *UN Special Rapporteur on the human rights of migrants* e dello *UN Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment* del giugno 2020.

⁴¹ Il riferimento è ad una conferenza stampa del Ministero degli Interni italiano del 2020 e ad una precedente risposta del Ministro ad un'interrogazione parlamentare in cui si conferma di procedere a riammissione informale verso la Slovenia dei migranti intercettati senza titolo di ingresso nei territori vicino al confine italo-sloveno «anche qualora sia manifestata l'intenzione di richiedere protezione internazionale». Cfr. Camera dei Deputati, XVIII Legislatura, Resoconto stenografico dell'Assemblea, Seduta n. 379 di venerdì 24 luglio 2020, Interpellanza *Elementi e iniziative in relazione alle procedure di riammissione dei migranti in Slovenia, con particolare riferimento al pieno rispetto della normativa in materia di protezione internazionale* - n. 2-00861, Risposta del Sottosegretario agli Interni *Achille Variati*. Il testo dell'Interpellanza e della Risposta del Sottosegretario sono reperibili on-line al sito <https://www.camera.it/leg18/410?idSeduta=0379&tipo=stenografico#>.

⁴² Il riferimento è ai dati del Ministero degli Interni sloveno, come riportati in diversi report di ONG.

⁴³ In particolare, Amnesty International, *Human Rights in Europe - Review of 2019 – Slovenia*.

⁴⁴ Tribunale di Roma, Sezione Diritti della Persona e Immigrazione, Ordinanza 27 aprile 2021, RG7045/2021.

⁴⁵ Corte europea dei diritti umani, sentenza 18 novembre 2021, *M.H. and others v. Croatia*, ricorsi 15670/18, 43115/18, spec. §§ 104, 156, 251.

⁴⁶ *N.D. and N.T. v. Spain*, cit., § 81.

⁴⁷ *Report to the Greek Government on the visit to Greece carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 13 to 17 March 2020*, CPT/Inf (2020) 35, cit. Particolarmente sconcertante è la situazione del centro di detenzione di Poros, al confine greco turco sul fiume Evros: vale la pena riportare qui testualmente le osservazioni del Comitato: «the complete absence of any registration of detention at the Poros detention centre is extremely worrying. The Poros centre [at least since 29 February 2020] was officially being used for holding migrants for several hours prior to their transport to another detention facility. The delegation was told that all persons were recorded upon entry to the facility but that at the end of each day the form containing the information on these persons was simply thrown away. Such a practice lends credence to the very detailed allegations that the Poros detention facility was used to hold

Ciò detto, non resta che notare il diverso standard probatorio che, in questa materia, il Tribunale di Roma sembra avere applicato, rispetto alla Corte europea. In simili casi, caratterizzati dalla mancata identificazione del ricorrente da parte dello Stato cui si imputa un respingimento informale, la Corte di Strasburgo sembra in effetti richiedere soltanto un elemento di prova *prima facie*, capace cioè di stabilire la verosimiglianza delle allegazioni del ricorrente, determinando in tal modo un'inversione dell'onere della prova⁴⁸. Per contro, secondo quanto statuito dal Tribunale di Roma nell'ordinanza collegiale, nel vagliare se la lesione del diritto sia «verosimile e probabile alla luce degli elementi di prova esistenti *prima facie*», non si potrebbe considerare vigente un onere della prova attenuato né un «dovere di cooperazione officiosa del giudice», poiché ciò varrebbe, nell'ordinamento italiano, solo in relazione a «la situazione generale esistente nel Paese di origine dei richiedenti asilo e, ove occorra, dei Paesi in cui questi sono transitati», ma non invece in relazione alla prova delle circostanze di un respingimento, che «attengono a vicende complesse» che, se provate, implicherebbero «gravissime condotte delle autorità italiane».

Insomma, è difficile allontanare l'impressione di una prova diabolica richiesta al soggetto che affermi di essere stato respinto senza essere stato previamente identificato. Quest'impressione mi sembra confermata dal fatto che, come abbiamo visto, la pratica delle riammissioni informali al confine sloveno non è affatto contestata né dal governo italiano, né da quello sloveno; altresì, il ricorrere di numerosi respingimenti a catena sulla rotta balcanica, dalla Slovenia, attraverso la Croazia e fino alla Bosnia-Erzegovina è oggetto di numerose attestazioni in rapporti di organismi internazionali⁴⁹, come pure già ricordato.

9. Rilevanti conferme dalla giurisprudenza slovena e austriaca

Di più, quella prassi è attestata in almeno tre altre sentenze rese nello stesso periodo da giurisdizioni di due altri Stati membri dell'UE coinvolti nella c.d. rotta balcanica.

Si tratta di due sentenze dell'*Upravno sodišče* (Tribunale Amministrativo della Repubblica di Slovenia), rispettivamente del 22 giugno 2020⁵⁰ e del 17 dicembre 2020⁵¹, e di una

persons arbitrarily without any access to their rights, and that it served as a staging post for the pushback of migrants to Turkey»: *ivi*, p. 13.

⁴⁸ *N.D. and N.T. v. Spain*, cit., par. 85, il cui passaggio rilevante vale la pena riportare per esteso, poiché la Grande Camera vi nota che «the absence of identification and personalised treatment by the authorities of the respondent State in the present case, which has contributed to the difficulty experienced by the applicants in adducing evidence of their involvement in the events in issue, is at the very core of the applicants' complaint. Accordingly, the Court will seek to ascertain whether the applicants have furnished prima facie evidence in support of their version of events. If that is the case, the burden of proof should shift to the Government».

⁴⁹ Si veda il comunicato congiunto dello *UN Special Rapporteur on Human Rights of Migrants* e dello *UN Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, del 19 giugno 2020, dal titolo *Croatia: Police brutality in migrant pushback operations must be investigated and sanctioned*, reperibile al sito <https://www.ohchr.org/en/news/2020/06/croatia-police-brutality-migrant-pushback-operations-must-be-investigated-and>; si veda inoltre il già citato *Report on means to address the human rights impact of pushbacks of migrants on land and at sea*, *UN Special Rapporteur on Human Rights of Migrants* (2021), § 56.

⁵⁰ *Upravno sodišče* (Tribunale Amministrativo, Slovenia), sentenza 22 giugno 2020, UPRS Sodba I U 1490/2019-92, SI:UPRS:2020:I.U.1490.2019.92, reperibile on line al sito <http://sodnapraksas.si/>. Una sintesi in inglese è accessibile al sito <https://cjc.eu.eu/data/data/data?idPermanent=246&trial=1>.

⁵¹ *Upravno sodišče* (Tribunale Amministrativo, Slovenia), sentenza 17 dicembre 2020, UPRS Sodba I U 1686/2020, SI:UPRS:2020:I.U.1686.2020.126, reperibile on line al sito <http://sodnapraksas.si/>.

successiva decisione del *Landesverwaltungsgericht Steiermark* di Graz, in Austria, del 1. luglio 2021⁵².

Nelle due sentenze di giugno e dicembre 2020, il Tribunale sloveno, applicando per la prima volta l'art. 19, par. 1⁵³, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁵⁴, afferma la violazione del divieto di espulsioni collettive in relazione al respingimento a catena dalla Slovenia alla Croazia, e di lì alla Bosnia Erzegovina, di un cittadino camerunese nel primo caso, e di un cittadino iracheno di etnia curda ed ancora di un cittadino camerunese nel secondo. L'analisi condotta dalla corte slovena è basata su un'attenta valutazione della giurisprudenza della Corte europea⁵⁵ e si sofferma, tra l'altro, sull'impossibilità di invocare un'eccezione basata sull'art. 72 TFUE, in relazione ad una situazione di pretesa emergenza al confine sloveno-croato⁵⁶. In entrambi i casi si trattava di respingimenti attuati sulla base di un accordo di riammissione concluso nel 2006 tra la Slovenia e la Croazia.

Quanto alla decisione austriaca del luglio 2021, la corte di Graz dichiara illegittimo il respingimento informale verso la Slovenia di un cittadino marocchino che era entrato irregolarmente in territorio austriaco e che, dopo essere stato intercettato dalla polizia, aveva più volte ripetuto la parola "asilo" in inglese e francese. Nel censurare quel respingimento in quanto posto in essere in violazione delle norme interne e delle garanzie convenzionali relative al divieto di *refoulement*, il tribunale amministrativo della Stiria osserva in particolare che, dalle risultanze istruttorie, si può desumere che i *pushbacks* sono almeno in parte metodicamente applicati in Austria⁵⁷, e che questi avvengono senza obiezioni da parte slovena in considerazione del successivo respingimento a catena (*darauffolgenden Kettenabschiebung*) verso la Croazia e di lì in Bosnia-Erzegovina⁵⁸, come accaduto ai ricorrenti⁵⁹.

Da quelle decisioni slovene ed austriaca si può desumere, peraltro, un'ulteriore, lapalissiana conseguenza: per potersi avere una benché minima possibilità di attivare una garanzia giurisdizionale rispetto a fatti come quelli di cui si sta discutendo, occorre una qualche formalizzazione – anche solo incidentale – nella procedura informale che porta al respingimento: un verbale di arresto per violazione delle regole sull'ingresso nel territorio, l'assunzione delle impronte digitali e la fotoidentificazione. Una volta che si dia una traccia ufficiale della presenza del migrante irregolare nel territorio dello Stato da cui viene espulso, o alla frontiera del quale viene respinto, diviene concretamente possibile contestare le modalità dell'espulsione o del respingimento davanti ad un organo giurisdizionale.

In assenza di una tale minima formalizzazione è estremamente difficile dare la prova di fatti concreti che riguardano specifici ricorrenti. In mancanza di un approccio favorevole alla prova dei fatti in cui si concretano espulsioni o respingimenti informali, l'effettività della tutela giurisdizionale, già erosa dalla lontananza fisica, dalla scarsità di risorse materiali, ma

⁵² *Landesverwaltungsgericht Steiermark* (Tribunale amministrativo del Land Stiria), sentenza 1 luglio 2021, LVwG 20.3-2725/2020.

⁵³ *Upravno sodišče*, sentenza 22 giugno 2020, cit., par. 405.

⁵⁴ *Upravno sodišče*, sentenza 17 dicembre 2020, cit., § 245.

⁵⁵ *Upravno sodišče*, sentenza 22 giugno 2020, cit., § 407 ss.

⁵⁶ *Upravno sodišče*, sentenza 22 giugno 2020, cit., § 291 s.

⁵⁷ *Landesverwaltungsgericht Steiermark*, sentenza 1 luglio 2021, cit., punto 2, ultimo periodo, della sezione *Sachverhalt* (Fatti), ove si prende atto del fatto che «„Push-Backs“ in Österreich teilweise methodisch Anwendung finden» («i *push-backs* sono almeno in parte applicati sistematicamente in Austria»).

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ivi*, punto 1, ultimo periodo della sezione *Sachverhalt* (Fatti) e punto 4 della sezione *Entscheidungsgründe* (Motivi della decisione).

anche dalla scarsa consapevolezza dei propri diritti e dalla mancanza di fiducia nel sistema, rischia di trasformarsi in una vuota chimera.

II – Gli anticorpi nel sistema della Convenzione

10. L'infittirsi degli accertamenti di violazione della Convenzione europea in relazione alla gestione delle frontiere esterne dell'Unione

Abbiamo visto, dunque, il preoccupante espandersi di prassi di chiusura dei confini particolarmente problematiche. Come è documentato sia da rapporti di qualificati organismi indipendenti, sia da numerosi episodi emersi in sede giurisdizionale, la situazione complessiva negli Stati membri dell'Unione attesta la frequenza di fenomeni di espulsione/respingimento in assenza di qualsiasi provvedimento e garanzia individuale, rispetto ai quali può ipotizzarsi una violazione di garanzie poste da fonti internazionali e sovranazionali. Secondo l'impostazione che ho prima delineato, si tratta ora di verificare quest'ipotesi, interrogandosi sulla qualificazione di quelle prassi, alla luce dei parametri offerti dai due sistemi europei rilevanti in quest'ambito: la Convenzione europea e il diritto dell'Unione.

Cominciando con il sistema convenzionale, ho appena avuto modo di ricordare che, grazie ad un approccio alla prova dei fatti favorevole al ricorrente, sembra in effetti preservata una reale possibilità di accesso ad un ricorso davanti alla Corte europea. Di conseguenza, si assiste negli ultimi anni ad un aumento dei casi portati all'attenzione di quella Corte e, in particolare, ad un significativo incremento degli accertamenti di violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4⁶⁰, o di altre disposizioni convenzionali che in parte vi si sovrappongono da parte di quegli Stati – la Grecia, tra gli Stati membri dell'Unione⁶¹ – che non sono vincolati da quel Protocollo.

In questo paragrafo e nei due seguenti mi occuperò dunque di fare il punto su quella giurisprudenza, cominciando qui con un resoconto delle situazioni via via prese in considerazione dalla giurisprudenza e culminate in accertamenti di violazione del divieto di espulsioni collettive, oltre che di garanzie diverse previste dal sistema convenzionale.

Dopo l'isolato caso *Conka v. Belgium* dei primi anni duemila, relativo ad un'espulsione collettiva di un gruppo di cittadini slovacchi di etnia *rom*, la censura dei modi in cui si esprime la politica degli Stati membri dell'Unione di chiusura dei confini nei confronti dei migranti provenienti da Paesi terzi emerge con forza, nel decennio successivo, con le decisioni adottate dalla Corte europea a censura dei respingimenti in mare o ai porti praticati dall'Italia, con la sentenza *Hirsi Jamaa* del 2012⁶² e con la successiva *Sharifi* del 2014⁶³. Si riprende poi, molto più di recente, con una serie di decisioni che spostano il baricentro della giurisprudenza

⁶⁰ Per un'analisi dettagliata della giurisprudenza della Corte fino al 2018, con particolare attenzione ai casi che coinvolgono Stati membri UE, cfr. F.L. GATTA, *The Problematic Management of Migratory Flows in Europe and Its Impact on Human Rights: The Prohibition of Collective Expulsion of Aliens in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in G.C. BRUNO, F. M. PALOMBINO, A. DI STEFANO (Eds.), *Migration Issues before International Courts and Tribunals*, Roma, 2019, p. 119 ss.

⁶¹ Cui si aggiungono Svizzera e Regno Unito, tra gli Stati del Consiglio d'Europa non membri dell'Unione.

⁶² Cit. *supra*, nota 13.

⁶³ Corte europea dei diritti umani, sentenza 21 ottobre 2014, *Sharifi et autres c. Italie et Grèce*, ricorso 16643 /09.

verso est. Le prime avvisaglie si hanno con le sentenze del 2018 nel caso *M.A. and others v. Lithuania*⁶⁴, e con quella del luglio 2020 nel caso *M.K. and others v. Poland*⁶⁵ per le espulsioni collettive di cittadini russi di etnia cecena al confine bielorusso. Spostandosi più a sud, sulla rotta balcanica, arriva l'ancora più recente sentenza *Shabzad v. Hungary* del luglio 2021⁶⁶, con cui la Corte sancisce la violazione del divieto di espulsioni collettive per i respingimenti operati nella fascia di confine in cui è costruita la barriera e sono istituite le zone di transito presso le località ungheresi di *Rösztke* e *Tompá*. Ancora, scendendo lungo la rotta balcanica, viene in rilievo la sentenza *M.H. v. Croatia* del novembre 2021⁶⁷, relativa all'inumano respingimento informale di un gruppo di profughi comprendente una madre afgana con sette figli minori, cui venne imposto dalle guardie di frontiera croate di rientrare in Serbia seguendo a piedi i binari ferroviari, di notte. In quell'occasione una delle bimbe, Madina, di sei anni, fu travolta e uccisa da un treno. La Corte accerta, in relazione a quei fatti, la violazione del divieto di espulsioni collettive, oltre che di numerose altre norme convenzionali.

Tornando verso il mediterraneo, il faticoso emergere nella giurisprudenza di Strasburgo della politica di respingimenti alle frontiere e nelle acque greche si compie con la sentenza del luglio 2022 contro la Grecia nel caso *Safi*⁶⁸, in cui la Corte si pronuncia in relazione ad un naufragio di un vascello di fortuna con diversi migranti a bordo, avvenuto nel corso di un'operazione di traino verso le acque turche operata da un guardiacoste greco. In tal caso, le censure non si riferiscono al Protocollo n. 4, per la sua inapplicabilità alla Grecia, ma la Corte unanime accoglie le censure relative alla violazione dell'art. 2 (diritto alla vita, *coté* procedurale e *coté* sostanziale) commesse dalla Grecia in occasione di quel respingimento.

Infine, a partire da agosto 2021, in diverse *decine* di ricorsi la Corte europea ha ingiunto ai governi polacco, lettone e lituano l'adozione di misure provvisorie a protezione di ricorrenti bloccati o respinti nella "terra di nessuno" tra Bielorussia e Polonia e, in numero minore, Lettonia e Lituania⁶⁹.

In particolare, in relazione al ricorso attualmente pendente nel caso *R.A. and others v. Poland*⁷⁰, le misure provvisorie ordinate dalla Corte europea hanno prima ingiunto alla Polonia di fornire ai ricorrenti di cibo, acqua, vestiti, cure e alloggio temporaneo; in un secondo momento quelle misure si sono estese all'ingiunzione di permettere agli avvocati dei ricorrenti di prendere i necessari contatti con quelli e all'ordine di non rimpatriare i ricorrenti in Bielorussia.

Va citato infine un caso di condanna della Francia per l'espulsione di due minori non accompagnati dall'isola di Mayotte, dipartimento francese d'oltre mare, verso le isole Comore, Stato terzo. Di questo caso, al di là del principio giuridico specificamente rilevante, relativo all'espulsione di minori non accompagnati, è interessante considerare la "singolarità". Si tratta in effetti dell'unica condanna della Francia per un'espulsione collettiva, nonostante la corposa prassi di espulsioni informali operate dalle autorità francesi ai confini spagnolo e,

⁶⁴ Corte europea dei diritti umani, sentenza 11 dicembre 2018, *M.A. and others v. Lithuania*, ricorso 59793/17.

⁶⁵ Corte europea dei diritti umani, sentenza 23 luglio 2020, *M.K. and others v. Poland*, ricorsi n. 40503/17, 42902/17 e 43643/17.

⁶⁶ Cit. *supra*, nota 19.

⁶⁷ Cit. *supra*, nota 46.

⁶⁸ Corte europea dei diritti umani, sentenza 7 luglio 2022, *Safi and others v. Greece*, ricorso 5418/15.

⁶⁹ Si veda il comunicato ECHR 051 (2022), del 21 febbraio 2022, *Update on Interim Decisions Concerning Member States' Borders with Belarus*, anche per i numeri, realmente impressionanti.

⁷⁰ Ricorso 42120/21.

soprattutto, italiano⁷¹. E ciò si deve, sia chiaro, non ad una presenza di casi di rigetto di censure, nel merito o quanto all'ammissibilità, bensì ad una totale assenza di casi relativi a quelle prassi ai confini interni.

Con ciò si esprime, in negativo, una caratteristica dell'intero sistema convenzionale. Uno strabismo che porta a non considerare in alcun modo espulsioni e respingimenti di cittadini di Paesi terzi posti in essere con sempre maggiore sistematicità alle frontiere interne dell'Unione: una prassi che, lungi dall'essere limitata alla Francia, caratterizza come si è visto⁷² i confini interni interessati dalla c.d. rotta balcanica: il confine tra Italia e Slovenia, quello tra Austria e Slovenia, ed infine quello tra Slovenia e Croazia.

11. Lo standard applicabile al divieto di espulsione collettiva: apprezzamento generale

Ora, le sentenze di condanna appena ricordate ed una più generale considerazione dei principi espressi dalla giurisprudenza della Corte europea consentono di mettere alcuni punti fermi su ciò che è lecito e ciò che invece non lo è, quando si proceda all'espulsione o al respingimento di cittadini di Paesi terzi o apolidi, alla luce della portata del divieto di espulsioni collettive nel sistema convenzionale.

Nelle sentenze della Corte europea si delinea con sufficiente chiarezza un principio secondo cui rientra nella nozione di espulsione collettiva qualsiasi misura adottata da uno Stato, nell'ambito della sua giurisdizione, con cui si impone a stranieri o apolidi di lasciare il territorio dello Stato – o si nega loro ingresso in tale territorio, come si vedrà meglio tra un attimo – quando quelle misure non siano basate su «a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien» e possano quindi considerarsi applicate a stranieri o apolidi non considerati individualmente, ma come *gruppo*⁷³. Perché una misura di espulsione possa dirsi basata su un esame ragionevole ed obiettivo della posizione individuale dello straniero, è necessario che ognuno degli individui che fanno oggetto della misura di espulsione abbia avuto una «genuine and effective possibility» di far valere i propri argomenti contro l'espulsione; quegli argomenti, inoltre, devono essere stati esaminati «in an appropriate manner» dalle autorità dello Stato⁷⁴.

La garanzia di una considerazione individualizzata delle ragioni che possono ostare all'espulsione si applica a prescindere dall'eventuale titolo di soggiorno sul territorio dello Stato che procede all'espulsione e protegge dunque qualsiasi persona che si trovi *di fatto* nell'ambito di esercizio della giurisdizione dello Stato che l'allontana dal suo territorio, o che vi rifiuta l'ingresso. In altre parole, la garanzia in questione si applica *anche* (e si potrebbe

⁷¹ Su cui si veda il rapporto del 2021 dello *UN Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants* cit. *supra*, alla nota 18.

⁷² Cfr. la discussione delle decisioni giudiziarie italiane, slovene ed austriache svolta nei tre paragrafi precedenti, ma anche i dati riportati nei rapporti degli organismi di garanzia del sistema ONU e del Consiglio d'Europa riportati al par. 6.

⁷³ *Conka v. Belgium*, cit., punto 59.

⁷⁴ Corte europea dei diritti umani (Grande Camera), sentenza 15 dicembre 2016, *Khalifia and others v. Italy*, ricorso n. 16483/12, punto 248. Per una critica dell'approccio concretamente seguito dalla Corte in quella sentenza v. però A. SACCUCCI, *Il divieto di espulsioni collettive di stranieri in situazioni di emergenza migratoria*, in *Dir. uomo. dir. int.*, 2018, p. 29 ss. Secondo quella critica, la Corte consentirebbe in concreto ad uno Stato di procedere all'espulsione sul presupposto di una mera identificazione della persona espulsa, ed in assenza di argomenti sollevati da quella, purché ne abbia astrattamente avuto la possibilità.

aggiungere *soprattutto*) alle persone che sono prive di titolo di soggiorno o di entrata: *ai migranti in situazione irregolare*. È l'intera giurisprudenza degli ultimi anni della Corte europea a confermare questa conclusione, da *Hirsi Jamaa* a tutti i casi cui ho fatto riferimento nel paragrafo precedente.

A partire da *Hirsi Jamaa*, inoltre, è chiaro che il divieto non copre più soltanto l'espulsione in senso letterale dal territorio, ma anche il diniego di ingresso nel territorio (o nelle acque territoriali) dello Stato e l'allontanamento verso il territorio di altro Stato, le acque territoriali di quello, o l'alto mare, in un'interpretazione evolutiva del concetto di espulsione collettiva che copre *espulsione e respingimento* e diviene così un elemento peculiare dell'approccio "europeo" al divieto di espulsioni collettive⁷⁵.

12. L'emergere di un'eccezione di *own culpable conduct*

Sulla base delle decisioni cui si è fatto sin qui riferimento, l'applicazione del divieto di espulsioni e respingimenti collettivi si fonda sulla valutazione oggettiva della condotta delle autorità dello Stato, nel momento in cui procedono al respingimento o all'espulsione di una persona che si trova irregolarmente nel territorio dello Stato, o che cerca di entrarvi senza averne apparentemente titolo.

Tuttavia, nel panorama giurisprudenziale della Corte europea appare un'importante e controversa eccezione a tale approccio meramente oggettivo, a partire dalla sentenza resa dalla Grande Camera nel 2020 nel caso del "muro" di Melilla⁷⁶. A partire da quella sentenza, infatti, anche laddove l'espulsione o il respingimento siano avvenuti senza che fossero prese in considerazione le circostanze personali dello straniero espulso, dandogli una possibilità reale ed effettiva di presentare le proprie argomentazioni, la giurisprudenza di Strasburgo ha in alcuni casi escluso la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 in presenza di una discutibile condizione negativa attinente alla condotta dello straniero: si tratta delle ipotesi in cui il respingimento senza esame individuale sia giustificato dall'*own (culpable) conduct of the migrants*.

Tale condizione negativa, pur menzionata già in due precedenti decisioni di inammissibilità del 2005⁷⁷ e 2011⁷⁸, assume in realtà nuovo e più ampio contenuto con la sentenza del 2020 sul muro di Melilla, perché non è più riferita al rifiuto dei migranti di farsi identificare e di interloquire con le autorità, così da rendere impossibile quell'esame⁷⁹, o al fatto di aver avanzato argomenti identici, così da aver dato luogo ad un'analisi parallela delle rispettive situazioni⁸⁰. Piuttosto, la condizione della condotta colpevole dei migranti espulsi viene ora estesa alla situazione di ingresso illegale nel territorio di uno Stato che avvenga in gruppo, sfruttando deliberatamente la numerosità del gruppo e – asseritamente – facendo uso della forza, così da dar luogo ad una situazione capace di mettere a repentaglio la sicurezza pubblica, a condizione che lo Stato abbia assicurato un accesso reale ed effettivo

⁷⁵ M. DI FILIPPO, *Walking the (Barbed) Wire*, cit., p. 482.

⁷⁶ *N.D. and N.T. v. Spain*, cit.

⁷⁷ Corte europea dei diritti umani, decisione di inammissibilità 16 giugno 2005, *Berisha and Haljiti v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, ricorso n. 18670/03.

⁷⁸ Corte europea dei diritti umani, decisione di inammissibilità 1 febbraio 2011, *Dritsas et autres c. Italie*, ricorso n. 2344/02.

⁷⁹ *Dritsas et autres*, cit., punto 7.

⁸⁰ *Berisha and Haljiti*, cit., punto 2.

alle vie d'ingresso legali, in particolare alle procedure di frontiera⁸¹. Inoltre, a giudicare da una successiva decisione adottata da una sezione della Corte nel luglio 2022 per fatti legati all'attraversamento della frontiera terrestre tra Grecia e Macedonia del Nord, quella condizione negativa sembrerebbe applicarsi a qualsiasi ingresso irregolare collettivo, anche pacifico, che avvenga deliberatamente al di fuori delle procedure regolari di frontiera⁸².

Ora, si potrebbe essere tentati di leggere nella sentenza del luglio 2022 la fuga in avanti di una sezione, rispetto ad un atteggiamento più prudente della Grande Camera. A guardar bene, però, non è così. Il riferimento alla violenza è, nella sentenza sulla prassi spagnola dei respingimenti *en caliente* a Melilla, piuttosto fuorviante. In quel caso, infatti, non era affatto accertato l'uso della violenza da parte dei migranti. La Corte si limita, a ben vedere, ad accettare l'equazione proposta dal governo spagnolo tra violazione *en masse* della frontiera e perturbazione dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza.

Si tornerà oltre su tale approccio, confrontandolo con quello, ben più rigoroso, della Corte di giustizia⁸³. Per intanto, possiamo però constatare che l'accento della giurisprudenza della Corte europea sembra essersi impercettibilmente spostato, almeno alle frontiere terrestri, a favore della loro impermeabilità, svuotando l'art. 4 del Protocollo n. 4 di buona parte del suo significato in tutti quei casi in cui la frontiera sia fisicamente chiusa con muri o altre barriere costantemente vigilate e l'allontanamento avvenga nell'immediatezza del superamento di quelle barriere. Rimangono proibite le espulsioni collettive frutto di arresti avvenuti chiaramente all'interno del territorio nazionale, in un tempo successivo a quello dell'immediato attraversamento della frontiera (*Shabzad v. Hungary*) e quelle in cui all'immediato respingimento si aggiungano violazioni di ulteriori garanzie convenzionali, *in primis* il diritto alla vita (*M.H. and others v. Croatia*).

13. Conclusioni intermedie

Per concludere questa prima parte dell'analisi, gli anticorpi convenzionali non sembrano, in sintesi, capaci di sconfiggere il virus della chiusura ad *ogni* costo delle frontiere.

In relazione alle manifestazioni più clamorose ed evidenti di quel virus – i respingimenti *en caliente* informali, ma palesi, alle frontiere esterne militarizzate degli Stati membri dell'Unione – l'emergere dell'eccezione dell'*own culpable conduct* al divieto di espulsioni collettive priva quel divieto di buona parte del suo autonomo significato, limitando paradossalmente gli obblighi degli Stati che presidiano una frontiera terrestre in maniera molto più marcata rispetto a quelli degli Stati che invece presidiano una frontiera marittima. In buona sostanza, con la sentenza *N.D. and N.T. v. Spain* relativa al muro di Melilla, la nozione di espulsione collettiva al confine terrestre non comprende più quella di respingimento, salvo casi eccezionali in cui sia contestualmente data una violazione di altre specifiche disposizioni convenzionali.

In relazione poi alle espressioni più nascoste ed insidiose di quel virus – i respingimenti a catena informali, praticati con modalità a volte neppure tracciabili, dalle frontiere interne

⁸¹ *N.D. and N.T. v. Spain*, cit., punto 201.

⁸² Corte europea dei diritti umani, sentenza 5 luglio 2022, *A.A. and others v. North Macedonia*, ricorso 55798/16 e altri quattro, punti 121-123.

⁸³ *Infra*, § 17.

tra Stati membri, fino alle frontiere esterne con Stati terzi, il sistema convenzionale sembra, per il momento, totalmente irrilevante.

III – Gli anticorpi nel diritto dell'Unione

14. Segnali ambigui dal diritto dell'Unione

Spostiamoci ora sulla valutazione delle prassi oggetto di questo intervento dal lato del diritto dell'Unione europea, per vedere se in quel sistema siano presenti anticorpi capaci, almeno in teoria, di andare oltre la debole protezione offerta dal sistema convenzionale.

Come ho argomentato in un altro scritto su questo tema⁸⁴, il diritto dell'Unione si segnala, in quest'ambito, anzitutto per un'enorme assenza. L'art. 19, primo paragrafo della Carta, che esprime il divieto di espulsioni collettive con tenore quasi identico alla previsione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 alla Convenzione europea, non trova infatti alcuno spazio nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

In primo luogo, nessun ricorso per infrazione è stato deciso, né alcuno pende, in relazione alla violazione di quel divieto da parte degli Stati membri. Questo dato, ahimè, esprime benissimo la coerenza della linea dell'attuale Commissione europea con le politiche di brutale chiusura dei confini nei confronti dei cittadini di Paesi terzi espressa dalla gran parte degli Stati membri.

In secondo luogo, nessuna questione pregiudiziale è stata risolta, né alcuna pende, sul rispetto del divieto di espulsioni collettive previsto da quella disposizione della Carta. L'assenza di pregiudiziali esprime la rarefazione delle occasioni in cui questioni relative ai respingimenti informali possono essere portate davanti ai giudici degli Stati membri, in conseguenza delle caratteristiche stesse del fenomeno: sfuggente ai controlli dello Stato di diritto, per la sua informalità; efficacissimo nell'allontanare quei migranti dal territorio dell'Unione, per il concatenamento dei successivi respingimenti fino all'esterno di quel territorio⁸⁵.

Nel prosieguo di questo contributo cercherò tuttavia di mostrare come, nonostante il preoccupante silenzio sull'art. 19, par. 1, TFUE, il diritto dell'Unione europea possa giocare – ove si trovi un rimedio alle carenze strutturali che la tutela giurisdizionale sembra conoscere per chi viene respinto oltre le frontiere esterne⁸⁶ – un ruolo non secondario a garanzia di un livello di protezione superiore rispetto a quello garantito dalla Convenzione, in relazione al divieto di espulsioni collettive.

Allo stato attuale, la via per giungere a una tale conclusione è, però, indiretta, perché coinvolge alcune disposizioni del diritto derivato, come interpretate dalla Corte di giustizia

⁸⁴ B. CORTESE, *Il divieto di espulsioni collettive: riflessioni sul rischio di snaturamento dell'ordinamento giuridico dell'Unione alle sue frontiere esterne*, in A. TIZZANO, P. DE PASQUALE, F. FERRARO, R. MASTROIANNI (a cura di), *Giuseppe Tesaurò. Un uomo, un europeista*, Napoli, 2023, p. 245 ss.

⁸⁵ Aspetti su cui ho scritto nel mio contributo agli *Studi in memoria di Giuseppe Tesaurò*, cit. alla nota precedente, spec. p. 254 ss.

⁸⁶ Per alcune proposte mi sia permesso rinviare a quanto scritto in B. CORTESE, *Il divieto di espulsioni collettive*, cit., p. 261 ss.

in relazione ad *altre* norme e principi del diritto primario, seppur anch'essi collegati al divieto di espulsione collettiva.

15. *Il ruolo del diritto procedurale derivato e di alcuni principi del diritto primario*

Andiamo con ordine, partendo dalle norme del diritto derivato che possono costituire ostacolo alle prassi di respingimenti informali praticate dagli Stati membri.

Nel sistema europeo di asilo spiccano le disposizioni sull'accesso alla procedura di riconoscimento dello *status* di protezione internazionale, contenute in particolare all'art. 6 della direttiva procedure 2013/32, come interpretato dalla Corte di giustizia, le previsioni della direttiva rimpatri 2008/115, che contempla la necessità di una decisione di rimpatrio, salvo alcune limitate eccezioni, ed i principi relativi al rapporto tra le due direttive, ancora una volta nell'interpretazione datane dalla Corte. Quelle disposizioni e quei principi escludono, per l'essenziale, qualsiasi respingimento operato senza una previa identificazione del migrante ed un'adeguata considerazione delle circostanze individuali.

Vediamo di considerare il fondamento di tale affermazione nel dettaglio, partendo dalle norme della direttiva rimpatri⁸⁷. In essa si prevede in linea di principio che l'espulsione e il respingimento dei cittadini di paesi terzi ed apolidi in condizioni di soggiorno irregolare siano decisi nell'ambito di specifiche procedure e siano disposti con provvedimenti motivati⁸⁸ ed impugnabili⁸⁹, in esito a procedure che, secondo la Corte di giustizia, devono essere eque e trasparenti⁹⁰. Ciò garantisce, già di per sé, una certa tutela contro pratiche di respingimento informale generalizzato, come dimostra la sentenza resa dalla Corte nel procedimento per infrazione sulle *zone di transito* ungheresi, nella parte in cui accoglie la quarta censura fatta valere dalla Commissione, relativa al fatto «che in una situazione di crisi causata da un'immigrazione di massa, i cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nel [territorio dello Stato] è irregolare [sono] ricondotti forzatamente» in territorio serbo, senza rispettare le procedure e le garanzie definite dalla direttiva 2008/115⁹¹.

Vi sono però, almeno *apparentemente*, in quella direttiva, delle zone grigie, degli spazi in cui sembra aprirsi una discrezionalità degli Stati membri e che consentirebbero di giustificare proprio le prassi più problematiche di cui ho dato conto in apertura di questo intervento. Si leggono, infatti, nella direttiva rimpatri, specifiche previsioni che aprono ad una deroga delle procedure in essa previste per i casi di respingimento alla frontiera⁹² e per i casi di riammissione in altro Stato membro sulla base di un accordo previgente l'entrata in vigore

⁸⁷ Per una più completa presentazione di quelle norme cfr. S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*², Torino, 2022, p. 368 ss.

⁸⁸ Art. 12 direttiva rimpatri 2008/115.

⁸⁹ Art. 13 direttiva rimpatri 2008/115.

⁹⁰ Sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione) dell'8 maggio 2018, causa C-82/16, *K.A. e a. c. Belgische Staat*, EU:C:2018:308, punto 101.

⁹¹ Causa C-808/18, *zone di transito* ungheresi, cit., § 227 ss., per la descrizione della censura mossa dalla Commissione, punti 241 ss., per il giudizio della Corte.

⁹² Art. 2, par. 2, lettera a), direttiva rimpatri, ai sensi del quale gli Stati possono decidere di non applicare la direttiva a soggetti «sottoposti a respingimento alla frontiera conformemente all'articolo 13 del codice frontiere Schengen ovvero fermati o scoperti dalle competenti autorità in occasione dell'attraversamento irregolare via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro e che non hanno successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno in tale Stato membro».

della direttiva, purché quel secondo Stato adotti, poi, una decisione formale in forza della direttiva (esclusi dunque tutti i casi di respingimento a catena)⁹³.

Nel primo caso, peraltro, si tratta di una deroga che, ai fini delle prassi discusse nel presente intervento, non produce alcun effetto legittimante: alle procedure della direttiva rimpatri si sostituiscono in effetti altre procedure, previste dal codice frontiere Schengen, così da escludere in ogni caso l'adottabilità di forme di respingimento informale, vale a dire tramite il mero uso della forza, senza l'adozione di un provvedimento motivato, seppure nelle forme semplificate previste dal codice frontiere Schengen.

Rimane, apparentemente, ammissibile un respingimento informale alle frontiere interne, in virtù di un accordo di riammissione bilaterale tra Stati membri precedente all'entrata in vigore della direttiva rimpatri, come quello italo-sloveno del 1996 e quello sloveno-croato del 2006. Tuttavia, argomentare nel senso di un'astratta ammissibilità di misure di respingimento informale nel caso degli accordi di riammissione intra-UE si dimostra esercizio del tutto fallace, per un imprescindibile argomento sistematico. Infatti, una lettura della direttiva rimpatri che la metta in relazione con le norme ed i principi del sistema comune europeo di asilo impone una conclusione opposta.

A tale proposito va notato anzitutto che è la stessa direttiva rimpatri a prevedere, al suo art. 4, una clausola di prevalenza dell'obbligo di *non refoulement*⁹⁴, ed un'ulteriore clausola di prevalenza, almeno in parte consequenziale a quella prima, a favore delle disposizioni di diritto derivato in materia di asilo⁹⁵. Vi sono ulteriormente nella direttiva rimpatri una serie di ipotesi in cui non è comunque possibile procedere al respingimento. Si tratta in particolare delle ipotesi in cui il respingimento andrebbe contro l'interesse superiore del bambino, l'esigenza di preservare l'unità della vita familiare o quella di garantire dignitose condizioni di salute della persona in questione⁹⁶, in relazione alle quali la stessa direttiva presuppone del resto l'adozione di provvedimenti motivati e scritti di conferma della posizione⁹⁷.

Ancora, è la stessa giurisprudenza della Corte relativa alle prassi oggetto di questo intervento a ricordarci la prevalenza della direttiva procedure sulla direttiva rimpatri, non appena la persona interessata da un possibile rimpatrio manifesti in qualsiasi forma l'intenzione di chiedere protezione internazionale. È particolarmente cogente il percorso argomentativo seguito dalla Grande sezione della Corte nella sentenza sulle *zone di transito* ungheresi e sui respingimenti informali operati dall'Ungheria verso la Serbia. In essa, la Corte (ri)afferma anzitutto il principio, già emerso nella sentenza *Ministerio Fiscal*⁹⁸, secondo cui una domanda di protezione internazionale si considera presentata nel momento stesso in cui sia manifestata l'intenzione di richiedere quella protezione, al di fuori di qualsiasi requisito

⁹³ Art. 6, par. 3, direttiva rimpatri, così formulato: «Gli Stati membri possono astenersi dall'emettere una decisione di rimpatrio nei confronti di un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare qualora il cittadino in questione sia ripreso da un altro Stato membro in virtù di accordi o intese bilaterali vigenti alla data di entrata in vigore della presente direttiva. In tal caso lo Stato membro che riprende il cittadino in questione applica il paragrafo 1» e dunque adotta una decisione di rimpatrio ai sensi della direttiva.

⁹⁴ Art. 4, par. 4, lettera b), direttiva rimpatri.

⁹⁵ Art. 4, par. 2, direttiva rimpatri.

⁹⁶ Cfr. sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2014, causa C-249/13, *Boudjlida c. Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, EU:C:2014:2431, punto 48.

⁹⁷ Cfr. G. CELLAMARE, *Dignità umana e trattamento degli stranieri irregolari in attesa di rimpatrio nel diritto dell'Unione europea*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2020, p. 1 ss.

⁹⁸ Sentenza 25 giugno 2020, causa C-36/20 PPU, *Ministerio Fiscal (Autorità che può ricevere una domanda di protezione internazionale)*, EU:C:2020:495.

formale, ad una delle autorità rilevanti per l'art. 6 della direttiva procedure⁹⁹. Una volta manifestata quell'intenzione, osserva ancora la Corte nella sentenza sulle *zone di transito* ungheresi, lo Stato membro in questione deve poi garantire a quelle persone «un'effettiva possibilità di inoltrare la loro domanda» presso un'autorità competente ad esaminarla¹⁰⁰. Ciò vale in particolare laddove la domanda sia presentata da una persona in una situazione di soggiorno irregolare, poiché a partire dal momento in cui quella persona manifesta l'intenzione di ricevere protezione internazionale ad un'autorità pubblica rilevante, essa assume la qualifica di richiedente protezione internazionale¹⁰¹.

Infine, è fondamentale il chiarimento che emerge dalla sentenza della Corte nella sentenza *Ministerio Fiscal* del giugno 2020, secondo cui il concetto di “autorità che può ricevere una domanda di protezione internazionale” ai sensi dell'art. 6 della direttiva procedure è un concetto autonomo di diritto UE e non può essere lasciato ad una unilaterale determinazione da parte del legislatore nazionale. Quella nozione autonoma deve comprendere ogni autorità nazionale alla quale «è plausibile che una domanda di protezione internazionale [sia] presentata da un cittadino di paese terzo o da un apolide»¹⁰². In tal modo, sono incluse in quel concetto non solo le autorità che esercitano la forza pubblica nei confronti di quelle persone, e dunque le forze di polizia, le guardie di frontiera e le autorità che gestiscono centri di identificazione e trattenimento, ma anche un magistrato davanti al quale quelle persone siano chiamate a comparire in relazione a provvedimenti presi da quelle autorità.

Ebbene, dalla sentenza *Ministerio Fiscal* discende che il concetto di “autorità che può ricevere una domanda di protezione internazionale” ai sensi dell'art. 6 della direttiva procedure è sì autonomo, ma si costruisce dunque inevitabilmente in relazione alle scelte – politiche e amministrative – di gestione della frontiera del singolo Stato membro, così da evitare qualsiasi possibile aggiramento. Seguendo l'approccio utilizzato dalla Corte in quella sentenza si potrà in buona sostanza affermare che qualsiasi persona investita di funzioni pubbliche finalizzate, direttamente o indirettamente, a permettere il respingimento di chi entri, o tenti di entrare, nel territorio dello Stato, deve ritenersi destinataria dalle previsioni dell'art. 6 della direttiva procedure, e ciò anche a prescindere dalla formale inclusione di quella persona nella struttura amministrativa dello Stato.

Di conseguenza, chiunque nell'esercizio di quelle funzioni pubbliche entri in contatto con una persona migrante in condizione irregolare che manifesti in qualsiasi modo l'intenzione di richiedere protezione internazionale, dovrà non solo essere in grado di

⁹⁹ Causa C-808/18, *zone di transito* ungheresi, cit., punti 97 e 100, e causa C-36/20 PPU, *Ministerio Fiscal*, cit., punti 92-94, secondo cui «l'acquisizione della qualità di richiedente protezione internazionale non può essere subordinata né alla registrazione né all'inoltro della domanda», poiché tale qualità è acquisita «a partire dal momento in cui [l'interessato] “presenta” una siffatta domanda», senza che a tal fine possa essere imposto il rispetto di alcuna formalità amministrativa.

¹⁰⁰ Causa C-808/18, *zone di transito* ungheresi, cit., punto 93, con riferimento anche alla sentenza della Corte di giustizia del 25 gennaio 2018, causa C-360/16, *Hasan*, EU:C:2018:35, punto 76.

¹⁰¹ Si argomenta dal principio di diritto ricordato nella causa C-36/20 PPU, *Ministerio Fiscal*, cit., punto 96, secondo cui «l'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 2008/115, in combinato disposto con il considerando 9 di quest'ultima, deve essere interpretato nel senso che tale direttiva non è applicabile a un cittadino di un paese terzo che abbia inoltrato una domanda di protezione internazionale, ai sensi della direttiva 2013/32», in congiunzione con il principio enunciato ai punti 92 e 94 di quella stessa sentenza. Cfr. altresì causa C-808/18, *zone di transito* ungheresi, cit., punti 97 e 100.

¹⁰² Causa C-36/20 PPU, *Ministerio Fiscal*, cit., punti da 57 a 59, richiamata anche al punto 90 della citata sentenza del dicembre di quell'anno nella causa C-808/18, sulle *zone di transito* ungheresi.

informarla circa le autorità competenti a registrare quella domanda e le relative procedure, ma dovrà altresì trasmettere formale comunicazione all'autorità competente.

Soprattutto, nel momento in cui quella persona migrante in condizione irregolare abbia manifestato una tale intenzione, non sarà più possibile procedere ad alcun allontanamento informale sulla base di deroghe previste dalla direttiva rimpatri, perché quella cesserà di essere applicabile a vantaggio della direttiva procedure.

16. *Il ruolo supplente del diritto primario diverso dall'art. 19.1 Carta e l'inammissibilità di un regresso nello stato del diritto derivato*

Ora, sebbene la giurisprudenza da cui si deve desumere l'inammissibilità di prassi di respingimento informale si sia prevalentemente espressa in riferimento a norme poste da fonti di diritto derivato, ed in particolare sulle disposizioni della direttiva procedure, è però su alcune norme del diritto primario che l'inammissibilità di quelle prassi, necessariamente, si fonda.

Ciò emerge del resto anche nella giurisprudenza, e segnatamente nella sentenza resa dalla Grande sezione nella causa sulle *zone di transito* ungheresi, ove, accogliendo il ragionamento esplicitato nelle conclusioni dell'Avvocato generale Pikamäe¹⁰³, la Corte chiarisce che le disposizioni procedurali poste dalla direttiva 2013/32 assicurano «l'effettività del diritto di asilo, quale garantito dall'articolo 18 della Carta»¹⁰⁴.

Cosicché, come bene spiega l'Avvocato generale, anche al di fuori delle specifiche previsioni della direttiva procedure, si deve riconoscere l'esistenza di un "obbligo preliminare", che trova fondamento nel Trattato e nella stessa Carta: «l'obbligo di garantire un accesso effettivo alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale»¹⁰⁵.

Nella sentenza, condividendo l'analisi del suo Avvocato generale, la Corte constata allora che normative nazionali in base alle quali «il cittadino di un Paese terzo che si trovi in situazione di soggiorno irregolare [sia] privato, dopo il suo ingresso nel territorio [dello Stato] della possibilità di presentare o inoltrare una domanda di protezione internazionale» impediscono a quella persona «di godere effettivamente del diritto sancito dall'articolo 18 della Carta»¹⁰⁶.

Se ciò è vero, anche eventuali modifiche del quadro di diritto derivato esistente che dovessero essere approvate, nel contesto della procedura legislativa mirante a sostituire la direttiva procedure con un nuovo regolamento, non potrebbero modificare il dato derivante da quella giurisprudenza.

La ragione di ciò sta nell'ancoraggio che l'interpretazione data dalla Corte al diritto derivato trova in principi superiori relativi all'effettività del diritto di asilo¹⁰⁷, al divieto di

¹⁰³ Conclusioni dell'avvocato generale P. Pikamäe, presentate il 25 giugno 2020, nella causa C-808/18, EU:C:2020:493, § 52.

¹⁰⁴ Causa C-808/18, cit., punto 102; conclusioni C-808/18, cit., § 55.

¹⁰⁵ Conclusioni C-808/18, cit., § 52: corsivo originale nel testo delle Conclusioni.

¹⁰⁶ Causa C-72/22 PPU, cit. *supra* alla nota 23, punto 63.

¹⁰⁷ Esigenza esplicitamente richiamata dalla Grande sezione della Corte di giustizia nella sentenza sul caso delle *zone di transito* ungheresi: causa C-808/18, cit., punto 102.

refoulement e all'obbligo di garantire un accesso effettivo alle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale¹⁰⁸.

17. Il diverso rilievo della perturbazione dell'ordine pubblico nel sistema UE rispetto a quello convenzionale

Un ulteriore elemento di conforto alla tesi secondo cui, almeno da un punto di vista astratto, il diritto dell'Unione è capace di offrire una protezione più estesa di quella predisposta dal sistema convenzionale contro espulsioni o respingimenti attuati senza formalizzazione sta nel rilievo differente che ha nei due sistemi l'affermazione, da parte dello Stato, di una presunta perturbazione dell'ordine pubblico legata al superamento delle frontiere da parte di un numero significativo di cittadini di paesi terzi.

La giurisprudenza delle due Corti ci dà in effetti indicazioni significativamente divergenti, capaci di portare a risultati opposti quanto alla determinazione dell'ammissibilità o meno di respingimenti informali *en caliente*. Da un lato sta, infatti, la posizione della Corte europea, nella sentenza sul muro di Melilla, che porta ad affermare l'esistenza di una minaccia per l'ordine pubblico da parte di persone che, senza in realtà usare violenza né tantomeno essere armate, tentano, in gruppo, di superare le frontiere di uno Stato europeo chiuse ermeticamente da un triplo cerchio di barriere complete di filo spinato e presidiate da guardie armate. Dall'altro lato sta, invece, il rigetto da parte della Corte di giustizia delle argomentazioni degli Stati membri basate sulla necessità di derogare alle garanzie procedurali poste dal diritto UE a fronte di flussi massicci di migranti alla frontiera, tanto nel caso delle *zone di transito* ungheresi, quanto in quello della legislazione emergenziale lituana oggetto della pregiudiziale d'urgenza nella causa *M.A.*

Mi sembra utile dare uno sguardo più da vicino a quelle decisioni, partendo dai due casi affrontati dalla Corte di giustizia, in cui i fatti sono noti ed indiscussi – la presenza di un flusso importante alle frontiere orientali dell'Unione, rispettivamente al confine serbo-ungherese e al confine tra gli Stati baltici e la Bielorussia, cosicché il principio di diritto applicabile a fatti di quel genere emerge agevolmente.

Nella sentenza sul ricorso di infrazione contro l'Ungheria la Corte accoglie la censura formulata alla Commissione in merito ai respingimenti informali oltre la barriera, constatando come non sia sufficiente, per derogare alle procedure della direttiva rimpatri, «invocare, in maniera generale, un rischio di turbativa dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale», senza dimostrare le circostanze che specificamente comprovino la necessità di derogare a quelle procedure. Nel caso lettone, rispondendo a quesiti pregiudiziali formulati in relazione all'applicazione della legislazione lituana sullo stato di emergenza a persone che hanno attraversato in maniera irregolare i confini esterni dell'Unione nel quadro di una situazione di massiccio afflusso, la Corte ricorda inoltre come dalla sua giurisprudenza derivi che gli specifici poteri di deroga a singole previsioni di direttive che esprimono una politica comune dell'immigrazione e dell'asilo siano oggetto di un "rigoroso inquadramento" basato su concetti autonomi di turbamento dell'ordine pubblico o della pubblica sicurezza. In tale

¹⁰⁸ Esigenze richiamate sia nel testo della sentenza *Ministerio Fiscal*, cit., punti 72 e s., 82, sia con particolare forza nelle Conclusioni in quella stessa causa: causa C-36/20 PPU, *Ministerio Fiscal (Autorità che può ricevere una domanda di protezione internazionale)*, Conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar, presentate il 30 aprile 2020, EU:C:2020:331, par. 43.

contesto, la nozione di ordine pubblico «presuppone, in ogni caso, oltre alla perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge, l'esistenza di una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società»¹⁰⁹, mentre il pregiudizio alla pubblica sicurezza presuppone «il pregiudizio al funzionamento delle istituzioni e dei servizi pubblici essenziali nonché la sopravvivenza della popolazione, come il rischio di perturbazioni gravi dei rapporti internazionali o della coesistenza pacifica dei popoli, o ancora il pregiudizio agli interessi militari»¹¹⁰.

È evidente che l'approccio della Corte di giustizia è opposto rispetto a quello seguito dalla Corte europea nel caso *N.D. and N.T. v. Spain*, dove invece un'astratta affermazione del governo convenuto è sufficiente a considerare esistente «a clearly disruptive situation which is difficult to control and endangers public safety», a fronte di fatti che – esposti nel dettaglio nella parte iniziale della sentenza – non vedevano in alcun momento la situazione sfuggire al controllo dell'unità della *Guardia Civil* spagnola incaricata di sorvegliare il tratto rilevante della triplice barriera di recinzione antimigranti di Melilla.

Vale la pena ricordarli, quei fatti, di fronte all'indecente analogia che il governo spagnolo traccia, nella sua difesa in quella causa, con la legittima difesa in caso di attacco armato prevista dall'art. 51 della Carta ONU¹¹¹. Si era in realtà trattato, in quel caso, di circa 70 persone, tra cui i due ricorrenti, che, a fronte di un gruppo di circa 500 persone – tutte disarmate – respinte dalle autorità marocchine nel primo mattino del 13 agosto 2014, erano invece riuscite a raggiungere e superare le due barriere esterne di recinzione protette da filo spinato, poste in territorio spagnolo, fino a porsi a cavalcioni del terzo anello (interno) di recinzione, anch'esso protetto da filo spinato e direttamente presidiato da un contingente numericamente adeguato, ed armato, della *Guardia Civil* spagnola. La gran parte di quelle 70 persone venivano poi fatte scendere dalla posizione pericolosa (per loro) in cui si trovavano tramite scale messe a loro disposizione dagli agenti della *Guardia Civil*. Non appena scesi dalle scale, essi venivano immediatamente ricondotti in territorio marocchino attraverso i cancelli “di espulsione” regolarmente presenti lungo i tre anelli di recinzione. I due ricorrenti, invece, assistendo dall'alto a quei respingimenti, con una decisione evidentemente irrazionale e non spiegabile se non con la disperazione derivante dal fallimento del loro tentativo, rimanevano diverse ore sotto il sole a cavalcioni del terzo anello, fino a quando, rispettivamente alle due e alle tre del pomeriggio, feriti ed esausti, scendevano tramite quelle scale, venendo a questo punto ammanettati ed immediatamente ricondotti in territorio marocchino¹¹². Lì chiedevano assistenza medica per le ferite riportate nel tentativo di superare le barriere, senza riceverne alcuna¹¹³.

Insomma, la situazione non era mai sfuggita al controllo delle forze di polizia spagnole poste a controllo della frontiera, che non avevano del resto dovuto far fronte ad alcun atto

¹⁰⁹ Causa C-72/22 PPU, cit., punto 87.

¹¹⁰ *Ivi*, punto 88.

¹¹¹ Della natura pretestuosa del riferimento all'art. 51 della Carta ONU, riferibile secondo la costante giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia solo ad un attacco armato su larga scala condotto da forze di un altro Stato, ed estendibile al più, secondo parte della dottrina ad attacchi su larga scala condotti da *Non State Actors*, la Corte europea prende indirettamente ma un po' goffamente atto là dove afferma di non doversi occupare di quella qualificazione per il fatto che la Spagna non avrebbe investito il Consiglio di Sicurezza della questione: sentenza *N.D. and N.T. v. Spain*, cit., punto 166. Per una discussione dello stato dell'arte circa la nozione di attacco armato di cui all'art. 51 della Carta ONU v. K. ZEMANEK, *Armed Attack*, in *Max Planck Encyclopedias of International Law*, 241 (2013).

¹¹² *N.D. and N.T. v. Spain*, cit., par. 25.

¹¹³ *Ivi*, par. 26.

di violenza di quei migranti: né di quelli scesi la mattina stessa del tentativo di ingresso, né tantomeno dei due disperati *στυλιτης* rimasti lì sino al primo pomeriggio. Ancor meno poteva dirsi turbata la sicurezza delle persone che vivono o si trovano nella cittadina di Melilla: nessuna «minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società» poteva dirsi posta in essere da quelle persone disperate ma disarmate, poste a cavalcioni di una barriera di filo spinato sotto lo sguardo di un adeguato contingente di forze di polizia armata, né tantomeno poteva ravvisarsi in quella situazione un «pregiudizio al funzionamento delle istituzioni e dei servizi pubblici essenziali» o un rischio per la sopravvivenza della popolazione, come «il rischio di perturbazioni gravi dei rapporti internazionali o della coesistenza pacifica dei popoli, o ancora il pregiudizio agli interessi militari».

Rimaneva certo la “violazione” della frontiera, protetta da quelle barriere: ma si tratta, per continuare ad usare i concetti sviluppati dalla Corte di giustizia, di quella «perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge» che non può, da sé, giustificare l'invocazione di poteri derogatori delle procedure di respingimento basati sulla perturbazione dell'ordine pubblico o della pubblica sicurezza.

E rimanevano – nel caso di specie non verificati in alcun modo dalle autorità di polizia spagnole – i rischi per la salute di chi per diverse ore, senza alcuna protezione né idratazione, era rimasto esposto al sole africano, dopo essersi inevitabilmente ferito nel tentare di superare una tripla barriera protetta da filo spinato¹¹⁴.

18. Ritorno alla Carta

Orbene, proviamo a riportare il tutto nella prospettiva del divieto di espulsioni collettive nel diritto dell'Unione europea.

Partiamo dalle acquisizioni cui siamo giunti finora.

Anzitutto, le disposizioni procedurali del diritto derivato dell'Unione in materia di rimpatri e di procedure di determinazione dello *status* di protezione internazionale impongono di considerare contrarie al diritto UE prassi di espulsione o respingimento informali di cittadini di Paesi terzi o apolidi che si trovano irregolarmente nel territorio di quegli Stati, o che cerchino di varcarne irregolarmente i confini. Solo una *concreta minaccia* all'ordine pubblico o alla sicurezza dello Stato potrebbe eccezionalmente giustificare misure di quel tipo. Quella minaccia non potrà però mai essere data dal solo fatto di aver valicato il confine senza rispettare le procedure di controllo ed autorizzazione previste dal diritto interno, o dal codice frontiere Schengen.

In secondo luogo, si è constatato che il divieto di procedere a espulsioni e respingimenti informali deriva direttamente, in larga misura, dalla necessità di non privare di effettività il diritto all'asilo previsto nel diritto primario e, in particolare, all'art. 18 della Carta. Ora, come ricordato dall'Avvocato generale Szpunar nelle Conclusioni rese nella causa

¹¹⁴ Cfr. *Report 3 September 2018 of the Fact-Finding Mission by Ambassador Tomáš Boček, Special Representative of the Secretary General on Migration and Refugees, to Spain, 18-24 March 2018*, doc. SG/Inf(2018) 25, sezione 3.2, *Summary Returns*, ove si legge che «In most of the cases foreigners endure physical injuries while jumping over the fences. This is the reason why the authorities have entered into a co-operation protocol with the Spanish Red Cross, which provides immediate medical assistance to intercepted foreigners». I passaggi rilevanti del *Report* sono riportati anche nel testo della sentenza *N.D. and N.T. v. Spain*, cit., § 58.

*Ministerio Fiscal*¹¹⁵, la giurisprudenza costante in quest'ambito impone di considerare non solo l'art. 18 della Carta, ma anche, per il suo tramite, il principio di *non refoulement* garantito dalla Convenzione di Ginevra e, più in generale, dal diritto internazionale cogente, nonché dall'art. 19, par. 2, della Carta¹¹⁶.

Se così è, però, è chiaro anche che non ha alcun senso mantenere lo sguardo ... lontano dall'art. 19, par. 1 della Carta. Con quella disposizione, negletta sinora dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e solo raramente considerata dalla giurisprudenza delle corti nazionali degli Stati membri, occorre invece fare i conti. Il divieto di espulsioni collettive, infatti, nel richiedere che ogni misura di allontanamento sia presa dopo aver dato alla persona che si intende allontanare dal territorio dello Stato la possibilità di far valere le sue ragioni contro un tale allontanamento, dev'essere letto anzitutto come rinforzo procedurale necessario per evitare lacune normative attraverso cui si metta a rischio il rispetto di diritti fondamentali delle persone che, in un modo o nell'altro, sono arrivate ad essere concretamente sottoposte alla *jurisdiction* dello Stato che le espelle o respinge¹¹⁷.

Si tratta dei diritti inalienabili protetti dal principio di *non refoulement*, dell'effettività del diritto d'asilo, nonché di altri principi attinenti al rispetto dei diritti fondamentali, che quelle persone possano in concreto vantare per giustificare l'ingresso nel territorio dello Stato in questione, o opporsi all'allontanamento da quello: primo fra tutti il superiore interesse del minore nel caso di minori non accompagnati¹¹⁸ e privi di un'adeguata rete sociale di protezione nello Stato di origine o di transito.

Infine, dato che il diritto dell'Unione ha dimostrato di pretendere, comunque, dagli Stati membri, il rispetto di standard di procedura più rigorosi di quelli considerati dalla Corte europea, ancorando quei rigorosi standard procedurali alla necessità di non privare di effettività le garanzie che a quelle persone sono offerte dal diritto primario, e prima di tutto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, è auspicabile che anche le giurisdizioni nazionali degli Stati membri e la Commissione, ognuna per la sua parte, sollecitino la Corte di giustizia ad ancorare chiaramente quegli obblighi procedurali all'esistenza, nell'art. 19, par. 1, della Carta, di uno standard di tutela contro le espulsioni collettive *più elevato* rispetto a quello convenzionale.

19. Ritorno all'allegoria: non Perseo, ma ... il naufragio e la zattera della fregata Méduse

Narra Ovidio che l'eroe Perseo, figlio della giovane Danae amata, o violata, da uno Zeus trasformatosi in pioggia d'oro, uccidesse la Gorgone Medusa tagliandole la testa con la

¹¹⁵ Causa C-36/20 PPU, Conclusioni Szpunar, cit., §§ 41-46.

¹¹⁶ Il riferimento più significativo è, forse, alla sentenza della Corte di giustizia, Grande sezione, del 19 giugno 2018, causa C-181/16, *Gnandi*, EU:C:2018:465, punto 53.

¹¹⁷ In questo senso chiaramente la giurisprudenza della Corte europea: cfr. *N.D. and N.T. v. Spain*, cit., par. 171.

¹¹⁸ Su cui si veda, nella giurisprudenza della Corte europea, il già citato caso *Moustabi v. France*. Si veda anche, per uno sguardo complessivo al problema della tutela dei minori non accompagnati ed una specifica attenzione alle *devoluciones en caliente* della prassi spagnola, F. IZZO, *La tutela internazionale de los menores extranjeros no acompañados: ¿Una facultad o una obligación para los estados? La experiencia española a través del análisis de la comunicación n. 4/16 del Comité de los derechos del niño*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, p. 123 ss.

spada, grazie alla protezione che lo scudo di bronzo gli offriva: riflessa nel bronzo, la vista della Gorgone non poteva nuocere all'eroe¹¹⁹.

Il sistema del diritto dell'Unione sembra fornire, sì, la spada per vincere il mostro, nelle norme che consentirebbero di neutralizzare le prassi nazionali di espulsioni e respingimenti collettivi informali – direttamente ai confini esterni, o in una catena che li arriva, ma partendo dai confini interni.

Ciò che non fornisce però quel sistema è lo scudo di Perseo: i migranti espulsi con misure illegittime fuori dallo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione vengono in effetti, seppur solo simbolicamente, “pietrificati”. A questo equivale, a ben vedere, l'indisponibilità di rimedi effettivi contro il divieto di espulsioni collettive, di cui ho scritto altrove¹²⁰. Cosicché il nostro viaggio alla ricerca di un rimedio che possa sconfiggere il virus disumanizzante della chiusura *ad ogni costo* delle frontiere degli Stati europei, e degli Stati membri dell'Unione in particolare, finisce con un ... naufragio. Un naufragio allegorico, quello del diritto come strumento di tutela della dignità e della vita di quelle persone, specchio però di naufragi reali e tragici, che continuano con straziante regolarità nelle acque del mediterraneo¹²¹.

L'allegoria del naufragio è, credo, adeguata per chiudere questo mio contributo.

Come il dipinto di Géricault al Louvre, che nasce dalla testimonianza del vero naufragio della fregata *Méduse*¹²² per divenire potentissima denuncia di una società ineguale, incapace di offrire spazi di realizzazione alle fasce non “privilegiate” dei cittadini, e ancor meno di rispettare la dignità di chi cittadino non può essere, nella Francia del 1816 sommersa dallo spirito della restaurazione ed impegnata nell'avventura imperiale e schiavista¹²³.

E allora, tornando all'oggi, la chiusura ermetica delle frontiere non è solo il contesto dei molti naufragi del mediterraneo, tragica realtà di morte e disumanizzazione, ma anche simbolo di un'Europa che si chiude in sé stessa, dimentica tanto del fatto che le origini del proprio benessere stanno, in parte non trascurabile, nello sfruttamento coloniale e poi neocoloniale delle ricchezze dei Paesi da cui provengono quei migranti, quanto del legame sempre più evidente tra il nostro benessere e gli sconvolgimenti climatici che, in quegli stessi Paesi, privano milioni di persone di ogni prospettiva di dignitoso sviluppo¹²⁴.

¹¹⁹ «[S]e tamen horrendae clipei, quem laeva gerebat, / aere repercusso formam adspexisse Medusae, / dumque gravis somnus colubrasque ipsamque tenebat, / eripuisse caput collo»: Ovidio, *Metamorfosi*, Libro IV, 782-785.

¹²⁰ B. CORTESE, *Il divieto di espulsioni collettive*, cit., p. 261 ss.

¹²¹ Questo articolo si chiude nei giorni dell'ennesimo, tragico naufragio di migranti nelle acque del mediterraneo: il naufragio della notte tra il 14 e il 15 giugno 2023, al largo delle coste greche, di un peschereccio su cui viaggiava un numero incerto di persone, stimato attorno alle 700 unità: poco più di cento di quelle persone si sono salvate. Numerose fonti di investigazione giornalistica puntano ad un naufragio evitabile, causato in buona sostanza dalla colpevole inerzia delle autorità greche. Poche settimane prima, le modalità di un altro naufragio sulle coste calabresi, a Cutro, avevano posto analoghi interrogativi, questa volta sull'inerzia delle autorità italiane.

¹²² A. CORREARD, H. SAVIGNY, *Naufrage de la frégate “La Méduse” faisant partie de l'expédition du Sénégal en 1816*, Paris, 1821, liberamente consultabile alla collezione on-line *Gallica* della *Bibliothèque Nationale de France*, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1036098>.

¹²³ K. LUM, *On Board The Raft of the Medusa*, *Nka Journal of Contemporary African Art*, 10 (1999), p. 35 ss.

¹²⁴ Un legame che potrebbe portare ad una diversa considerazione di quelle persone come “rifugiati climatici”: cfr., anche per riferimenti alla prassi internazionale in materia, F. CASOLARI, *La molteplicità dei regimi giuridici dello straniero*, in A.M. CALAMIA, M. GESTRI, M. DI FILIPPO, S. MARINARI, F. CASOLARI, *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, 2021, p. 119 ss.

ABSTRACT: *At the Borders of the Union, Amidst Chevaux de Frise and Chain-Pushbacks: Europa or Medusa?*

Member States of the EU revert more and more frequently to the physical foreclosure of their external borders and to a muscular policy towards third country nationals crossing them. Pushbacks performed against third countries' nationals, without any formal guarantee, are also an established practice in several member States, including at their internal borders. Such pushbacks are frequently performed in a chain starting at an internal border and ending outside the Union. In the face of this reality, which is documented at the international, Council of Europe and EU levels, what guarantees are offered by regional international and EU legal instruments? The study looks first at Art. 4 of Protocol n. 4 to the European Convention, and shows what seems to be a ...rise and fall of the prohibition of collective expulsions in that system. Furthermore, the EU legal system reaction to such practices is analysed, with mixed results. On one side, there seems to be no real place, so far, for Art. 19.1 Charter, with its prohibition of collective expulsions. On the other side, legislative provisions concerning both asylum applications, and the return of illegally staying third country nationals, are interpreted by the ECJ in way that is not giving a blank cheque to Member States and result in a guarantee of individualized procedures. This result, is argued, is not only warranted by a strict interpretation of the exception of public order and security, and by the need to preserve the effectiveness of the right to asylum, but should moreover be firmly anchored in the so far neglected provision of Art. 19.1 Charter. At the EU level, still, the degree of effectiveness of such provisions is really tenuous, due to structural deficiencies and to the inherent malice of the relevant State practices. The risk is there, the study contends, for the nature of the European integration process to evolve from one adding collective wealth to its members, without diminishing the position of non-members, but indirectly offering them a path to development, to one that closes in on itself, oblivious both of the fact that the origins of its prosperity lie, in no small part, in the exploitation of the wealth of the countries from which those migrants come, and of the increasingly evident link between our prosperity and the climatic disruptions that, in those same countries, deprive millions of people of any hope of decent life. A metamorphosis can be seen, so the provocative suggestion, even in the mythological references of such a process. The Union seems no longer to be inspired by the myth of *Europa*, to become the place where the children of the beautiful Phoenician princess raped by Jupiter live in peace, symbolising, as it were, the common, peaceful and prosperous future of the union between peoples who had known the destructive violence generated by the thirst for domination. Rather, the Union seems to have changed into a creature deprived of a human head - a true federal democracy - capable of guiding its project, which is left at the mercy of the capricious snakes that fill its head, like *Medusa*'s: the selfishness and nationalisms of the States that, exploiting the role they have in defining the Union's political choices, make it assume horrific traits, designed to keep out those who approach its external borders.



JORDI HERRERA BOLAÑOS*

DEBILIDADES DEL ACTUAL SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN DE FRONTERAS EXTERIORES DE LA UNIÓN EUROPEA

SUMARIO: 1. Indefinición jurídica del sistema integrado de gestión de fronteras exteriores de la Unión Europea. – 2. Competición y descoordinación de agencias europeas y nacionales en el ámbito operativo. – 3. Ausencia de responsabilidad de las agencias europeas: especial referencia a Frontex. – 4. Conclusiones.

1. Indefinición jurídica del sistema integrado de gestión de fronteras exteriores de la Unión Europea

Si bien desde antaño ha existido un interés a nivel europeo por avanzar en cuestiones directamente relacionadas con un hipotético y futuro espacio de libertad, seguridad y justicia¹ (ELSJ en adelante), la constatación expresa de dicho propósito no tuvo lugar formalmente hasta la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam², momento en el cual se produjo una “comunitarización” parcial de dicho ámbito, ya que cuestiones como el cruce de fronteras, la inmigración y el asilo, pasaron a formar parte del entonces conocido como primer pilar comunitario.

Sin ánimo de restar un ápice de importancia a otros aspectos incluidos dentro del ámbito del ELSJ, el objetivo de instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de fronteras exteriores bien podría merecer una atención especial. Ciertamente, esta pretensión no solamente se configura como un desafío complejo desde el punto de vista práctico, ya que sin duda requiere desarrollar una adecuada política migratoria y un eficaz sistema europeo común de asilo, sino que también constituye un objetivo de enorme relevancia, en tanto en

* Doctorando en Derecho Internacional Público por la Universidad de Jaén (España) y miembro del Grupo de investigación Derecho Común Europeo y Estudios Internacionales (SEJ-399).

¹ Cuestiones relacionadas principalmente con la seguridad y la cooperación policial eran antiguamente debatidas en grupos intergubernamentales al margen de las instituciones europeas, como así sucedía en el denominado “Grupo de Trevi”, creado en el año 1975 y conformado por Ministros de Justicia y/o Interior de los entonces Estados Miembros.

² El artículo 3.2 TUE (antiguo artículo 2) afirma que: «Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y prevención y lucha contra la delincuencia».

cuanto afecta de pleno los valores propugnados por la propia Unión Europea, tales como la dignidad humana, el Estado de Derecho y el respeto por los derechos humanos.

Desafortunadamente, el sistema integrado de gestión de fronteras exteriores actualmente diseñado por parte de la Unión Europea no está en absoluto exento de debilidades, siendo la primera de ellas aquella relacionada con su propio ámbito conceptual, ya que no es posible encontrar una definición jurídica de dicho sistema, y menos aún si ponemos el énfasis en el calificativo de integrado.

Las primeras referencias a un sistema de gestión de fronteras exteriores de la Unión Europea las podemos encontrar con ocasión de la Cumbre de Laeken, celebrada en diciembre 2001³, donde el Consejo europeo solicitó al Consejo y a la Comisión que estudiaran «las condiciones en que podría crearse un mecanismo o servicios comunes de control de fronteras exteriores». Teniendo en cuenta que dicho encuentro se celebró meses después de los atentados terroristas acaecidos en Nueva-York, la noción inicial de la gestión de fronteras exteriores estuvo notoriamente marcada por lo que podríamos calificar como la “securitización” de la política migratoria contra la migración irregular, y su visión como un instrumento de especial relevancia e interés para lograr la homogeneización de controles en la Unión Europea, así como el paraguas bajo el cual podrían florecer prácticas comunes por parte de los Estados miembros.

En respuesta a la solicitud del Consejo europeo de Laeken, la Comisión realizó una Comunicación dirigida al Consejo y al Parlamento europeo en 2002⁴, donde más allá de constatar una entonces carencia en la coordinación operativa y proponer diversas acciones dentro de una política común de gestión integrada de fronteras exteriores, en su Anexo I definió dicha gestión de fronteras, que no integrada, como un «conjunto de actividades ejercidas por las autoridades públicas de los Estados miembros» destinadas a cumplir diferentes objetivos, entre los cuales podrían citarse «efectuar los controles y la vigilancia de las fronteras exteriores; analizar la evolución de los peligros susceptibles de afectar a la seguridad de las fronteras exteriores; o anticipar las necesidades de personal y equipamientos para garantizar la seguridad de las fronteras». De esta forma, no llegó a establecerse una definición jurídica del concepto, sino más bien se enumeraron una serie de acciones que deberían llevarse a cabo en aras de alcanzar «el objetivo esencial de garantizar la seguridad interior y la libre circulación de personas».

Aún sin tampoco llegar a establecer una definición jurídica del sistema integrado de fronteras exteriores de la Unión, de especial relevancia es el Catálogo Schengen sobre Recomendaciones y Buenas Prácticas publicado en febrero de 2002⁵, ya que estableció con detalle un modelo de gestión basado en cuatro niveles, el cual ha sido ampliamente citado con posterioridad a la hora de intentar delimitar el ámbito conceptual del citado sistema de gestión fronteriza. Concretamente se trató de un modelo basado en cuatro círculos concéntricos geográficamente diseñados, tomando el territorio de la Unión Europea en su conjunto, siendo estos niveles los siguientes: 1º medidas en terceros Estados, 2º cooperación

³ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Laeken de diciembre de 2001, disponible en <https://www.consilium.europa.eu/media/20944/68832.pdf>.

⁴ Doc. COM (2002) 233 final, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo de 7 de mayo de 2002, Hacia una gestión integrada de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea.

⁵ Doc. Consejo de la Unión Europea de diciembre de 2002, EU Schengen Catalogue. External borders control, Removal and readmission: Recommendations and best practices. Actualizado en Doc. Consejo de la Unión Europea 7864/09 de 19 de marzo de 2009.

con países vecinos, 3º control de fronteras de la Unión, y 3º medidas de control dentro de área de libre circulación, incluyendo la medida de retorno.

No sería hasta el año 2006 cuando, en este caso el Consejo⁶, llegando incluso a recordar «la importancia que tiene el concepto de la gestión integrada de las fronteras exteriores para la instauración progresiva de un espacio de libertad, seguridad y justicia», plantease la necesidad de establecer una definición de dicho concepto. A pesar de ello, el proyecto de conclusiones del Consejo sorprendentemente continuó sin establecer una definición jurídica del mismo, y se limitó únicamente a señalar las distintas dimensiones en las que se dividía el sistema de gestión de fronteras⁷.

Posteriormente, ni el Programa de Estocolmo en 2009⁸, cuyo objeto principal estuvo entrado en la cooperación judicial, ni la Agenda Europea de Migración⁹ presentada por la Comisión a raíz de la conocida como “crisis de los refugiados” en 2015, fueron capaces si quiera de plantear la necesidad de establecer una definición jurídica del sistema de gestión de fronteras, circunstancia de la que sin duda derivan, como posteriormente veremos, importantes consecuencias.

En diciembre de 2015, la Comisión realizó una Comunicación destinada al Parlamento europeo y al Consejo¹⁰ en la que, además de proponer la creación de una Guardia Europea de Fronteras y Costas destinada a «garantizar la aplicación efectiva de niveles elevados de gestión común de fronteras, proporcionar apoyo operativo e intervenir cuando sea necesario para responder con rapidez a las crisis que surjan en la frontera exterior», se pretendía la implementación de una efectiva gestión integrada de fronteras que fuese «más allá de los controles fronterizos que se realizan exclusivamente en la frontera exterior». Esta comunicación de la Comisión provocó la entrada en vigor del Reglamento Frontex de 2016¹¹, cuyo artículo 4 detallaba un listado de elementos en los cuales afirmaba consistir la gestión europea integrada de fronteras, citando entre ellos no sólo el control fronterizo o la cooperación entre Estados miembros y la Agencia (Frontex), sino también operaciones de búsqueda y salvamento, y el empleo de tecnología punta y mecanismos de control de calidad. No obstante, más allá del innegable avance material en el ámbito de la gestión de fronteras exteriores de la Unión, y la destacable apuesta por establecer mecanismos que aseguren el recurso a apelar de toda persona cuyos derechos fundamentales hayan podido ser vulnerados

⁶ Conclusiones del Consejo, JAI, de 5 de diciembre de 2006, sobre la gestión integrada de las fronteras.

⁷ La gestión integrada de fronteras es un concepto que contiene las siguientes dimensiones: - Control fronterizo (controles y vigilancia), tal como se define en el Código de fronteras Schengen, incluida la evaluación de riesgos y los servicios de inteligencia en materia penal; - Detección e investigación de la delincuencia transfronteriza, en coordinación con todas las autoridades policiales competentes; - Modelo de cuatro niveles para el control del acceso; - Cooperación entre diversas agencias para la gestión de las fronteras y cooperación internacional; - Coordinación y coherencia de las actividades de los Estados miembros y de las Instituciones y otros órganos de la Comunidad y de la Unión, en Conclusiones del Consejo, JAI, de 5 de diciembre de 2006, sobre la gestión integrada de las fronteras, p. 27.

⁸ Doc. Consejo Europeo, Programa de Estocolmo – Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, en DOUE C-115 de 4 mayo 2010, p. 1 ss.

⁹ Doc. COM (2015) 240 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones de 13 de mayo de 2015, Una agenda europea de migración.

¹⁰ Doc. COM (2015) 673 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo de 15 de diciembre de 2015, La Guardia Europea de Fronteras y Costas y una gestión eficaz de las fronteras exteriores de Europa.

¹¹ Reglamento UE n. 2016/1624 del Parlamento europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, en DOUE L-251 de 16 septiembre 2016, p. 1 ss.

en el transcurso de una operación promovida por Frontex, tanto la citada comunicación de la Comisión como el antiguo reglamento Frontex, continuaron sin establecer una definición jurídica de la gestión integrada de fronteras, algo que tampoco promovieron ni el posterior Reglamento Frontex de 2019¹² ni el nuevo Pacto sobre Migración y Asilo propuesto por la Comisión en 2020¹³.

En definitiva, sigue actualmente presente una de las grandes debilidades de la que adolece el sistema integrado de gestión de fronteras exteriores de la Unión Europea, ya que la ausencia de una definición jurídica más o menos precisa del mismo proporcionaría sin duda una mayor solidez al sistema, a la vez que dotaría de mayores garantías a las personas que intentan acceder al ELSJ diseñado hasta el momento por la Unión.

2. *Competición y descoordinación de agencias europeas y nacionales en el ámbito operativo*

Junto con el modo particular con el que cada uno de los Estados miembros ha entendido oportuno y/o conveniente llevar a cabo la gestión de sus propias fronteras nacionales¹⁴, el manejo de las fronteras exteriores de la Unión a nivel europeo se ha visto sin duda influenciado por el fenómeno conocido como de la “agencificación”. En efecto, la cada vez mayor asunción de competencias y tareas por parte de la Unión Europea ha ido provocando la paulatina creación de un importante número de agencias encargadas de realizar tareas de carácter eminentemente técnico y, como nota característica dentro del ELSJ, a realizar además funciones de carácter operativas.

Buena cuenta de ello ha dado la red de agencias de la Unión Europea, creada por los Estados miembros y las instituciones de la Unión, destinadas a realizar tareas concretas de carácter jurídico, técnico y científico, y que abarca en la actualidad un total de 48 agencias. Dentro de éstas, según establece la propia red, serían eu-Lisa, el Instituto europeo por la igualdad de género (EIGE), el Observatorio de drogas y toxicomanías (EMCDDA), Cepol, la Agencia de Derechos Fundamentales (FRA), Eurojust, Europol, Frontex y la nueva Agencia Europea de Asilo, aquellas destinadas a operar en el ámbito del ELSJ, revistiendo especial relevancia estas tres últimas, en tanto en cuanto ejecutan tareas de carácter estrictamente operativas sobre el terreno, con la especial incidencia que de ello deriva en los derechos de las personas con las que interactúan.

Teniendo en cuenta por tanto que son varias las agencias, tanto de índole nacional como europeo, que operan o tienen importantes capacidades operativas en el ámbito de la gestión de las fronteras exteriores de la Unión, y subrayando la preocupación que la propia Comisión europea ha manifestado en diversas ocasiones sobre la necesidad de establecer un sistema coherente y coordinado de gestión de fronteras, conviene cuanto menos mencionar los

¹² Reglamento UE n. 2019/1896 del Parlamento europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2019, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, en DOUE L-95/1 de 14 noviembre 2019, p. 1 ss.

¹³ Doc. COM (2020) 609 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones de 23 de septiembre de 2020 relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo.

¹⁴ Mientras que en países como Alemania un único cuerpo de policía o unidad dentro de este cuerpo se encarga del control fronterizo (Policía Federal de Fronteras), en otros países como España son varios cuerpos policiales los que tienen competencia en la gestión de fronteras (Guardia Civil, Policía Nacional y Servicio de Vigilancia Aduanera).

distintos planteamientos teóricos existentes en relación con la coordinación y/o incluso integración de las distintas agencias europeas con similar ámbito funcional.

La primera de las opciones pasaría por configurar un sistema compuesto por diferentes agencias totalmente separadas e independientes del resto, garantizándose así la posibilidad de conservar y desarrollar las capacidades operativas de cada una de ellas pese al detrimento de la eficiencia del sistema, en tanto que con total seguridad existiría un elevado nivel de duplicidades y solapamiento de tareas. Otro de los posibles modelos de sistema estaría destinado a crear una especie de departamento central, o incluso fusionar en una única agencia a todas las existentes con funciones y/o actividades similares, algo que, habiendo sido ya intentado sin éxito a nivel europeo¹⁵, lograría evitar cualquier tipo de duplicidad de actividades, a pesar de que también se eliminarían mecanismos propios de trabajo, así como la idiosincrasia de cada una de las agencias existentes. Asimismo, otro de los modelos propuestos abogaría por alcanzar mayores cotas de cooperación y coordinación entre las agencias que operan en el mismo ámbito sin que se llegue a producir la supresión de ninguna de ellas. Este último modelo, en el que a pesar de todo siguen existiendo ciertas duplicidades y solapamiento de tareas, ha sido el finalmente elegido por el Parlamento europeo por distintas razones, entre las que estaría la dificultad de fusionar agencias con distintas estructuras, diversas metodologías de trabajo e independientes marcos normativos.

En este sentido, bien es cierto que la cooperación institucional entre agencias nacionales y europeas ha sido ampliamente reforzada, desarrollando normativamente cuestiones de suma relevancia como podría ser el intercambio de información entre agencias¹⁶, donde la buena fe y la cooperación leal deben jugar un papel esencial como elemento vehicular, llegándose incluso a crear funcionarios de enlace y puntos de contacto nacional en cada uno de los Estados miembros.

Igualmente en el plano teórico, también es destacable previsión normativa en cuanto a la coordinación y cooperación entre agencias europeas, donde la principal agencia encargada de la gestión de fronteras a nivel europeo, Frontex, en determinadas ocasiones quedaría obligada de forma imperativa a llevar a cabo acciones conjuntas con otras agencias como pueden ser Europol y la nueva Agencia europea de Asilo, sin que deba soslayarse por otra parte la importante colaboración con otras agencias para llevar a cabo sus funciones encomendadas de manera eficiente, concretamente con la Agencia europea encargada de la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud (Eu-Lisa) y con la Agencia europea para los Derechos Fundamentales (FRA).

Una vez mencionado todo lo anterior, es necesario igualmente afirmar, que si bien el incesante desarrollo normativo europeo parece haber positivado la preocupación de la Unión por alcanzar elevadas cotas de coordinación y cooperación inter-agencias, en el ámbito operativo, la cuestión podría presentar mayor grado de complejidad. A las tradicionales discrepancias y ausencias de colaboración entre agencias dentro de los propios Estados

¹⁵ Se intentó la fusión, por un lado del Instituto Europeo para la Igualdad de Género (EIGE) con la Agencia de Derechos Fundamentales (FRA), y por otro lado, la Agencia Europol con la Agencia Europea para la Formación Policial (CEPOL).

¹⁶ Véanse los artículos 11 a 17 de Reglamento UE n. 2019/1896 del Parlamento europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2019, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, en los cuales se contemplan una serie de medidas destinadas a reforzar la comunicación e intercambio de información entre Frontex y otras agencias europeas.

miembros¹⁷, habría que sumar en ocasiones la falta de lealtad institucional de las agencias nacionales con respecto a las agencias europeas, principalmente con aquellas que realizan tareas operativas sobre el terreno, y en mayor medida, con la agencia Frontex. El exceso de celo profesional de los agentes nacionales encargados de la vigilancia de sus fronteras y su interés por seguir siendo o convertirse en actores principales en relación al control fronterizo dentro de cada Estado miembro, hace que en no escasas ocasiones se oculte información de manera deliberada tanto a otras agencias nacionales como europeas. Tal desprecio hacia las más mínimas reglas de cooperación y colaboración, ya sea mediante la extralimitación en algunas de sus funciones o mediante la inacción de tareas normativamente encomendadas a una agencia en concreto, no hacen sino restar eficiencia al sistema establecido para la gestión de las fronteras exteriores de la Unión.

Pese a todo lo anterior, es de justicia hacer igualmente referencia a claros ejemplos de acciones eficientemente coordinadas a nivel operativo en el ámbito de la gestión integrada de las fronteras exteriores de la Unión, algo que ocurre sin duda en los denominados “hotspots”¹⁸. Creados en lugares donde existe mayor probabilidad de producirse repentinos y específicos flujos migratorios, estos “hotspots” se configuran como bases o puntos estratégicos donde operan de forma permanente agencias como Frontex, Europol y Agencia de Asilo, junto con las agencias nacionales e incluso la propia Comisión europea¹⁹. La creación de estos “hotspots” han generado sin duda considerables ventajas en el ámbito de la gestión de las fronteras exteriores de la Unión, ya que no sólo suponen una descarga de trabajo importante para los Estados miembros sometidos a mayores presiones de flujos migratorios, sino que se han configurado como un excelente banco de pruebas donde poder crear sinergias y mejorar la coordinación de las agencias.

En definitiva, en aras de configurar un sistema lo más coordinado y coherente posible, y con el fin de aumentar al máximo su eficiencia, debería abordarse la conveniencia de analizar con mayor abundamiento las cuestiones relativas a la estructura sobre la que se asienta la gestión de fronteras exteriores de la Unión, sin que en ningún caso tenga carácter imperativo el otorgar a una única agencia europea todo el peso de la gestión operativa del sistema. En cualquier caso, lo que sí parece a todas luces necesario es diseñar un sistema óptimo para crear sinergias y evitar la duplicidad de tareas de las agencias tanto nacionales como europeas que operan en el ámbito de la gestión de fronteras, pudiendo tomar como referencia el ámbito organizativo y operacional en los mencionados “hotspots”.

3. Ausencia de responsabilidad de las agencias europeas: especial referencia a Frontex

¹⁷ Señalar que, en lugares como España, las distintas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto de ámbito estatal como de ámbito autonómico y local, no sólo no comparten una base de datos común para la consulta e intercambio de información, sino que en numerosas ocasiones alguno de estos cuerpos policiales no es consciente de las investigaciones llevadas a cabo por el resto de fuerzas policiales, incluso tratándose de agentes con el mismo ámbito competencial.

¹⁸ Conforme a los datos obtenidos de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), se han llegado a instalar cinco “hotspots” fijos en las costas italianas (Taranto, Mesina, Pozallo, Trapani y Lampedusa) y otros cinco en las costas griegas (Lesbos, Chíos, Samos, Leros y Kos), si bien en determinados periodos algunos de ellos han podido no estar funcionamiento en base al número de migrantes llegados a las citadas costas.

¹⁹ En los denominados “hotspots”, si bien no llegan a realizar tareas que podríamos calificar como operativas, también operan de forma relevante otras agencias distintas a las mencionadas, tales como la Agencia Europea de Derechos Fundamentales (FRA).

La ya anteriormente mencionada progresiva asunción de tareas por parte de las diferentes agencias europeas podría llevar a plantearnos, al menos, dos cuestiones fundamentales en el ámbito de la gestión de las fronteras. La primera de ellas estaría relacionada con el marco jurídico que regula las tareas encomendadas a estas agencias, ya sean de carácter analítico y operativo. La segunda cuestión podría tener incluso mucha mayor relevancia, ya que sus actividades de ámbito operativo sobre el terreno serían susceptibles de generar en ocasiones algún tipo de responsabilidad en caso de constatarse la violación de derechos de los migrantes, especialmente en el caso de personas interceptadas antes de alcanzar las fronteras europeas y sometidas a retornos forzados sin posibilidad de solicitar asilo o protección subsidiaria en cualquier Estado miembro.

Con respecto a la primera de las cuestiones planteadas, debemos comenzar señalando que cada una de las agencias europeas que operan en el ámbito del ELSJ presentan un marco regulatorio específico o propio²⁰. Esta circunstancia, si bien no evita, como seguidamente veremos, ciertas controversias, sí que permite delimitar en mayor o menor medida cuáles son las tareas y funciones que pueden y/o deben ser ejercidas por cada una de ellas en un momento determinado.

Desafortunadamente, la existencia de un marco normativo específico no puede igualmente predicarse para el caso concreto de los ya mencionados “hotspots”, ya que son documentos o acuerdos en ocasiones marcados de claros tintes políticos los que establecen las tareas a desarrollar por cada una de las agencias en los citados enclaves.

En cualquier caso, si bien estos acuerdos o “planes operativos” firmados entre la Unión Europea y los propios Estados miembros donde estas instalaciones están ubicadas se utilizan como base para regular la actuación de las distintas agencias europeas²¹, la existencia de estos instrumentos jurídicos no debería excluir en ningún caso la posibilidad de crear un marco regulatorio específico para estos “hotspots”, sino que más bien «deberían complementar un marco jurídico a nivel europeo que aclare las tareas operativas de Frontex, Easo y Europol, y el grado de cooperación y asistencia que prestan a aquellas autoridades nacionales sujetas a presiones migratorias excepcionales y repentinas en sus fronteras exteriores». Por lo tanto, la creación de un marco regulatorio específico podría sin duda ayudar a que dichas instalaciones no fuesen utilizadas en algunas ocasiones, como los propios migrantes han llegado a afirmar, en centros de carácter “quasi-penitenciario”.

Dando paso ahora a la segunda de las cuestiones planteadas, relacionada con la responsabilidad en la que podrían incurrir las agencias europeas frente a las posibles violaciones de derechos de las personas que intentan acceder a territorio de la Unión, la problemática deviene mucho más compleja si cabe. Lamentablemente, el elevado número de denuncias realizadas por parte de migrantes, asociaciones y organizaciones no

²⁰ Al ya citado reglamento por el que se regula la Guardia Europea de Fronteras y Costas (Frontex), mencionar por ejemplo el Reglamento UE n. 2016/794 del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol), en DOUE L-135/53 de 24 mayo 2016; o el reciente Reglamento UE n. 2021/2303 del Parlamento europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2021, relativo a la Agencia de Asilo de la Unión Europea, en DOUE L-468/1 de 30 diciembre 2021.

²¹ Sólo en algunas ocasiones, se han venido utilizando unos documentos o “procedimientos de trabajo normalizados” destinados a establecer una suerte de regulación del funcionamiento de los “hotspots”, ya que dichos documentos sólo han sido adoptados por Italia una vez iniciado el funcionamiento de dichos centros, mientras que Grecia no ha llegado a adoptar ningún tipo de guía operativa al respecto.

gubernamentales relacionadas con las acciones llevadas a cabo, fundamentalmente por la agencia Frontex, hace indispensable que la Unión Europea establezca los mecanismos precisos para disipar las dudas y controversias surgidas alrededor de la actuación de los miembros de las agencias europeas en su conjunto, y fundamentalmente de aquellas que llevan a cabo tareas de carácter operativo.

Más allá de que una de las principales misiones de Frontex, concretamente el impedir el acceso al territorio de la Unión Europea de los migrantes ilegales, pudiera ser contraria al principio de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en base al cual, «en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país»²², el hecho de operar en un sistema en el que los principales actores son personas en una situación de absoluta vulnerabilidad hace más apremiante si cabe la necesidad de garantizar sus derechos, así como la posibilidad de exigir las debidas responsabilidades a aquellos que de una forma u otra han vulnerado los preceptos más elementales del Derecho Internacional. La violación del principio de no devolución, como otro de los principios básicos del Derecho Internacional de los refugiados, también es frecuentemente aducido en relación con la actuación llevada a cabo por los miembros de la agencia Frontex. Si bien diversos pronunciamientos por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos han señalado la responsabilidad de algunos Estados miembros ante la devolución de migrantes interceptados directamente en el mar, siendo conducidos hasta otros terceros países donde no puede verificarse la existencia o correcta aplicación de un sistema de asilo²³, el problema se plantea en determinar la responsabilidad cuando son los propios agentes de Frontex los que realizan ese tipo de devoluciones, o incluso cuando se producen graves atentados a los derechos fundamentales de los migrantes durante las operaciones de retorno organizadas directamente por la agencia europea.

Sin perjuicio de que algún tribunal pueda determinar en el futuro la responsabilidad por parte de Frontex²⁴, el número de críticas realizadas en contra de esta agencia no ha dejado de aumentar en los últimos años, llegando incluso a publicar un informe por parte de la Oficina Europea contra el Fraude (OLAF) a finales del año 2022²⁵ en el que se afirmaban violaciones de derechos y devoluciones en caliente por parte de Frontex en el mar Egeo. A pesar de las forzadas explicaciones efectuadas por Frontex, alegando que las graves irregularidades detectadas por la OLAF se corresponderían con prácticas del pasado, el escándalo alcanzó tal magnitud que produjo la dimisión del que hasta entonces era su director ejecutivo, el francés Fabrice Leggeri. Circunstancia realmente curiosa en relación a los escándalos protagonizados por Frontex resulta la respuesta ofrecida desde el ámbito europeo, ya que el sorprendente silencio por parte de la Comisión contrasta con una resolución emitida por el Parlamento europeo²⁶, mediante la cual se rechaza completamente las excusas utilizadas por Frontex y afirma que esta agencia «no puede eludir su responsabilidad y control por el mero

²² Resolución n. 217 (III) de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas relativa a la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 14.

²³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de febrero de 2012, Asunto Hirsi Jamaa y otros contra Italia.

²⁴ La ONG alemana Sea Watch anunció la demanda contra la agencia Frontex ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en abril de 2022, sin que aun haya habido pronunciamiento alguno por parte del tribunal. Véase en <https://theobjective.com/sociedad/2022-04-28/sea-watch-demanda-frontex-union-europea/>

²⁵ Case n° OC/2021/0451/A1, en <https://fragdenstaat.de/dokumente/233972-olaf-final-report-on-frontex/>

²⁶ Resolución del Parlamento europeo, de 2 de diciembre de 2015, sobre un informe especial del Defensor del Pueblo europeo relativo a su investigación de oficio OI/5/2012/BEH-MHZ sobre Frontex.

hecho de que existen acuerdos administrativos con los Estados miembros que participan en una acción coordinada por Frontex cuando dichos acuerdos repercuten en los derechos fundamentales».

En cuanto a las posibles soluciones establecidas por parte de la Unión Europea frente a lo que a todas luces parecen ser actuaciones contrarias a derecho por parte de Frontex, más allá de las enmiendas realizadas con ocasión de las distintas reformas de la normativa que regula tal agencia, lo cierto es que sigue siendo de imperiosa necesidad crear un sistema de vigilancia y fiscalización independiente para las actividades de las agencias europeas en general, y muy particularmente en el caso de Frontex, evitándose así la ausencia de responsabilidad pública a la vez que se garantiza un mecanismo de defensa eficaz y accesible para todas las personas cuyos derechos hayan podido ser vulnerados por parte de cualquier agencia europea.

Si bien Frontex ha evitado constantemente asumir algún tipo de responsabilidad en relación a las operaciones de la que forma parte, argumentando para ello que únicamente ejerce el rol de coordinador y que la responsabilidad de las acciones llevadas a cabo en apoyo a los Estados miembros siguen siendo de éstos últimos, el propio Parlamento europeo ha llegado a manifestar en su resolución antes mencionada que, «en la práctica, es imposible disociar la actividad de coordinación de Frontex de la actividad desplegada por los Estados miembros bajo su coordinación, de forma que Frontex podría igualmente tener un impacto directo o indirecto sobre los derechos de las personas, algo que generaría, como mínimo, la responsabilidad contractual de la Unión Europea».

Sea como fuere, no cabe duda de que la inexistencia de un sistema claramente definido para determinar la responsabilidad de las agencias europeas ante posibles violaciones de derechos de los migrantes, hace a todas luces imposible luchar contra la impunidad derivada de la toma de decisiones discriminatorias en el ámbito operativo por parte de estas agencias, cuyas direcciones²⁷ se encuentran en ocasiones notablemente vinculadas a las prioridades políticas que rigen cada momento en cada Estado miembro.

4. Conclusiones

Se ha mencionado al inicio de este artículo como la ausencia de una definición jurídica del concepto de sistema integrado de gestión de fronteras exteriores de la Unión Europea no está en absoluto exento de consecuencias. Desafortunadamente, los distintos documentos que han intentado delimitar el ámbito conceptual de este término no han ido más allá, ora de establecer un listado con las tareas o actividades que podrían estar comprendidas dentro del ámbito de la protección y/o gestión de fronteras de la Unión, ora de determinar diversos niveles en los que puede estructurarse la gestión de dichas fronteras, circunstancia que en determinadas ocasiones no hace sino restar precisión a la hora de establecer con exactitud un concepto unívoco del término, estableciendo aspectos que quizás no deberían ser contemplados dentro de lo que debería pertenecer al ámbito de la gestión integral de

²⁷ Sirva como ejemplo la figura del director ejecutivo de Frontex, el cual es designado por el Consejo de Administración, un órgano a su vez formado por un representante de cada Estado miembro y dos representantes de la Comisión, circunstancia que evidencia los preeminentes intereses nacionales dentro de esta agencia europea.

fronteras e incluso, en determinadas ocasiones, soslayando materias que si podrían constituir *conditio sine qua non* para garantizar la coherencia del sistema.

Asimismo, la utilización de documentos de carácter eminentemente político elaborados por las instituciones europeas a la hora de implementar las políticas públicas de la Unión, podría provocar que el sistema de gestión de fronteras fuese particularmente permeable a las corrientes políticas que en un determinado momento imperan en ciertos Estados miembros, ya que en ocasiones, son los intereses de estos Estados y no los propios de los ciudadanos europeos, los que parecen tener más peso o, cuanto menos, ejercer mayor influencia en la elaboración e implementación de la política pública europea. Actitudes claramente hostiles de determinados Estados miembros hacia el fenómeno migratorio, así como la falta de cumplimiento de los compromisos previamente alcanzados entre éstos y la propia Unión Europea, podrían ser evitados mediante la precisa delimitación de la definición de la gestión integrada de fronteras exteriores en documentos de carácter jurídico, ya que permitiría, entre otras cuestiones, acudir a los tribunales de justicia competentes para dirimir controversias derivadas del hipotético incumplimiento de la norma donde el concepto hubiese quedado exhaustivamente establecido.

Igualmente, el adecuado establecimiento de una definición jurídica del término podría ayudar a superar la visión de la gestión integrada de fronteras únicamente como un medio para mantener la seguridad interior en la Unión Europea, superando así la ya mencionada “securitización” del sistema. Si bien es cierto que no podemos olvidar la necesidad de garantizar la seguridad dentro del territorio de la Unión Europea, entender el fenómeno migratorio como una amenaza y no como una oportunidad, podría hacer inclinarse excesivamente la balanza hacia la seguridad, con la restricción de derechos que de ello podría derivarse, en detrimento de la posibilidad de disfrutar de un amplio margen de libertades donde igualmente quede garantizada la protección de los derechos de las personas.

En definitiva, si bien parte de la doctrina ha definido la gestión de fronteras exteriores de la Unión como «aquel instrumento que busca integrar de acuerdo con parámetros comunes y coordinados, el conjunto de actividades en materia de control y vigilancia de los poderes públicos de los Estados miembros y a fin de garantizar la seguridad fronteriza exterior en pleno respeto de la legislación comunitaria e internacional»²⁸, nada impide ahondar un poco más en esta cuestión y establecer así otras definiciones más extensas y/o precisas que incluyan otros aspectos que deben ser igualmente tenidos en cuenta para calificar la gestión de fronteras exteriores de la Unión Europea como un sistema de carácter verdaderamente integrado y transversal, siendo todo ello contemplado en textos de índole jurídico.

Con respecto a las cuestiones derivadas de la posible ausencia o carencia de cooperación y/o coordinación de agencias tanto nacionales como europeas, si bien deberíamos tener presente que éstas pertenecen o derivan mayormente de aspectos de ámbito estrictamente operativo, debería analizarse con mayor profundidad el estudio del sistema actualmente diseñado por la Unión Europea. Teniendo en cuenta que la gestión de fronteras exteriores de la Unión se configura como una competencia de carácter compartido entre la propia Unión y los Estados miembros²⁹, tendría sentido afirmar que las discrepancias y fricciones entre agencias nacionales y europeas no resultan a veces tan aisladas, problemática que podría resolverse

²⁸ M. Á. ACOSTA SÁNCHEZ, *Sobre el concepto de Gestión Integrada de Fronteras Exteriores Europeas*, cit., p. 16.

²⁹ Tratándose de una competencia de carácter compartido entre la Unión Europea y los Estados miembros, en su ejercicio deben respetarse, entre otros, los principios de subsidiariedad y proporcionalidad establecidos en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea.

mediante la adecuación de un detallado marco regulatorio que detalle con precisión también las cuestiones de carácter operativo. Las discrepancias que igualmente pudieran surgir entre las propias agencias europeas deberían ser solventadas así, bien mediante la configuración de un nuevo sistema, bien mediante la mejora del sistema actualmente diseñado.

Sea como fuere, la necesidad de evitar duplicidades y solapamiento de tareas en relación a la gestión de fronteras exteriores de la Unión no sólo proporcionaría una mejora sustancial en términos de eficiencia del sistema, sino que sin duda reduciría las consecuencias negativas que pudieran derivarse con respecto a los derechos de las personas que intentan acceder, de una forma u otra, al territorio de la Unión Europea.

Por último, en relación con la responsabilidad de las agencias europeas por sus actividades desarrolladas dentro del ámbito de la gestión de las fronteras exteriores de la Unión, resulta interesante observar como se ha ido reforzando de manera exponencial el poder de Frontex en comparación con el del resto de agencias que operan dentro del mismo ámbito competencial. Su fortalecimiento, notablemente mayor incluso que el proporcionado a otras agencias europeas con funciones operativas en la gestión de las fronteras, como pueden ser Europol o la nueva Agencia Europea de Asilo, no hace sino evidenciar la visión de la Unión Europea a la hora de relacionar el fenómeno migratorio principalmente con cuestiones pertenecientes al ámbito de la seguridad frente a otro tipo de aspectos que deberían ser igualmente relevantes, tales como la garantía de un acceso efectivo al derecho de asilo o la lucha contra grupos u organizaciones criminales que operan en el ámbito migratorio.

Más allá de la obvia preocupación de la Unión Europea por mantener la seguridad dentro del ámbito del ELSJ, la decisión de reforzar el papel de cualquier agencia europea frente al resto, supone igualmente el deber de establecer mecanismos reales y efectivos capaces de evitar la impunidad de sus miembros ante la posible vulneración de derechos fundamentales y/o el incumplimiento de las obligaciones prescritas en la normativa aplicable a cada caso.

La Unión Europea, y más concretamente la Comisión, no debería seguir haciendo caso omiso a las constantes denuncias efectuadas por las prácticas que en ocasiones parecen haber sido llevadas a cabo por los miembros de la agencia Frontex. Los hechos acreditados incluso por otra agencia europea, como es la OLAF, no deberían sino forzar a la Unión Europea a realizar una importante revisión del sistema con el fin de profundizar en la transparencia con la que Frontex y el resto de agencias europeas llevan a cabo las actividades que les han sido conferidas. Justificaciones como las realizadas por la propia agencia Frontex ante el informe de OLAF, argumentando sus acciones como actos del pasado, no deberían ser suficientes para dar por finalizada la exigencia de responsabilidad ante la notoria gravedad de los hechos acreditados, no pareciendo tampoco ser suficiente que el cambio en la figura de su director ejecutivo permita poner fin a prácticas abusivas que vulneran los principios más básicos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Asegurar la confianza de los ciudadanos en el proyecto europeo pasa sin duda por garantizar el cumplimiento de los principios y valores que inspiran el citado proyecto, algo que difícilmente se podrá conseguir si es la propia Unión, a través de sus agencias, quien lleva a cabo acciones que podrán violar los derechos fundamentales sin que exista un sistema real y efectivo diseñado para exigir las correspondientes responsabilidades.

ABSTRACT: *Weaknesses of the current integrated system for managing the European Union's external borders*

The gradual introduction of an integrated management system for EU's external borders seemed to fulfill the wishes of those who had always supported a greater degree of integration of the European project. Unfortunately, almost fifteen years after entering into force the Treaty on the Functioning of the European Union, certain issues could still prevent to affirm the achievement of a consolidated integrated management system for European borders.

Considered as limits and weaknesses of the current European border managementsystem, the following article will address aspects related to its conceptual delimitation, with the advisability of reaching higher levels of coordination between national and European agencies in the migratory field, as well as the need to set up mechanisms that demand due responsibility from those European agencies that may have committed some type of violations of fundamental rights.



M^a DOLORES ADAM MUÑOZ*

ANÁLISIS DE ALGUNOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA POLIGAMIA EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Concepto del matrimonio poligámico. – 3. La posición del ordenamiento jurídico español ante la poligamia. – 4. La admisión de los efectos atenuados de la excepción del orden público internacional en relación con la poligamia. – 5. Posible celebración del matrimonio poligámico en el territorio español. – 6. La reagrupación familiar del cónyuge por extranjero residente en España cuando su ley nacional admite la poligamia. – 7. Reflexiones finales.

1. *Introducción*

A partir de los años ochenta la sociedad española goza de una transformación como consecuencia del fenómeno migratorio la cual se manifiesta en la convivencia de diversas culturas dentro del Estado español, dado que en la actualidad, los ciudadanos que se trasladan de un Estado a otro con ánimo de asentarse en este segundo, lo hacen con unas fuertes raíces culturales y reclaman del Estado de acogida el respeto y la salvaguarda de las mismas. De este modo nos hallamos ante el fenómeno de la formación de una sociedad multicultural, el cual se produce como consecuencia del «...asentamiento en el territorio español de una serie de grupos sociales minoritarios, integrados exclusivamente por extranjeros que manifiestan una identidad propia a nivel hábitos, creencias, lengua y cultura y que aspiran a vivir en nuestro país de acuerdo con su modelo de vida. Constituyen bolsas de inmigración que se proponen integrarse, ya sea de modo temporal o permanente, en la sociedad española y que pretenden no ser rechazadas o resultar discriminadas en razón de su elemento diferencial, así como a no ser obligadas a renunciar a él para poder ser aceptadas plenamente en una convivencia amparada por el derecho»¹.

La respuesta inmediata a esta situación en la que han de convivir la cultura del Estado de acogida y las de los Estados de origen ha de pasar necesariamente por la adopción de una

* Catedrática de Derecho internacional privado - Universidad de Córdoba (España).

¹ J. M. ESPINAR VIVENTE, *Sociedad multicultural y Derecho internacional privado*, en *Las ciudades de soberanía española: Respuestas para una sociedad multicultural*, Ed. I. GARCÍA RODRÍGUEZ, Alcalá de Henares 1999, p. 185.

adecuada política de integración², la cual ha de estar dirigida, tanto a la sociedad de acogida, como a la del inmigrante. En relación con la primera resulta fundamental que la sociedad autóctona se desprenda de todo el temor al extraño, a la diferencia y acepte la diversidad como un valor. Con respecto a los inmigrantes, éstos deben mostrar una actitud positiva dirigida a la integración, la cual pasa por el conocimiento de la lengua, las costumbres, las leyes, etc. del país de acogida.

No obstante, esta situación que nos parece razonable y la más adecuada para la consecución de una convivencia justa y pacífica, no presenta excesivas dificultades cuando los individuos provienen de Estados cuya normativa no es confesional, ya que los conflictos interculturales no son excesivamente preocupantes. Únicamente existe un problema de aceptación, por parte de los ciudadanos del país de acogida y de, integración, por parte de las personas que acceden al nuevo Estado. Así, el hecho de la aceptación está marcada por factores tales como, la raza, caracteres fenotípicos, modo de vestir, de hablar, de comportarse etc.; es decir, circunstancias que ya de por sí indican la diferencia entre los ciudadanos del Estado receptor y los individuos que pretenden establecerse en el mismo (como por ejemplo sería el caso de los inmigrantes que son nacionales de países de Iberoamérica).

El problema se complica cuando las personas que rebasan las fronteras del Estado de acogida pertenecen a sistemas jurídicos de carácter confesional³; es decir, aquellos sistemas donde las normas jurídicas son normas religiosas, o, lo que es lo mismo, donde las normas religiosas son normas jurídicas que rigen la vida de la comunidad, ya que en este segundo caso la divergencia cultural es un hecho y la integración y aceptación de estas personas resulta mucho más difícil⁴. La situación se complica cuando las personas que rebasan las fronteras del Estado de acogida pertenecen a sistemas jurídicos en los que sus normas, costumbres, prácticas culturales, etc, transgreden de una forma sistemática y manifiesta los pilares esenciales sobre los que se asienta dicho Estado, vulnerando y quebrantando los derechos fundamentales sobre los que se construye la forma de convivencia dentro de su territorio. Lo mismo sucede en aquellas ocasiones en las que en el país de origen las costumbres y prácticas culturales, que los sujetos llevan consigo en su proyecto migratorio, constituyen una vulneración directa y flagrante de los derechos fundamentales reconocidos a toda persona.

Esta circunstancia se agrava si tenemos en cuenta que el resurgimiento actual de las culturas nacionales contribuye a que las minorías se autoafirmen en el país de acogida y exijan el mantenimiento de su propia identidad⁵ y además por la aceptación por parte de Europa de un derecho a la protección cultural de la persona⁶. En estos casos, además de la formación de una

² L. SANTOS ARNAU, *Elementos jurídicos de la integración de los extranjeros*. en *Inmigración e integración en Europa*. Barcelona 1993, p. 91 ss.

³ P. GANNAGÉ, *La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales*, en *Recueil des Cours*, 1979, vol 164, p. 347 ss.

⁴ M. CHARFI, *L'influence de la religion dans de droit international privé des pays musulmans*, en *Recueil des Cours*, 1987, vol. 203, p. 321 ss.

⁵ Para una visión de la sociedad multicultural y sus implicaciones, Vid. Ch. TAYLOR, *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México 1993. E. LAMO DE ESPINOSA, (ed.) *Culturas, Estados, Ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*, Madrid, 1995.

⁶ P. ABARCA JUNCO, *La regulación de la sociedad multicultural*, en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*. Coordinado por A.L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Angel. Madrid, 2000, p. 169.

sociedad multicultural⁷, ésta conlleva lo que se ha denominado un "conflicto de civilizaciones"⁸, de modo que, en las relaciones jurídicas en las que participan personas pertenecientes a estos Estados no se puede ni debe excluir su propio derecho, sino que se ha de analizar cuales son los valores en presencia y tener presente que éstos, junto con la realidad social, han de ser tenidos en cuenta en la reglamentación del tráfico jurídico externo.

En efecto, es de todos conocido el aumento de la emigración de ciudadanos de países del Magreb, los cuales se caracterizan por la tenencia, por lo menos en el ámbito privado, de un derecho confesional⁹, hacia los países de Europa, migración que ya no se centra únicamente en Francia, Italia¹⁰, Holanda, Suecia o Alemania, sino que está adquiriendo una gran dimensión en España¹¹. En el estado español la población inmigrante mayoritaria está constituida por personas de nacionalidad marroquí, alcanzando a 1 de enero de 2022 un total de 776.223 residentes en España¹².

Ante esta situación, el derecho no puede permanecer ajeno¹³, muy al contrario, la sociedad multicultural exige que el Estado tome en consideración la identidad cultural de los individuos y de los distintos grupos sociales con la finalidad de lograr una convivencia justa y pacífica.

Es en el ámbito de la familia donde este derecho de base confesional se manifiesta con toda su intensidad, ya que el modo en que la misma se concibe y los principios sobre los que se asienta constituyen el fiel reflejo de la manera en que el estado se configura. Por este motivo no podemos perder de vista las diferencias tan sustanciales que existen entre el Islam y la cultura europea, ya que el primero parte de que los derechos sociales tienen origen divino y no constituyen un fundamento de la propia persona, de manera que no pueden ser

⁷ Al respecto A. TOURAINE, *¿Qué es una sociedad multicultural?. Falsos y verdaderos problemas*. En *Claves de la razón práctica*, n. 56, 1995, p. 16, la define, tanto de una manera negativa como positiva, indicando que: «Una sociedad multicultural no consiste en una fragmentación de la sociedad en comunidades encerradas en sí mismas, que solo estarían ligadas entre sí por el mercado o incluso por la segregación y la guerra santa, la guerra de clases, de naciones de religiones o de sexos; el multiculturalismo solo tiene sentido si se define como la combinación, en un territorio dado, de una unidad social y de una pluralidad cultural mediante intercambios y comunicaciones entre actores que utilizan diferentes categorías de expresión, análisis e interpretación».

⁸Sobre el significado del concepto del "Conflicto de civilizaciones", Vid. P. MERCIER, *Conflicts de civilisations et droit international privé. Polygamie et repudiation*. Ginebra, 1972, *passim*. , J. DEPREZ, *Droit international privé et conflicts de civilisation*, en *Recueil des Cours*. t 211, 1988/IV, p. 347 ss., E. JAYME, *Identité culturelle et integration: le Droit international privé postmodern*, en *Recueil des Cours*, vol. 251 1995/I. p. 13 ss.

⁹ En relación con el conflicto de civilizaciones que se produce en el ámbito de la separación de las parejas, Vid. H. GAUDEMONT-TALLON, *La desunión du couple en droit international privé*, en *Recueil des Cours*, t. 226, 1991, p. 179 ss.

¹⁰ F. PASTORE, *Famiglie immigrante e diritto occidentale: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia*, en *Rivista di diritto internazionale*, 1993, p. 73 ss.

¹¹ El Islam está en plena expansión en Europa, y no es una afirmación alejada de la realidad si atendemos a los datos que nos ofrece el informe "Europe's Growing Muslim Population", del Instituto "PewResearch Center", Vid dicho informe de Noviembre de 2017, en <https://www.pewresearch.org/religion/2017/11/29/europes-growing-muslim-population/> A tenor de este informe España, se sitúa en el décimo puesto en cuanto a los Estados que recibe mayor número de inmigrantes, siendo el 39% de origen musulmán.

¹² Instituto Nacional de Estadística. Cifras de Población (CP) a 1 de enero de 2022 Estadística de Migraciones (EM). Año 2021. Disponible en https://www.ine.es/prensa/cp_e2022_p.pdf. El crecimiento poblacional de España se debió al incremento de las personas de nacionalidad extranjera, ya que las de nacionalidad española se redujeron. El número de extranjeros aumentó en 49.612 personas durante 2021, hasta un total de 5.417.883 a 1 de enero de 2022. Este incremento respondió, en su mayor parte, a un saldo migratorio positivo de 153.094 personas. Marruecos a 1 de enero de 2022 era de 776.223.

¹³ En relación con el conflicto de valores entre las sociedades laicas y las religiosas, Vid. con carácter general, S. A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, A. BONONI (ed.), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*. Zurich, 1999.

cuestionados en cuanto a su acatamiento. Sin embargo, la cultura europea parte del principio de la laicidad de manera que los derechos sociales constituyen el fundamento para la consecución de la dignidad humana¹⁴. Es en relación con esta dicotomía entre los valores y principios en presencia pertenecientes a la sociedad de acogida y a la sociedad de la que proviene la población inmigrante en donde la actuación del Derecho internacional privado adquiere un valor primordial, ya que hoy en día su relevancia radica en su actuación como armonizador de las diversas culturas en presencia, de manera que su función como coordinador entre sistemas jurídicos contrapuestos, resulta fundamental para la consecución del respeto al derecho a la identidad cultural. Así pues en las relaciones jurídicas en las que participan personas pertenecientes a estos Estados esta rama del derecho analiza cuales son los valores en presencia y el significado que tiene la norma, la costumbre o la práctica cultural, de forma tal que, si a la luz de dicho examen se ponen en entredicho los principios básicos sobre los que se asienta el Estado de acogida, como es el respeto y la protección de los derechos fundamentales, se tomen las medidas necesarias para prevenir y erradicar estas situaciones intolerables. Si, por el contrario, de dicho estudio se desprende que dichos instrumentos se adecuan a los pilares básicos sobre los que se sustenta el estatuto jurídico del Estado de acogida, éste ha de escudriñar cuales son los valores en presencia y ser conscientes de que éstos, junto con la realidad social, han de ser tenidos en cuenta en la reglamentación del tráfico jurídico externo. De esta forma, el Derecho internacional privado se nos muestra como la rama jurídica que hace posible la convivencia entre la cultura del Estado de origen y la cultura del Estado de acogida y, ello porque esta disciplina se torna como elemento catalizador de una determinada relación internacional entre particulares, que en un primer momento, puede chocar con los principios y valores de nuestro ordenamiento jurídico para, a través de sus propios mecanismos, técnicas e instrumentos, transformarla en una relación que tenga cabida en nuestro sistema mediante su adecuación a nuestro orden constitucional. No obstante su función también radica en la constatación de que dicha relación o situación jurídica no puede ser aceptada por nuestro Estado, toda vez que la misma constituye una afrenta frontal y directa hacia los cimientos esenciales sobre los que se sustenta nuestra sociedad. También en estos supuestos el Derecho internacional privado cuenta con un sistema propio para su inadmisión e incluso para su prevención y erradicación.

El estudio que vamos a llevar a cabo en las líneas que siguen se va a centrar en el análisis del matrimonio poligámico, propio de los estados islámicos, y en su aceptación o no por nuestro Ordenamiento jurídico o en la admisión de determinados efectos del mismo a la luz de la función catalizadora de las diversas culturas en presencia que hemos descrito y que es propia del Derecho internacional privado.

2. Concepto del matrimonio poligámico

En la mayoría de los países islámicos existe una institución conocida como matrimonio poligámico¹⁵, según la cual, un hombre puede contraer matrimonio con hasta

¹⁴A. FERNÁNDEZ-CORONADO, *Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 85, enero-abril 2009, p. 132, y M. LEMA TOME, *Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España*, en *Migraciones Internacionales*, Vol. 2 núm. 2, 2003 p. 158.

¹⁵El único país musulmán en el que está prohibida la poligamia es Túnez. Así se establece en el artículo 18.1 del

cuatro esposas a la vez¹⁶; sin embargo, esta posibilidad no se le otorga a la mujer, la cual solo puede tener un marido¹⁷. El origen de la poligamia se encuentra, según los musulmanes, en el Corán, el cual señala que: “...si teméis no ser equitativos con los huérfanos, casaos con las mujeres que os gusten, dos, tres o cuatro. Pero si teméis no obrar con justicia, entonces con una sola o con vuestras esclavas. Así evitaremos mejor obrar mal” (Corán, surat 4, ayat 3). De este pasaje del Corán se han deducido posteriormente las condiciones legales de la poligamia de manera que el número máximo de esposas no puede superar el de cuatro y con todas ellas el esposo ha de ser igual de justo y equitativo, tanto en lo referente al trato material, como al moral. No obstante, el Corán deja plena libertad para contraer un matrimonio múltiple, en ningún caso obliga al hombre a tomar a más de una esposa.

En cuanto a las razones que fundamentan la admisión de la poligamia, las mismas han de ser puestas en relación con el papel que la mujer cumple en la sociedad musulmana, toda vez que su rol no está en función de su cualidad como persona, sino de su situación como madre y esposa. Así, el desarrollo integral de la mujer se realiza a través del matrimonio, el cual le permite consagrar su hegemonía en la sociedad como esposa y, posteriormente como madre, ya que los hijos habidos fuera del matrimonio tienen la consideración de hijos ilegales. De este modo, el derecho islámico considera que el matrimonio es un derecho de la mujer y, precisamente para que la misma pueda ejercitar su derecho, la poligamia constituye un mecanismo idóneo. A la luz de esta concepción la poligamia se sustenta, entre otros, bajo los siguientes parámetros: en primer lugar, el matrimonio musulmán tiene como fin primordial la procreación, de tal forma que, a través de la misma la mujer consolida su estatus en la sociedad, en segundo lugar, puede suceder que la mujer caiga enferma y por este motivo no pueda cumplir con sus deberes conyugales de carácter sexual, de esta forma la poligamia resuelve eficazmente este problema, en tercer lugar, el matrimonio, aunque sea polígamo, establece una serie de derechos y obligaciones para los cónyuges, por lo tanto no se contraponen con el principio de igualdad entre el hombre y la mujer, ya que el sistema islámico responsabiliza al hombre de asegurar el sustento dentro del matrimonio, de otorgar la dote, y responsabiliza a la mujer del cuidado del hogar, de su esposo y de sus hijos y, por último y, teniendo en cuenta que la poligamia permite a la mujer el ejercicio de sus derechos matrimoniales, más que un privilegio del hombre supone una obra buena realizada por el mismo, ya que otorga a la mujer la posibilidad de colmar sus expectativas en la sociedad¹⁸.

Código del Estatuto Personal.

¹⁶ Los diversos Códigos musulmanes están regulando o restringiendo esta institución. Así, de la facultad ilimitada del marido de tener todas aquellas esposas que pudiera mantener, la poligamia se está limitando a cuatro, estando condicionada la admisión de la misma a la existencia de ciertos requisitos. Así, el Código del estatuto personal Marroquí, establece en su artículo 30, modificado por la ley de 1993, que la primera esposa debe ser avisada del deseo de su cónyuge de volverse a casar y la segunda ha de saber que ya se encuentra casado con una primera. No obstante, en la actualidad existen reductos del patriarcado excesivo de los Estados Islámicos. El Código civil iraní establece que el esposo, además de las cuatro esposas regulares que puede tener, puede tomar otras mujeres en calidad de matrimonio temporal, el cual puede durar desde una hora hasta numerosos años. Este matrimonio está prohibido en el Derecho Musulmán Sunita. Vid. S. A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Mariages entre partenaires suisses et musulman Conaître et prévenir les conflits*, en *Revue et remagée*, 1998, Institut Suisse de Droit Comparé, p. 14.

¹⁷ Las causas que pueden justificar la poligamia son, entre otras, el que la mujer sea estéril y así el marido, al tomar una nueva esposa pueda tener hijos, el que las mujeres son mayoría después de una guerra, el que la mujer caiga enferma y si el hombre no vuelve a casarse no puede satisfacer sus necesidades sexuales, etc. Vid. M. A. AL-MIDANI, *La famille musulmane et la Sharia*. en *Le droit de la famille en Europe*, Dir: R. GAUDEMONT-TALLON, Estrasburgo 1992, p. 35 ss.

¹⁸ M.A. AL-MIDANI, *La famille musulmane et la Sharia*, cit, p. 35 s.

En relación con la práctica de la poligamia en los diferentes países de carácter islámico, la misma se encuentra bastante extendida en Estados como Arabia Saudí, en donde por cada 1.000 varones casados 120 son polígamos, o Sudán donde por cada 1000 hombres casados existen 168 polígamos. En cambio en los países del Magreb la poligamia es más reducida, de manera que, en Argelia existen 18 hombres polígamos por 1000 casados, en Marruecos de 1000 hombres casados 66 son polígamos y en Túnez está prohibida desde el año 1956¹⁹.

Respecto a las reglas a las que está sometida la poligamia en el Derecho islámico, como hemos señalado anteriormente, las mismas tiene su base en el Corán; sin embargo, este mismo texto también indica respecto a esta cuestión en la surat 4, ayat 129 que “no podéis ser justos con vuestras mujeres, aún si lo deseáis”. Este precepto ha sido utilizado, bien por algunos autores para negar la posibilidad de la existencia de la poligamia al negársele al hombre su capacidad para ser justos con todas sus mujeres por el propio Corán, o bien por algunas legislaciones para limitar los casos en los que se puede contraer un matrimonio polígamo, como es el caso del Código del estatuto personal de Marruecos del año 2004²⁰.

3. La posición del ordenamiento jurídico español ante la poligamia

En el sistema español los principios sobre los que se sustenta el matrimonio se consagran en el artículo 32 de la Constitución, el cual señala que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica y que la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges y las causas de separación y disolución; es decir, la Constitución establece unos mínimos que posteriormente han de ser desarrollados por ley. De estas notas fundamentales se desprenden los caracteres que conforman el matrimonio en nuestro sistema: En primer lugar, nuestro Ordenamiento predica la igualdad jurídica del hombre y de la mujer a la hora de contraer matrimonio, si bien, esta igualdad perdurará a lo largo de la vida del mismo; es decir, su halo de vigencia se extiende al momento de contraer matrimonio, durante el matrimonio y en el momento de la disolución del matrimonio. En segundo lugar, nuestro sistema matrimonial se basa en la monogamia, entendiéndose que de este modo se consigue el derecho a la igualdad jurídica del hombre y de la mujer en el matrimonio, de manera que la poligamia se contrapone al principio de igualdad entre los cónyuges y es una práctica que no se conoce ni se admite ni en nuestro Derecho ni en el ámbito Europeo²¹.

¹⁹ J. MANYER I FARRÉ, *Quand l'Islam trunca a la porta*, Barcelona, 1996, p. 32.

²⁰ Los diversos Códigos musulmanes están regulando o restringiendo esta institución. Así, de la facultad ilimitada del marido de tener todas aquellas esposas que pudiera mantener, la poligamia se está limitando a cuatro, estando condicionada la admisión de la misma a la existencia de ciertos requisitos. Así el Código del estatuto personal marroquí del 2004 señala en su art. 40 que: «Se prohíbe la poligamia cuando puede tener lugar una injusticia entre las esposas. Está igualmente prohibida cuando la esposa haya establecido una cláusula en virtud de la cual el esposo se compromete a no tomar a otra esposa» y el art. 41 establece las causas por las que el juez no autorizará la poligamia. No obstante, en la actualidad existen reductos del patriarcado excesivo de los Estados Islámicos. El Código civil iraní establece que el esposo, además de las cuatro esposas regulares que puede tener, puede tomar otras mujeres en calidad de matrimonio temporal, el cual puede durar desde una hora hasta numerosos años. Este matrimonio está prohibido en el Derecho Musulmán Sunita. Vid. S. A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Mariages entre partenaires suisses et musulman...* cit., p. 14.

²¹ H. GAUDEMONT-TALLION, *La famille face au droit communautaire*, en *Internacionalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, París, 1996, p. 99.

Numerosas son las sentencias de nuestros tribunales²² que manifiestan que la poligamia no se admite en los ordenamientos de base democrática, como lo es el nuestro, porque atenta contra la concepción que los mismos tienen del matrimonio, el cual ha de ser solamente entre un hombre y una mujer, aunque la unión sea entre personas del mismo sexo y, lo que es más importante, contra la dignidad constitucional de la mujer; es decir, se entiende que si un hombre tiene a la vez dos mujeres, la dignidad de ambas queda en entredicho. De esta forma, la institución de la poligamia es una forma matrimonial que ha de quedar excluida de nuestro sistema por su oposición frontal al orden público internacional español²³. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de septiembre de 2020, manifiesta que: "Sin embargo la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero (artículo 12.3 CC), entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos y atenta contra la dignidad constitucional de la mujer²⁴. Tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (art. 217 Código Penal)"²⁵.

Resulta, cuanto menos curioso, que en relación a los elementos a los que nos hemos referido en líneas anteriores (normas, costumbres, prácticas culturales, etc.), los derechos fundamentales que se ven afectados, en cuanto a su inobservancia y vulneración, sean con muchas más frecuencia y, de forma sistemática, los derechos fundamentales que afectan a las mujeres y niñas, en favor de la primacía y salvaguarda de los derechos fundamentales de los hombres, como instrumento de un mecanismo sumamente eficaz para el mantenimiento de la sociedad patriarcal y como método para la reafirmación del sometimiento de la mujer al hombre y el dominio de éste sobre aquella. Es de esta manera como se perpetúan estos roles que asumen hombres y mujeres en las sociedades de origen y que pretenden conservar y mantener en el estado de acogida.

4. La admisión de los efectos atenuados de la excepción del orden público internacional en relación con la poligamia

²² Vid. entre otras, STS de 19 de junio de 2008 (RJ\2008\6478); STS de 14 de julio de 2009 (RJ\2009\7068); STS de 26 de febrero de 2010 (RJ\2010\1571); STS de 19 de diciembre de 2011 (RJ\2012\2876); STS núm. 1982/2017, de 14 de diciembre (JUR\2017\313735) (ECLI:ES:TS:2017:4539).

²³ Esta posición es mantenida por nuestras autoridades desde hace bastante tiempo, al respecto Vid. Resolución de 11-mayo-1994 (RJ 1994/5022), en igual sentido Resolución de 8-marzo-1995 (RJ 1995/2601) y de 14 de mayo de 2001 (RJA 2001/1728). No obstante, con anterioridad ya se había pronunciado nuestro Tribunal Supremo respecto de los efectos periféricos de la poligamia en lo referente a filiación, alimentos, sucesiones, pensiones de viudedad a pagar por la seguridad social española, etc. (STS 21 diciembre 1963, STS 13 marzo 1969, STS 12 junio 1969). STS 21 diciembre 1963 (R.5360); STS 13 marzo 1969 (R.1276); STS 12 julio 1969 (JC, p. 249).

²⁴ La DGRN manifiesta que «... un matrimonio poligámico(...) atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer» (RDGRN de 23 enero 2015, referente a un matrimonio de senegalés, RDGRN de 23 enero 2015 en relación a un matrimonio de ciudadano de Gambia, RDGRN de 6 febrero 2015 (matrimonio poligámico de ciudadana de Gambia), RDGRN de 6 febrero 2015 (matrimonio poligámico en Senegal). RDGRN de 23 enero 2015 *BIMJ* 19 agosto 2015; RDGRN de 6 febrero 2015 *BIMJ* 19 agosto 2015; RDGRN de 6 febrero 2015 *BIMJ* 19 agosto 2015).

²⁵ Roj: SAN 2424/2020 ECLI: ES:AN:2020:2424, Id. Cendoj 28079230062020100205.

No obstante estos pronunciamientos de nuestros tribunales, lo cierto es que a tenor de la institución de los efectos atenuados del orden público internacional nuestras autoridades han admitido, si no la unión matrimonial entre un hombre y una mujer y, como consecuencia, la existencia de un matrimonio, como supone el matrimonio poligámico, si ciertos efectos periféricos que se derivan de esa relación mantenida entre los mismos. Esta posibilidad ha podido tener lugar por aplicación de lo que se conoce como los efectos atenuados de la excepción de orden público internacional. Esta teoría surge fundamentalmente en Francia para solucionar los conflictos multiculturales que se producían como consecuencia de la emigración de los ciudadanos de las colonias a la metrópolis, principalmente desde Argelia. Por medio de esta teoría, no se reconoce la validez de la institución en sí, es decir, el segundo matrimonio, pero si los efectos que se puedan derivar del mismo y que no se opongan al derecho del foro. Así, a través de los efectos atenuados del orden público se han reconocido por los tribunales franceses a la segunda mujer de un matrimonio celebrado en el extranjero una pensión de alimentos, el derecho a la herencia o a una indemnización por razón de daño contra el autor de un accidente que provocó la muerte del marido²⁶.

En el derecho español, nuestras autoridades también han hecho uso de esta solución y así, en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de noviembre de 1996, una vez que se ha rechazado la inscripción del segundo matrimonio en el Registro Civil Español, se declara que: «No es cuestión de dilucidar aquí los efectos de distinto tipo que este hecho pueda producir para el ordenamiento español». En esta misma línea se sitúa la Resolución de 10 de julio de 1996, en la cual se señala que: «Es cierto, tal y como resulta de las actuaciones, que la promotora no ha obtenido el divorcio de su primer matrimonio, por lo que, en consecuencia, el impedimento de ligamen le impediría celebrar un nuevo enlace (cfr. artículo 46 del Código Civil). Pero no es menos cierto que el matrimonio posterior celebrado en España, con un argelino, de acuerdo con la confesión religiosa islámica, cumple los requisitos de forma exigidos (cfr. artículos 49, 56 y 60 del Código Civil y 7 de la Ley 27/1992 de 10 de noviembre [CRL 1992/2421]), siendo, por tanto, aparentemente válido. El hecho de que este matrimonio no pueda ser inscrito en el Registro civil por las razones apuntadas, no ha de impedir, conforme a los artículos 61 y 79 del Código civil, que el matrimonio islámico haya de surtir, al menos, los efectos del matrimonio putativo y por tanto, siempre el carácter de filiación matrimonial del menor, cuya inscripción y mediatamente su filiación se pretende rectificar, al existir una apariencia objetiva de celebración de matrimonio y demás requisitos mínimos que deben exigirse para la existencia del llamado matrimonio putativo»²⁷.

A partir de estos pronunciamientos, realizados por nuestras autoridades hace ya tantos años²⁸, ha sido una constante en nuestro Ordenamiento admitir los efectos que se derivan de la poligamia excluyendo la unión matrimonial, así por ejemplo en relación con el cobro de la pensión de viudedad por parte de la segunda esposa²⁹ y la adquisición de la

²⁶ P. LAGARDE, *La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la repudiation, le experience française*, en *Nouveaux itinéraires en Droit, Homenage a F. Rigaux*, Bruselas, 1993, p. 266 ss.

²⁷ RJ 1996/9703.

²⁸ Un devenir más explícito sobre esta institución se puede consultar en M. J. VALVERDE MARTINEZ, y J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Poligamia en marruecos y pensión de viudedad en España. el Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Vol. 10, n. 2, p. 725 s.

²⁹ J. MOLINS GARCÍA-ÁTANCE, *La pensión de viudedad en la sociedad multicultural*, en *Revista del poder judicial*, 2007, núm. 85, p. 343 ss., M. SOTO MOYA, *Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social, derecho a la pensión de viudedad*, en *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, n. 3, 2016. No obstante, existen

nacionalidad española³⁰, entre otros. De este modo, mediante la excepción de orden público internacional atenuado, únicamente los efectos jurídicos producidos por la situación legalmente creada en el extranjero y que vulneran los principios y valores fundamentales sobre los que se asienta nuestro Estado de derecho, como es el matrimonio poligámico, quedan eliminados³¹. Sin embargo, como ciertos efectos jurídicos derivados de la aplicación de un Derecho extranjero, de la creación de una relación jurídica al amparo de una norma extranjera, no se producen en España y no afectan a estos principios y valores por los que se rige la sociedad española, sino que se producen en otro Estado y afectan a una sociedad extranjera, la intervención de la excepción del orden público internacional español, no es necesaria.

5. Posible celebración del matrimonio poligámico en el territorio español

Nos detenemos en el análisis de esta cuestión como consecuencia de una lectura atenta y detallada de lo preceptuado por el art. 7 de la Ley 26/1992 del acuerdo entre el Estado español y la Confesión Religiosa Islámica³², ya que de la misma se puede desprender la permisibilidad que nuestro Estado mantiene en relación con la posibilidad de la celebración de matrimonios poligámicos en nuestro territorio. En efecto dicho precepto indica en su número 2 que las personas que deseen inscribir en el Registro Civil español el matrimonio celebrado según el rito islámico deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial mediante expediente instruido por las autoridades a las que se refiere el art. 51.1 del Código Civil (Secretario judicial, Notario o Encargado del Registro Civil del lugar del domicilio de uno de los contrayentes o al funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil si residiesen en el extranjero), luego, *sensu contrario*, las personas que no deseen inscribir en

pronunciamientos de nuestros tribunales en contra de esta posibilidad. Vid. Al respecto. STSJ Comunidad Valenciana núm. 1821/2005, Sala de lo social, sección 1ª de 6 de junio de 2005; STSJ de Cataluña, núm. 5255/2003, Sala de lo social, sección única, de 30 de julio de 2003. El argumento esgrimido es que la poligamia choca frontalmente con lo dictado en el artículo 12.3 Cc.... “A efectos de la ley española el segundo matrimonio es nulo...”, de manera que otorgan la pensión en su totalidad a la primera mujer. P. JUAREZ 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 *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, 11, 1, p. 801 ss.; M.J. CERVILLA GARZÓN, *Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el sistema español de seguridad social*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, 11, 1, p. 235 ss.; M.F. DE NO VÁZQUEZ, *Poligamia y pensión de viudedad*, en *Actualidad Laboral*, n. 13, 22, 2004, p. 1899 ss.; L. PERICÁS SALAZAR, *El matrimonio poligámico y la pensión de viudedad*, en *Aranzadi Social*, n. 9, 2007, p. 129 ss.; A.L. DE VAL TENA, *Poligamia y pensión de viudedad: a propósito de la «extensión» del concepto de beneficiario. Comentario a la STSJ de Galicia 2 abril 2002*, en *Actualidad Laboral*, 3, 13 al 19 enero 2003, p. 47 ss.

³⁰ J. L. IRIARTE ANGEL, *El matrimonio poligámico en la jurisprudencia y la práctica española*, en C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, 2012, p. 627 ss.; P. JUÁREZ PÉREZ, *Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?*, en REEI (www.reei.org), 2012; N. ALMAGRO RODRÍGUEZ, *Comentario a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 de junio 2008, sobre denegación de la concesión de la nacionalidad española por poligamia*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009-II, pp. 274-283. H. AL RACHED, *Adquisición de la nacionalidad española y matrimonio poligámico: aspectos críticos y prácticos*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, 12, 2, p. 841 ss.

³¹ J. MESTRE, *Le mariage en France des étrangers de statut confessionnel*, en RCDIP, 1977, vol. LXVI, p. 659 ss. El autor mantiene que la excepción de orden público internacional no debe operar contra la aplicación de un Derecho extranjero cuando éste regula situaciones jurídicas ya creadas legalmente en otros países con arreglo a un Derecho extranjero en lo que respecta a ciertos efectos jurídicos «periféricos».

³² BOE núm. 272 de 12 de noviembre de 1992.

el Registro Civil español su matrimonio celebrado según la forma islámica, no tendrán que acreditar su capacidad en expediente previo, de manera que es posible que exista en relación con el varón impedimento de *ligamem* porque existe un matrimonio previo del mismo en España, o en el extranjero y ese matrimonio celebrado en España ante autoridad religiosa islámica goce de validez en el país en el cual la poligamia sea una forma válida para contraer matrimonio y, sin embargo, dicho enlace no sea lícito a tenor de nuestro Ordenamiento Jurídico, en tanto en cuanto nuestro sistema matrimonial se basa en la monogamia y nuestros tribunales se han pronunciado en numerosas ocasiones sobre la inconstitucionalidad de la poligamia al ser una institución que se opone de frente a la dignidad constitucional de la mujer.

A mi juicio, la posibilidad de contraer un matrimonio poligámico en España queda avalada por el modo en que está redactado el párrafo 3º del art. 7 del acuerdo entre el Estado español y la Federación Islámica Española. Esta redacción no se corresponde con la que se contienen en los acuerdos de nuestro Estado con las confederaciones Evangélica e Israelita, aún habiéndose celebrado los tres acuerdos en la misma fecha: noviembre de 1992³³, ya que, para la confesión islamita no se establece con carácter imperativo la obligación para las partes de solicitar la instrucción previa del expediente de capacidad matrimonial ante la autoridad competente española, mientras esta obligación si se establece para las confesiones Evangélica e Israelita y para aquellas otras que hayan adquirido un especial arraigo en España³⁴. No obstante, se podría argumentar en contra de esta posibilidad, si analizamos lo preceptuado en el Código del Estatuto Personal marroquí (*Mudawwana*)³⁵, al ser de este país de donde proviene mayor población cuyo Estado admite la poligamia, aunque con restricciones (art. 40 y siguientes), que el mismo en su art. 14 establece una serie de exigencias para que el matrimonio entre marroquíes celebrado en el extranjero goce de validez en Marruecos; sin embargo, el art. 16 de dicho Código contiene una serie de excepciones al cumplimiento de estos requisitos y, en concreto, al registro del acta matrimonial, de manera que si razones de fuerza mayor impiden registrar dicho acta en el consulado de España en Marruecos (art. 15 CFM), el tribunal marroquí utilizará todos los medios de prueba para reconocer su existencia, tal como la experiencia (párrafo 2º), asimismo, el tribunal marroquí tomará en consideración en el procedimiento de reconocimiento, la existencia de niños o el embarazo resultantes de la relación conyugal y si el pleito se ha seguido en vida de los esposos (párrafo 3º).

³³ Ley 24/1992, de 10 de noviembre. por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de entidades Religiosas Evangélicas de España y la Ley 25/992 de 10 de noviembre por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España (BOE núm 272 de 12 de noviembre de 1992). En ambas leyes el art 7 en sus números 1 y 2 contienen un imperativo legal para las partes, las cuales han de promover la instrucción del expediente previo de capacidad ante las autoridades competentes españolas si desean que su enlace sea inscrito en el registro civil español. A tal efecto este precepto señala que: «"1.- Se reconocen los efectos civiles del matrimonio celebrado ante los ministros de culto de las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (o comunidad israelí en su caso). Para el pleno reconocimiento de tales efectos será necesaria la inscripción del matrimonio en el Registro Civil. 2. Las personas que deseen contraer matrimonio en la forma prevista en el párrafo anterior promoverán el expediente previo al matrimonio, ante la autoridad competente...».

³⁴Ley 15/2015 de 2 de julio de La Jurisdicción Voluntaria, núm. 158 de 3 de julio de 2015; corr. de errores BOE núm. 210 de 2 de septiembre de 2015. Esta Ley introduce la posibilidad de que en el estado español se contraiga matrimonio según otras formas religiosas que hayan adquirido un especial arraigo en España y que estén inscritas en el Registro español de entidades religiosas (Disposición Final Primera Doce), la cual modifica el art. 60 del Código Civil.

³⁵ Vid. texto en AA.VV. *La nueva Mudawwana marroquí: entre la tradición y la modernidad*. G. ESTEBAN DE LA ROSA (dir.). Sevilla, junta de Andalucía, 2009.

Otra de las razones que fundamentan nuestra posición la constituye el hecho de que la modificación que se efectúa en el art. 7 de la Ley 26/1992 de cooperación entre el Estado español y las Confederaciones Islámicas de España a través de la Disposición final 5ª de la Ley 15/2015 de 2 de julio de La Jurisdicción Voluntaria, no se refiere para nada al carácter imperativo que ha de tener la instrucción previa del expediente matrimonial para la celebración del matrimonio en España según el rito islámico³⁶, sino que se limita a indicar que las personas que deseen inscribir el matrimonio contraído según el rito islámico deberán acreditar previamente su capacidad mediante expediente instruido por las autoridades que son competentes en nuestro país para la instrucción de dicho expediente³⁷, de forma que, el legislador lejos de zanjar las posibles dudas que cupieran en torno a la posibilidad de la celebración del matrimonio poligámico en nuestro territorio, ha optado por dejarlas vigentes³⁸, señalando como un posible "deseo" la obligatoriedad de la inscripción del matrimonio celebrado de forma religiosa islámica en el Registro Civil español para que el mismo surta efectos civiles. La segunda situación descrita no es extraña en nuestro territorio habida cuenta de la conformación de la sociedad actual, tal y como pusimos de manifiesto en líneas anteriores. En efecto, como consecuencia del aumento de la inmigración y, habiendo constatado que una gran cantidad de inmigrantes proceden de Estados de confesión islámica, es muy posible que este sector de la población tenga interés en contraer matrimonio y que el mismo sea válido desde el punto de vista de su ordenamiento jurídico, mientras que le puede ser indiferente que éste tenga plenos efectos desde la perspectiva del Ordenamiento español. En este supuesto, el matrimonio se celebrará y será válido según la *lex patriae*, o ley personal de uno o dos de los contrayentes, la cual coincidirá con la *lex magistratus*, pero no tendrá validez según la *lex loci* o ley española, es más es muy posible que las autoridades españolas ni siquiera tengan conocimiento de la celebración del mismo.

Esta posibilidad, que en un principio podría parecer dudosa en cuanto a su legalidad, ha sido avalada por la Instrucción de 10 de febrero de 1993 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual manifiesta que el matrimonio islámico se puede celebrar sin necesidad de acudir con anterioridad ante el Encargado del Registro Civil para que éste tramite el expediente previo³⁹.

³⁶ A tenor de esta modificación R. NAVARRO-VALLS, y A. PANIZO ROMO DE ARCE, indican que por vez primera en nuestro sistema el matrimonio celebrado según el rito islámico alude a la necesidad de un expediente previo de capacidad para que pueda ser inscrito en el registro Civil español. Vid. *Disposiciones finales, quinta, sexta y séptima* en Ob. col *Comentarios a la Ley 15/2015 de Jurisdicción voluntaria*. (Dir.) J.A. Fernández de Buján, Madrid 2016, p. 1398 ss.

³⁷ Téngase en cuenta que esta última actualización de los apartados 2 y 3, establecida por la disposición final 7 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, entra en vigor en la fecha de la completa entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE núm 175 de 22 de julio de 2011), según establece la disposición final 21.4 de la Ley 15/2015, en la redacción dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio, (BOE núm. 154 de 27 de junio de 2017), siendo aplicable hasta entonces la redacción anterior, conforme establece la disposición transitoria 5.3 de la Ley 15/2015, de 2 de julio.

³⁸ Algunos autores manifiestan sus dudas acerca de la imperatividad del expediente previo de capacidad en el matrimonio celebrado por este rito. Vid. C. SANCIÑENA ASURMENDI, *Las recientes reformas legales en el sistema matrimonial español*, en *Ius Canonicum*, núm. 56 de 2016, p. 673 ss. J.R. POLO SABAU, *Las modificaciones en la forma civil y religiosa de celebración conyugal introducidas por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria*, en *Nuevos modelos de gestión del derecho privado: Jurisdicción voluntaria*. (Dir.) M.T. Areces Piñol. Pamplona 2016, p. 87 ss.

³⁹ Esta Instrucción, en su artículo IV manifiesta que: Aunque la letra del artículo 7º del acuerdo con la Comisión Islámica de España puede inducir a confusión, de la comparación de su texto con el de los dos restantes acuerdos y de los antecedentes en la negociación, se desprende que quienes quiera contraer matrimonio islámico pueden acudir al mecanismo expuesto en el apartado anterior; es decir, al expediente matrimonial previo, pero

En relación con esta cuestión se pronuncia la Sentencia del TC 194/2014 de 1 de diciembre⁴⁰, la cual rechaza la petición de pensión de viudedad que reclamaba una mujer marroquí casada en España con marroquí por el rito islámico, argumentando la invalidez de dicho matrimonio por falta de inscripción en el Registro Civil español, aún cuando el mismo cumpliera todos los requisitos exigidos por el Derecho islámico, ya que, según el *dictum* de la sentencia también ha de cumplir con las exigencias que fueron acordadas por el Estado español y la Comunidad islámica, reguladas en la Ley 26/1992, de 10 de diciembre. De esta norma se desprende, nos sigue indicando la sentencia, que «(...) se establecen dos vías para el reconocimiento del matrimonio celebrado bajo del rito islámico. En primer lugar la regla general es que la celebración del matrimonio requiere, con carácter previo, la instrucción de un expediente, para que el instructor del mismo se cerciore de que ambos solicitantes pueden contraerlo, y expida así el certificado de capacidad matrimonial cuando reúnan los requisitos señalados en el Código civil. La capacidad para contraer matrimonio tiene una importancia y complejidad añadidas cuando uno de los contrayentes es extranjero y la instrucción de este expediente previo garantiza en la generalidad de los casos que solo contraerán matrimonio, ya sea de forma civil o religiosa, aquéllos que cumplan los requisitos legales. En segundo término se establece una regla especial en el caso del matrimonio celebrado por el rito islámico, a diferencia de lo que sucede con otro tipo de matrimonios, consistente en que se permite excepcionalmente a los contrayentes celebrar la ceremonia religiosa sin la previa instrucción del expediente y, por tanto, sin que se haya comprobado la concurrencia de los requisitos civiles, aunque puedan cumplirse los establecidos por la ley islámica, pues no olvidemos que las normas civiles y religiosas difieren en lo que a la capacidad para contraer matrimonio se refiere, y, desde luego, lo es en esta forma de matrimonio islámico. En este caso excepcional en que se contrae matrimonio islámico sin previa instrucción de expediente, la inscripción registral adquiere una especial importancia dado que la misma trasciende de la mera formalidad registral, al encomendar al Juez encargado del Registro Civil la función de comprobar que los contrayentes de un matrimonio islámico ya celebrado reunían los requisitos de capacidad y validez exigidos por el Código civil, así como por las normas de derecho internacional privado cuando los contrayentes sean extranjeros (...) los contrayentes en ningún momento han cumplido los mencionados requisitos de capacidad, ni con carácter previo, ni con posterioridad a la celebración de su matrimonio, motivo por el cual no puede, de conformidad con la ley española, ser considerado válido y en consecuencia producir efectos jurídicos. El matrimonio del recurrente se celebró mediante el rito islámico sin la previa instrucción del expediente matrimonial, y aunque pudo haberse inscrito con posterioridad, acogiéndose para ello a la regla excepcional que hemos descrito con anterioridad, lo cierto es que el representante de la Comunidad Islámica que acreditó su celebración, sin embargo, no hizo constar expresamente las circunstancias exigidas por la legislación del registro civil»⁴¹.

también pueden sin acudir antes al Registro Civil, proceder a celebrar directamente el matrimonio religioso. Vid. N. MARCHAL ESCALONA, *Matrimonio religioso y la Instrucción de 10 de febrero de 1993 de la DGRN*, en *Rev. La Ley* n. 4175 de 27 de noviembre de 1996, p. 1 ss.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala segunda, núm. 194/2014, de 1 de diciembre de 2014. Recurso de amparo 6654-2012. (BOE núm. 11 de 13 de enero de 2015).

⁴¹ Hemos de tener en cuenta que esta sentencia es anterior a la reforma operada en la Ley 26/1992, por este motivo el TC se refiere a que es el representante de la Comunidad Islámica que acreditó la celebración del matrimonio, el que debió hacer constar expresamente las circunstancias exigidas por la legislación del registro civil.

Como consecuencia de la situación que analiza esta sentencia podemos deducir que en nuestro Estado es posible la celebración de un matrimonio poligámico, ya que, si el mismo, una vez celebrado no se inscribe en el Registro Civil español, no goza de validez ni produce efectos jurídicos para el Ordenamiento Jurídico español; sin embargo dicho matrimonio si que gozará de validez en Marruecos, país al que nos estamos refiriendo en este análisis, ya que la exigencia de este ordenamiento es que el acta de matrimonio se inscriba en el plazo de tres meses desde la celebración del mismo en los servicios consulares marroquíes. Para este Estado, el acta de matrimonio no ha de estar expedida por las autoridades a las que se refiere el art. 51.1 del Código Civil, sino por la presencia de dos testigos (adules) que darán fe de lo acontecido en el momento en que tiene lugar la declaración de la oferta y la aceptación de los cónyuges y su legalización. (art. 13.4 de la Mudawwana). Nos encontramos ante un matrimonio claudicante, válido conforme a la ley de la nacionalidad de los contrayentes, pero que no goza de tal validez en el Estado en el que se contrajo.

No obstante, el Estado español introduce en la Ley 26/1992 la figura del representante de la Comunidad islámica en España, como autoridad de referencia para llevar el control de los matrimonios islámicos celebrados en nuestro país⁴²; sin embargo, dentro de las competencias que nuestro Estado atribuye a este representante para comprobar si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad, éste se ve condicionado únicamente por la religión islámica y así, a tenor del art. 14 de la Mudawwana deberá comprobar cuando dos marroquíes deseen contraer matrimonio en el Estado en el que residen de conformidad con las medidas administrativas del mismo, que se cumplen los requisitos de oferta y aceptación, de capacidad, que está presente el tutor matrimonial, en caso de que sea necesario, que no existen impedimentos, que no se estipula la supresión de la dote y que están presentes dos testigos (adules), de manera que si, el varón ya se encuentra unido por un matrimonio anterior, no existirá impedimento de *ligamem* y gozará de capacidad para contraer un nuevo matrimonio, puesto que la poligamia se admite como matrimonio válido en el Derecho islámico y por ende en el Código de Familia Marroquí. De esta forma es posible que la autoridad religiosa islámica no autorice la celebración del matrimonio⁴³ porque existe impedimento de culto (una musulmana desea contraer matrimonio con un no musulmán)⁴⁴ o porque no se ha pactado la dote⁴⁵, y que, sin embargo de el visto bueno para su celebración estando previamente casado el contrayente y sin que ese matrimonio se haya disuelto

⁴² Así, en la sentencia del TC objeto de nuestro comentario, el recurrente al solicitar su pensión de viudedad, adjunto un certificado de matrimonio expedido por el presidente y representante legal de la Comunidad Islámica de Galicia, en el que se hacía constar únicamente que «dicho matrimonio se celebró el día 15 de julio de 1999 con el consentimiento de ambas partes».

⁴³ Sobre los caracteres y requisitos del matrimonio islámico, Vid. con carácter general, M.D. ADAM MUÑOZ, *La protección de los derechos de la mujer en una sociedad multicultural*, Córdoba, 2001, *ibid.* Junto con I. BLAZQUEZ RODRIGUEZ, *Inmigración magrebí y derecho de familia*. Sevilla 2005, p. 163 ss. y bibliografía allí citada. M.P. DIAGO DIAGO, *La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado español*, en *Rev. AequiAlitas*, 2002, 6, p. 6 ss.

J. J. FORNER DELAIGUA, *La familia árabe ante la legislación española de nacionalidad y de extranjería*, en A. BORRÁS RODRIGUEZ, S. MERNISSI (dir.), *El islam jurídico y Europa.*, Barcelona 1998, p. 199 ss.

⁴⁴ El art. 39.4 del Código de Familia Marroquí señala como uno de los impedimentos temporales para contraer matrimonio «El matrimonio de la musulmana con un no-musulmán y del musulmán con una no-musulmana, excepto que ésta sea miembro de una religión revelada». Para que una mujer musulmana pueda contraer matrimonio con un no musulmán, éste se debe de convertir previamente al islamismo, por este motivo resulta ser un impedimento temporal.

⁴⁵ El art. 13.2 del nuevo Código Marroquí de Familia de 2004 indica que se deberán cumplir en el contrato matrimonial los siguientes requisitos. 2) “La inexistencia de un acuerdo sobre la supresión de la dote”.

(supuesto de poligamia admitido en la religión islámica). Como podemos apreciar, basta analizar la normativa sobre el matrimonio en este Código⁴⁶, para que podamos comprobar que este precepto, redactado de forma unilateral, recoge los aspectos esenciales del matrimonio islámico, los cuales pueden o no coincidir con la ley local del país en el que residen los marroquíes. De manera que esta medida no resulta útil para evitar los matrimonios claudicantes, sino que, únicamente le indica al ciudadano marroquí los condicionamientos que ha observar, si contrae matrimonio en el extranjero, para que dicho matrimonio goce de validez en Marruecos si es que, dentro de su proyecto migratorio se encuentra la intención de regresar algún día a su país de origen. Esta afirmación queda avalada por la disposiciones contenidas en el art. 2.1 y 3 de dicho Código, las cuales establecen que las disposiciones del mismo se aplicará a todos los marroquíes, aunque tengan otra nacionalidad y a las parejas en las que una de ellas sea marroquí.

Esta posible interpretación de la Ley 26/1992 puede conducir a albergar dudas sobre los requisitos necesarios para que el matrimonio celebrado por el rito islámico sea válido en España. Por este motivo abogamos por su modificación, de manera que la misma ponga de manifiesto de manera clara los requisitos que han de concurrir en esta forma de celebración del matrimonio para que el mismo sea válido a efectos del Ordenamiento español, tal y como se efectúa en relación con las demás confesiones religiosas⁴⁷. De no ser así, es posible, que la mujer, que no está ligada por matrimonio anterior y que cumple todos los requisitos de capacidad para contraer matrimonio, desconozca los requisitos que exige el Ordenamiento español y confíe en que su matrimonio ha sido válidamente celebrado desde la perspectiva del Estado español y la del Estado marroquí⁴⁸.

6. La reagrupación familiar del cónyuge por extranjero residente en España cuando su ley nacional admite la poligamia

El art. 17 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y deberes de los extranjeros en España y su integración social⁴⁹ (LOExt) señala como familiares reagrupables al cónyuge del extranjero residente en España, añadiendo a continuación que "En ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial"⁵⁰. En efecto, el precepto sigue las pautas de la concepción de la

⁴⁶ C. RUIZ DE ALMODOVAR, *El nuevo código marroquí de la familia*, en *Miscelánea de Estudios Arabes y Hebraicos*, 53, 2004, p. 209 ss.

⁴⁷ No ignoramos que la inscripción en el Registro civil del matrimonio no tiene efectos constitutivos, ya que el mismo tiene efectos civiles desde su celebración (art. 61 del CC y 70 de la Ley del Registro Civil). Sin embargo, constituye la prueba fehaciente de la existencia del matrimonio, y en el caso en que no esté inscrito, alguno de los hechos que da lugar o modifica o extingue algún estado civil. Por todo ello es necesario promover expediente de inscripción, aunque sea fuera de plazo, y a partir de aquí podrá probarse su existencia o las modificaciones que ha sufrido el mismo.

⁴⁸ Esta misma situación la podría configurar una mujer de nacionalidad española, pero hemos querido recalcar la situación de confusión en la que se podría encontrar una mujer de nacionalidad marroquí al considerar que las mismas son menos conocedoras de la legislación española que las españolas.

⁴⁹ BOE núm. 10 de 12 de enero de 2020.

⁵⁰ Para un comentario del artículo 17 LOExt véase, M. SOTO MOYA, *Reagrupación familiar*, en *Comentarios a la Ley de Extranjería y su Reglamento*, Madrid, 2012, p. 275 ss.; A. ABARCA JUNCO, y M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *Art. 17. Familiares reagrupables*, en *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, 2006, p. 447 ss.; R. LAPIEDRA ALCAMÍ, *Derecho de los extranjeros a la reagrupación familiar*, en *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, coord. Isabel Reig Fabado, Valencia, 2014, p. 139 ss.; M.N. ARRESE IRIONDO, *El derecho a la reagrupación familiar de las*

familia del ámbito occidental y prohíbe la tenencia de más de un cónyuge, aunque en este caso no se refiere expresamente al matrimonio entre un hombre y varias mujeres; sin embargo se puede desprender del espíritu de la ley que se refiere a la posibilidad de la poligamia ya que, en la actualidad, la poliandria prácticamente está extinguida y si tiene lugar es en comunidades ajenas a la inmigración.

No obstante y, a pesar del posicionamiento de nuestro Estado y de los países europeos en relación con el rechazo al matrimonio poligámico al infringir el derecho a la igualdad entre el hombre y la mujer y no respetar la dignidad constitucional de esta última, la norma no exige que la cónyuge que va a ser reagrupada en el caso en que el extranjero residente en España esté casado con varias mujeres en su país de origen sea la primera mujer, sino que deja a elección de dicho extranjero la esposa que el mismo desee reagrupar, toda vez que los diversos matrimonios se han constituido de forma válida a tenor de las normas del Estado extranjero del cual proviene el reagrupante.

Consideramos que con esta falta de precisión, que permite la elección por parte del extranjero reagrupante de la esposa con la que aspira a compartir su vida en España⁵¹, se está poniendo en entredicho por parte del legislador español y europeo, los valores que se pretenden proteger mediante la inadmisión de los efectos jurídicos producidos por la poligamia, cuales son la igualdad entre el hombre y la mujer y la dignidad constitucional de la misma. Ya no se trata de tomar en cuenta los efectos periféricos de la poligamia, de aceptar los mismos a través de la institución de los efectos atenuados de la excepción del orden público internacional⁵², sino que con este *dictum* de la normativa se acepta la poligamia en cuanto a tal, en plenitud de efectos, en tanto en cuanto se otorga validez a la unión matrimonial producida a tenor del segundo, tercer o cuarto matrimonio; es decir, se reconoce la constitución del vínculo matrimonial. La norma no se dirige a proteger a la mujer, sino a tutelar el modelo de familia occidental, cual es la monogamia. Prueba de ello es la imposibilidad de reagrupar a un cónyuge y a una pareja de hecho registrada o no.

Podría llegarse a una conclusión diferente si relacionamos lo expuesto en líneas anteriores con la situación que a continuación contempla este mismo precepto cuando indica que "El extranjero residente que se encuentre casado en segundas o posteriores nupcias por la disolución de cada uno de sus anteriores matrimonios, solo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge si acredita que la disolución ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y de sus hijos comunes en cuanto al uso de la vivienda común, a la pensión compensatoria a dicho cónyuge y a los alimentos que correspondan a los hijos menores o mayores en situación de dependencia", de tal manera que en aplicación del mismo, para reagrupar la segunda esposa ha tenido que quedar disuelto el primer matrimonio. Sin embargo, estimamos que este requisito se refiere a supuestos en los que el reagrupante ya convive en España con una determinada esposa y tiene la intención de reagrupar a otra esposa con la que ha contraído matrimonio en su país de origen. Ante tal

personas extranjeras, Bilbao, 2011; M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *La reagrupación familiar de los extranjeros en España*, Navarra, 2006.

⁵¹ El art. 56.3, 4º del Reglamento de Ejecución de la Ley 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. (BOE núm. 103 de 30 de abril de 2011), exige en la tramitación del expediente de reagrupación la declaración jurada del reagrupante de que no reside con él en España otro cónyuge o pareja.

⁵² En el sentido de que con esta regulación se están aceptando los efectos atenuados de la excepción del orden público internacional Vid. E. ZABALO ESCUDERO, *Comentario al artículo 17*, en P. AGUELO NAVARRO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Madrid, 2013, p. 90.

circunstancia nuestro Estado consagra el cumplimiento de este condicionante con la intención de no otorgar efectos jurídicos al repudio islámico, institución que permite la disolución del matrimonio por voluntad unilateral del marido, aunque en ocasiones también se le permite a la mujer su utilización mediante compensación económica al esposo, y a través de la cual los derechos y deberes de los cónyuges no quedan determinados de forma clara y precisa como exige el precepto objeto de análisis⁵³. Avala esta interpretación el pronunciamiento de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2006⁵⁴, cuando indica que: " A la vista de lo anterior, debe añadirse inmediatamente que no cualquier procedimiento jurídico permite entender satisfecha la exigencia que aquí se contempla, en orden tanto a la evitación del fraude de ley como a la garantía de los derechos del excónyuge y de los descendientes, pues, de un lado, ese procedimiento jurídico deberá justamente superar el canon del cumplimiento de dichas garantías, pero, además, deberá ser reconocible como una efectiva extinción del vínculo matrimonial, ya que dicha extinción es el presupuesto que la norma contempla para la efectividad del derecho a una segunda reagrupación (...)". Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 29 de enero de 2015⁵⁵ no admite el repudio pronunciado en Marruecos como medio de disolución del vínculo matrimonial porque " resulta intrascendente que la esposa haya o no acatado ante dicho tribunal islámico el repudio realizado por el esposo, o alguna de sus consecuencias, incurriendo el auto recurrido en el error de considerar que fue voluntaria la rebeldía de la demandada en el procedimiento donde se emitió la orden religiosa cuya validez reconoce en España pues dicho procedimiento se limita a un acto de manifestación de voluntad unilateral del esposo en la que no tiene participación alguna la esposa, a la que ni se oye, lo que queda palpable en el documento nº 3 donde el tribunal ordena simplemente notificar a la esposa

⁵³ Sobre esta tipología de divorcios, Vid. con carácter general, J. BASEDOW, *La reconnaissance de divorces étrangers. Droit positif allemand et politique législative européenne*, en *Revue Critique de droit international privé*. 1987, p. 470 ss. ; R.V. BENATTAR, *L'ordre public et reconnaissance de divorces privés*, en *Mélanges V. Wengler*, 1973, p. 187 ss. ; ID., *L'évolution récente du droit international privé tunisien en matière de divorce*, en *Revue Critique de droit international privé*, 1969, p. 17 ss., C. CAMPIGLIO, *Matrimonio poligamico e ripudionell'esperienza giuridica dell'occidente europeo*, en *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1990, vol. XXVI, p. 853 ss. ; J.Y. CARLIER, *La reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales intervenues au Maroc*, en *Journal des Tribunaux* 1985, p. 102 ss. ; ID., *Volonté ordre public et fraude dans la reconnaissance des divorces et répudiations intervenus à l'étranger*, en *Revue trimestrielle de droit familial*, 1991 (II), pp. 165 ss.; P. COURBE, *Le divorce et séparation de corps*, en *Repertoire Dalloz*, droit international, 2 Ed., Paris, 1998 (hojas móviles). F. CRISTIANI, *In tema di ordine pubblico e delibazione di divorcio consensuale*, en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1990, p. 951 ss.; J. FOYER, Y J. FOYER, *Divorce et séparation des corps*, en *Repertoire Dalloz Droit international privé*, 1968, I, p. 620 ss. ; F. DURANTE, *Problèmes contemporains du divorce en droit international privé*, en *Recueil des Cours*, 1976, vol. 152, p. 1 ss. ; H. GAUDEMONT-TALLION, *La désunion du couple en droit international privé*, en *Recueil des Cours* 1991, vol. 226, p. 9 ss. ; G. GORDON, *Ghu-lam Fatima: Extrajudicial divorces and de House of Lords*, en *Family Law*, 1986, p. 169 ss.; R.H. GRAVESON, *La nouvelle loi anglaise sur la reconnaissance des divorces et de séparation des corps*, en *Revue Critique de droit international privé*, 1972, p. 543 ss.; F. MONEGER, *Vers la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français?*, en *Journal Clunet de Droit international*, 1992, p. 347 ss. ; M.D. ADAM MUÑOZ, *La protección de los derechos de las mujeres*, cit, p. 107 ss.; A. QUIÑONES ESCAMEZ, indica en su trabajo *La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico en la multiculturalidad: especial referencia al Islam*, en *Cuadernos de Derecho judicial VIII-2002*, p. 280 s.; J-Y. CARLIER, *La reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales intervenues au Maroc ou l'ordre public répudié*, en *Journal des Tribunaux*, 1985, p. 101; A. QUINIONES ESCAMEZ, *La disolución del matrimonio*, en *Matrimonio y divorcio en las relaciones Hispano-Marroquíes y compilación de Derecho internacional privado Marroquí*, Vol. I, Madrid 2009, p. 138 ss.

⁵⁴ *Roj*: STS 1637/2006 ECLI:ES:TS:2006:163 *Cendoj* 28079130052006100228. En este caso quien pidió el repudio en Marruecos mediante compensación económica al marido fue la mujer (Kohl) y, a la luz del Acta de dicha disolución el TS entiende que se trata sin duda de un procedimiento jurídico con muchas más garantías, de manera que supera el canon impuesto por el art. 17.1 a) de la normativa de extranjería.

⁵⁵ *Roj*: AAP MA 19/2015- ECLI: ES:APMA:2015:19A, *Cendoj*: 29067370062015200002.

que el marido la ha repudiado y de su obligación de respetar la Idda". Como podemos comprobar la posición de nuestros tribunales para considerar disuelto un matrimonio a través de esta institución islámica si que se centra en la protección del principio de igualdad de los cónyuges en el momento de la disolución del matrimonio y en la protección de las personas más vulnerables dentro de la familia, como son la esposa e hijos.

Hemos de referirnos a continuación a una posible situación que puede tener cabida en nuestro territorio. Supongamos que un extranjero residente en España cuya ley nacional admite el matrimonio poligámico reagrupa con él a una de sus esposas. Pasado el tiempo que nuestro sistema establece en que dichos extranjeros han de convivir en nuestro país, cual es de dos años (art. 59.2 a) del Reglamento de la LOExt), dicho matrimonio se disuelve por divorcio dictado por nuestras autoridades, ya que ambos tienen residencia habitual en España, de manera que nuestros tribunales son competentes para conocer del mismo (art. 3 del Reglamento (UE) 2019/1111 de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores)⁵⁶, siendo de aplicación en caso de que no ejerciten la autonomía de la voluntad en la elección de la ley aplicable al fondo de su divorcio, la ley española como ley de la residencia habitual común de los esposos (art. 8.1 a) del Reglamento (UE) 1259/1010 de 20 de diciembre por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial)⁵⁷. A la luz del ordenamiento jurídico español este matrimonio queda disuelto con todas las garantías legales para ambos esposos y con la posibilidad de su inscripción en el Registro civil español según preceptúa el art. 9 de la Ley del Registro Civil. Sin embargo, para que ese divorcio sea válido en el país de origen de los cónyuges, supongamos que éste es Marruecos, ha de cumplir con una serie de requisitos establecidos en la Mudawwana, los cuales se contienen en su art 128.2 el cual manifiesta que: "Las sentencias extranjeras dictadas por los tribunales extranjeros sobre la disolución del matrimonio por *talaq, tatliq*, disolución por compensación o anulación del matrimonio serán susceptibles de ejecución si fueron pronunciadas por un tribunal competente y se basaron en causas que no fueren incompatibles por lo establecido por este Código para la finalización de la relación conyugal". Así las cosas es posible que el divorcio se haya pronunciado en España y que la causa del mismo, si es que existió, no sea compatible con los preceptos de la Mudawwana, de manera que el mismo no gozará de validez en nuestro país vecino porque no se adecúa a las causas establecidas por su Código. Asistimos pues a la presencia de situaciones claudicantes válidas en un ordenamiento, el Español, pero que carecen de validez en otro con el que también están conectadas, el marroquí, incluso también es posible que ninguna de las partes solicite el exequatur de la sentencia española en Marruecos⁵⁸.

Así las cosas, este matrimonio está disuelto en España con todas las garantías que exige el art. 17.1 a) de la normativa de extranjería, pero sigue en vigor y es perfectamente válido en Marruecos. Esta situación concede la posibilidad al extranjero marroquí de reagrupar con él a otra esposa sin que, a la luz del ordenamiento jurídico marroquí el primer matrimonio esté disuelto, de forma tal que dicho extranjero podrá seguir conviviendo formalmente en España con dos esposas.

⁵⁶ DO núm. L 178 de 2 de junio de 2019.

⁵⁷ DO núm. L 343 de 29 de diciembre de 2010

⁵⁸ K. BERJAOU, M. TAGMANT, *El reconocimiento de los matrimonios y los divorcios de los marroquíes residentes en España y en Marruecos*, en *Matrimonio y divorcio en las relaciones Hispano-Marroquíes y compilación de Derecho internacional privado Marroquí*, Volumen I, Madrid 2009, p. 181 ss.

Otra cuestión a la que hemos de referirnos en relación con la reagrupación familiar, se dirige a la posibilidad del reagrupamiento de los hijos menores del extranjero reagrupante, siempre que ejerza en solitario la patria potestad o que se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo (art. 17.1 b LOExt). Como podemos observar el precepto no exige que se den las dos circunstancias, sino que basta con que concurra una de ellas para que el extranjero pueda reagrupar a los hijos menores. Así las cosas, si el extranjero tiene varias esposas en su país de origen y tiene hijos con todas ellas, todos ellos legítimos al ser fruto de un matrimonio admitido por su ley nacional, podrá reagrupar con él a todos esos hijos sin el consentimiento de las esposas, ya que en los países islámicos el padre es el que ejerce en solitario la patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio, de forma tal que la madre no podrá oponerse a la decisión tomada por el marido. De este modo, podrían convivir en España los hijos del reagrupante, pero que no son los hijos de la esposa reagrupada, pudiendo sufrir éstos desarraigo al estar privado de la compañía de su madre y de sus otros hermanos⁵⁹.

7. Reflexiones finales

A lo largo de estas páginas hemos tratado de poner de relieve como la institución del matrimonio poligámico, que se opone de forma directa a la concepción occidental de la familia, en cuanto ésta opta por la monogamia y a la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer en el matrimonio así como a la dignidad constitucional de la mujer, puede desplegar sus efectos en el ordenamiento español, no ya solo cuando los mismos se consideran como efectos atenuados, a tenor de una aplicación mitigada de la excepción del orden público internacional, en cuanto a la admisión en nuestro sistema de ciertos efectos periféricos de esta institución, como la filiación, nacionalidad, pensión de viudedad, etc., sino también en relación con sus plenos efectos al desplegar en nuestro Estado las consecuencias que se derivan de una verdadera unión matrimonial y aceptar como compatible con nuestro Estado de derecho la existencia de un efectivo vínculo matrimonial.

ABSTRACT: Analysis of some legal effects of polygamy in the Spanish system of private international law

Since the 1980s, Spanish society has been transformed as a result of the migratory phenomenon, which is characterised by cultural diversity. In today's world, citizens who move from one state to another demand respect for their cultural roots from the host state. In this article we will focus on the legal response of the Spanish legal system in relation to polygamous marriage. This institution is accepted in Islamic states, but some of its effects are accepted.

⁵⁹ P. DIAGO DIAGO, *Comentario*, cit., p. 94 s.



FRANCESCA POLLICINO*

EU LEGAL MIGRATION POLICIES: THE DIRECTIVE ON STUDENTS AND RESEARCHERS AND THE NEW TALENT PARTNERSHIP

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. EU political framework on legal migration. – 3. The directive on students and researchers. – 4. The new pact on migration and asylum: the Talent Partnership – 5. Conclusions

1. *Introduction*

Reducing irregular flows to and within Europe, and protecting European Union (EU) external borders, can only happen effectively if we look at the migratory phenomenon in a broad and comprehensive perspective, strengthening legal and safe pathways to Europe. In line with the Lisbon strategy, the EU pursues, since more than 20 years, a high skilled immigration friendly approach, which is instrumental to the growth, innovation and competitiveness of the EU region.

This approach led to the adoption of a set of secondary norms, namely directives that, since 2003, has attempted to frame this field of concurrent competence, setting minimum standards, in order to secure: a more efficient management of migration flows, a fairer treatment of Third Countries Nationals (TCNs), a more effective struggle against illegal migration. All this, along with the cross cutting aim of strengthening EU competitiveness and growth. That set of directives, adopted and recast along the last two decades to portray the legal migration frame, has not always succeeded in implementing a comprehensive and coherent policy.

Recently, with the new Pact for Migration and Asylum¹, the EU has enhanced a holistic approach towards the migration and asylum policy. The Pact focuses on asylum, more than on immigration, trying to find a complex equilibrium between responsibility and solidarity among Member States. However, as it seems that the «EU is currently losing the global race

* PhD student in Political Science, University of Messina, visiting staff member Marie Skłodowska-Curie Action (MSCA – RISE) at the Centre for Social Science (Tbilisi, Georgia) SHADOW Proj. N. 778188.

¹ Communication of the European Commission on a *New pact on migration and asylum*, Brussels, 23 September 2020 COM(2020) 609 final.

for talents², the Commission also deals with legal migration, within the New Pact, as a contribution to the skills and talents that the EU itself needs.

Given that Member States are responsible for deciding on the flows they admit for labour purposes, an improved EU legal framework on migration would support them in attracting the talents they need. With the New Pact, the Commission proposed, therefore: to finalise the negotiations on the revision of the Blue Card directive³, to adopt a skills and talent package, to fully implement the directive on students and researchers, to use the Talent Partnerships as a viable tool to support mobility of students and researchers. This, in turn, would increase «the pool of expertise available to European universities and research institutions» and promote «the circulation of knowledge by moving between Member States»⁴.

This contribution analyses the novelties introduced by the directive on students and researchers⁵, underlining its potential in terms of simplification of procedures, increased rights for beneficiaries, coherence of the overall structure. Moreover, with the adoption of the New Pact and the launch of the Talent Partnerships⁶ in 2020, a systematic approach among directives (in force and under revision), and in particular the directive on students and researchers, will enable both long term and circular migration legal pathways. In turn this should imply a strong connection with the programmes supporting high level mobility schemes and an effective cooperation with third countries, going beyond the mere management of the migratory flows.

An effective common EU policy in the sector of legal migration faces major challenges, being a shared competence between the Union and its Member States. It seems we are observing an attempt to overcome the fragmented approach adopted so far, in order to fill in a series of gaps and barriers to make legal migration a realistic alternative for illegal migration pathways. Making the most out of the link between migration and development, means putting the migrant at the very centre of the discourse as a development driver for both the Countries of origin and of destination. Potentials and shortcomings of this specific legal migration pathway will be, then, highlighted, analyzing the directive 2016/801, and trying to conceptually connect it with the new Talent Partnerships, as re-launched within the recent communication on Attracting skills and talent to the EU, as potential complementary tools to enable both long term and circular migration legal pathways.

2. EU political framework on legal migration

² COM(2020) 609 final, p. 25.

³ The directive was recast on 2021, as a consequence of the Commission proposal. Directive (EU) 2021/1883 of the European Parliament and the Council on the *Conditions of entry and residence of third-country nationals for the purpose of highly qualified employment, and repealing Council Directive 2009/50/EC*, OJ L 382, 28 October 2021, p. 1 ff. For further readings see: P. GARGIULO, *Le iniziative dell'Unione europea per attrarre talenti e competenze e la riforma della Direttiva Carta Blu*, in I. CARACCILO, G. CELLAMMARE, A. DI STASI, P. GARGIULO (eds.), in *Migrazioni Internazionali: questioni giuridiche aperte*, Napoli, 2022, p. 465 ff.

⁴ COM(2020) 609 final, p. 25.

⁵ Directive (EU) 2016/801 of the European Parliament and the Council on the Conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of research, studies, training, voluntary service, pupil exchange schemes or educational projects and au pairing (recast), OJ L 132, 21 May 2016, p. 21 ff.

⁶ Communication by the European Commission, *Attracting skills and talent to the EU*, Brussels, 27 April 2022, COM(2022) 657 final.

Policies aimed at regulating and governing the migratory process have always been a prominent field of national interest and sovereignty within the EU. Back in 1993, with the coming into force of the Maastricht Treaty, migration and asylum were, for the first time, formally defined as a policy field of common concern by Member States. A first step towards a common approach was, in fact, the institution of the so called “third pillar” on justice and internal affairs in the structure of the EU, to develop intergovernmental cooperation, also in the field of migration, asylum policy and the fight against illegal immigration.

The signature, in 1997, and entry into force in 1999, of the Treaty of Amsterdam⁷, represented a turning point, with the communitarization⁸ of the Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ) as a community concurrent competence, regulated by Title IV of the Treaty of the European Community (TEC) on visas, asylum, immigration and other policies, related to free movement of persons.

On the wake of the Treaty of Amsterdam, the Tampere European Council (1999)⁹ launched the call for a common EU policy on asylum and migration, based on four main elements: partnership with the Countries of origin; a common European asylum system; fair treatment of TCNs; management of migration flows. The principle affirmed in Tampere that a person legally residing in a Member State, for a determined time and holding a long-term residence permit, should be granted a set of uniform rights as near as possible to those enjoyed by the EU citizens¹⁰, paved the way to the subsequent action of the EU, to implement measures and strategies in the field of legal migration.

General objectives set in Tampere are still fully valid today. Since then, though, a slow change of paradigm has occurred: from setting common minimum standards on rights, admission and residence conditions for all TCNs, to attracting TCNs that the EU economy needs¹¹.

The Lisbon strategy, launched in year 2000, defined the EU long term vision for its development strategy for the decades to come. The powerful idea to make Europe «...the most competitive and dynamic knowledge-based economy in the world, capable of sustainable economic growth, with more and better jobs and greater social cohesion»¹², deeply biased EU policies in terms of mainstreaming skills, competencies and education in many sectors, included legal migration patterns. Indeed, the Lisbon European Council, held on March 2000, explicitly requested Member States to take necessary «...steps to remove

⁷ The Treaty of Amsterdam, amending the Treaty on European Union, OJ C 340/1, 10 November 1997, at art. 2 par.15, disposed that the Council should have taken action for the progressive (transitory period of 5 years) establishment of an area of freedom, security and justice measures, in the fields of asylum, immigration and safeguarding the rights of nationals of third Countries.

⁸ On the concept see: F. TRAUNER, A. RIPOLL SERVENT, *The communitarization of the Area of Freedom, Security and Justice: why institutional change does not translate into policy change*, in *Jour. Comm. M. St.*, 2016, p. 1417 ff.

⁹ Presidency Conclusions, Tampere European Council, 15-16 October 1999 accessible at: https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.htm.

¹⁰ E. TRIGGIANI, *I residenti provenienti da Paesi terzi: cittadini senza cittadinanza?* in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2, 2017, p. 52 ff.

¹¹ European Commission, Commission staff working document: Executive summary of the fitness check on EU Legislation on legal migration {SWD(2019) 1055 final}, p. 3.

¹² Presidency conclusions of the Lisbon European Council, 23 and 24 March 2000 accessible at: https://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_en.htm.

obstacles to the mobility of researchers in Europe by 2002 and to attract and retain high-quality research talent in Europe»¹³.

This aim was reaffirmed in the Council conclusions of 26 November 2002, which called on Member States and the Commission, to develop the actions to facilitate entry and residence for researchers from third Countries in order to strengthen the European Research Area¹⁴.

From 2003 to 2005, a set of directives was actually adopted, regulating the family reunification¹⁵ and the long term residents¹⁶ along with the entry and stay conditions of TCN students¹⁷ and researchers¹⁸. This first set of directives was adopted under art. 63 of the then Treaty of the European Community, based on the Council unanimity vote. This led to the adoption of a set of fragmented norms, not always complementary and coherent among them, and represented a strong refrain for the EU to take on a more ambitious approach in terms of approximation of legal frameworks, ensure equal treatment and rights to TCNs, guarantee a truly attractive system for TCN students, researchers and, in general, highly qualified human resources.

After the 5 years transition period established by the Amsterdam Treaty for the communitarization of the chapter on visas, asylum and immigration, the European Council adopted the Hague Program¹⁹, addressing the issue of international migration with a global approach, embracing all stages of migration, its causes and the relevant policies on entry and admission, integration and repatriation²⁰. In particular the European Council called the Commission «...to present a policy plan on legal migration, including admission procedures capable of responding promptly to fluctuating demands for migrant labour in the labour market before the end of 2005»²¹. In the Programme, the European Council, also stated the need for greater coordination of national integration policies and EU initiatives, and for the setting of common basic principles²², in order to actively overcome obstacles to integration,

¹³ Lisbon European Council (2000), point 13 of the conclusions.

¹⁴ Council conclusions of 26 November 2002 on progress made in the development of the European research area and on providing it with a new momentum OJ C 43/1, 22 February 2002, p. 1 ff.

¹⁵ Council Directive (EC) 2003/86 on the right to family reunification, OJ L 251/12 (Family Reunification Directive).

¹⁶ Council Directive (EC) 2003/109 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents, OJ L 016/44 (LTR Directive).

¹⁷ Council Directive (EC) 2004/114 on the conditions of admission of third-country nationals for the purposes of studies, pupil exchange, unremunerated training or voluntary service, OJ L 375/12 (Students' Directive).

¹⁸ Council Directive (EC) 2005/71 on a specific procedure for admitting third-country nationals for the purposes of scientific research, OJ L 289/15 (Researchers' Directive).

¹⁹ European Council, The Hague Programme: strengthening freedom, security and justice in the European Union, OJ C 53/, 3 March 2005, p. 1 ff.

²⁰ A. PITRONE, *La recente disciplina europea sulla migrazione qualificata: tra promozione della migrazione circolare e politiche di integrazione*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 1, 2018, p. 73 ff.

²¹ European Council, the Hague programme, *cit.*, title III point 1.4.

²² Common basic principles aiming at assisting «Member States in formulating integration policies by offering them a simple non-binding but thoughtful guide of basic principles against which they can judge and assess their own efforts. They also can use these basic principles to set priorities and further develop their own measurable goals. It is up to the individual Member States to determine whether these principles assist them in formulation policies for other target groups for integration. The principles will be relevant both for Member States with considerable experience of substantial immigration as well as for those that more recently have become destinations for significant numbers of immigrants», Council of the European Union, 14615/04

defined as a two-way continuous process involving both legally residing TCNs and the host societies²³. Another key issue underlined in the Hague programme was the partnership with third Countries, as a cornerstone for successful legal and illegal migration management.

The Commission adopted, upon indication of the European Council, a Policy Plan on legal migration²⁴, which paved the way to follow until 2009. Taking into account the unfavourable demographic trends in many EU Member States, the labour and skills shortage in specific economic sectors, the Commission proposed a package of measures which would have set favourable conditions for specific categories of “necessary” immigrants in the EU, proposing four specific directives and one framework directive²⁵.

The come into force of the Lisbon Treaty (2009), dramatically changed the legal basis for the adoption of legal provisions in this field²⁶. First of all, the aim of offering a space of freedom, security and justice without internal borders for EU citizens gained momentum, as a general objective pursued by the EU (art.3 par. 2 TUE)²⁷, but most prominently, art.79 of the Treaty on the Functioning of the EU (TFUE) stated that the Union shall develop a common immigration policy and shall adopt measures by ordinary legislative procedure, leaving aside the unanimity vote procedure within the Council for the adoption of acts in this field. Moreover it entails an ‘equity’ of treatment for the TCNs legally residing in the EU, and not ‘equality’ of treatment, definition that provides evidence of a compromise solution in the formulation of this article²⁸.

We could have expected a boost of very ambitious measures to tackle the issues of legal migration as an opportunity for development. But still, the resistance of Member States to give up sovereignty and competences in this field²⁹ played a strongly limiting role. After the failure of a comprehensive directive, proposed by the European Commission, concerning the entrance and stay of TCNs for the purpose of paid employment and self-employed economic activities³⁰ in 2001, the directives adopted after the entry into force of the Lisbon Treaty regulating the status of highly skilled workers, intra corporate transferees, seasonal workers and the single permit directive, along with the recast directive on students and

(Press 321), p. 16, accessible at: https://ec.europa.eu/migrant-integration/library-document/common-basic-principles-immigrant-integration-policy-eu_en.

²³ *Id.*, 14615/04, p. 15.

²⁴ European Commission, *Communication on a Policy Plan on legal migration*, Brussels, 21 December 2005 COM(2005) 669 final.

²⁵ A. PITRONE, *La recente disciplina europea sulla migrazione qualificata*, cit., p. 74.

²⁶ For further reading see: S. WOLFF, F. GOUDAPPEL, J. DE ZWAAN (eds.), *Freedom, Security and Justice after the Lisbon Treaty and the Stockholm Programme*, The Hague, 2011.

²⁷ Previously stated at art. 2 of the TUE, the paragraph has changed its position in the body of the article, assuming a stronger significance as a general objective of the EU, L. FUMAGALLI, comment to art. 2 TUE, in A. TIZZANO (ed.) *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014, p. 17.

²⁸ A. PASCALE comment to art. 79 TFUE, in *Trattati dell'Unione Europea*, cit., p. 848 ff.

²⁹ For further readings: D. ACOSTA, A. GEDDES, *The development, application and implications of an EU rule of law in the area of migration policy*, in *Jour. of Comm. M. St.*, 2013, p. 179 ff.; J. BAZYLIŃSKA-NAGLER, *Free-movement rights of Third Country Nationals in the EU internal market in Wrocław Review of Law*, in *Administration & Economics*, 8(1), 2018, p. 27 ff.; N. EL-ENANY, *EU migration and asylum law under the Area of Freedom, Security and Justice*, in A. ARNULL, D. CHALMERS (eds.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford 2015; M. WEINER, *Ethics, national sovereignty and the control of immigration*, in *The International Migration Review*, Vol. 30, No. 1, *Special Issue: Ethics, Migration, and Global Stewardship*, 1996, p. 171 ff.

³⁰ European Commission, proposal for a Council directive on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purpose of paid employment and self-employed economic activities, COM(2001) 386 final, OJ C/332 E/248.

researchers, leave a wide range of autonomy to Member States, missing the aim of armonizing this field. As mentioned before, today, legal migration is regulated by a set of fragmented norms based on 4 specific directives on economic and qualified migration and 3 general directives on legal migration:

| Directives on economic and qualified migration | General directives on legal migration |
|--|---|
| Blue Card directive (2021/1883/EU) | Single Permit Directive (2011/98/EU). |
| Recast directive on students and researchers (2016/801/EU) | Long Term Residents directive (2003/109/EC) |
| Intra-corporate transferees directive (2014/66/EU) | Family reunification directive (2003/86/EC) |
| Seasonal workers directive (2014/36/EU) ³¹ | |

During the decade going from Tampere to the Lisbon Treaty and the launch of the Stockholm programme³², we assisted to a «reverse proportion between primary law and political willingness»³³. Indeed, following the brave approach demonstrated by the EU institutions and the openness by Member States on legal immigration, notwithstanding the narrow legal basis provided by the Amsterdam Treaty, the Stockholm programme proved to be more prudential, notwithstanding the more favourable legal basis laying on ordinary legislative procedure.

Despite the fact that a number of migration policy directives were already in force, and the clearer approach on circular migration adopted by the Stockholm programme, EU Member States were still reluctant to widen the scope of harmonization of this policy area.

In 2015, in order to address the migratory crisis, the Commission adopted the European Agenda on Migration³⁴ that, even if mostly dealing with the migratory emergency, once again underlined the economic and demographic challenge that the EU was called to face in the long run, with a constantly ageing population and an increasing skills shortage in specific sectors. With the New Pact on migration and asylum adopted in 2020, attracting qualified human resources to compete in the global race for talent is still one of the prominent objectives and challenges for the EU in the management of the legal migration, along with integration of TCNs and long term social demographic and economic sustainability.

3. The directive on students and researchers

³¹ The directive underwent restrictions during the pandemic, see *Guidelines for the seasonal workers during pandemics*, Brussels, 16 July 2020 C(2020) 4813 final.

³² Presidency conclusions of the European Council, the *Stockholm programme – an open ad secure Europe serving and protecting citizens*, OJ C 115, 4 May 2010, p. 1 ff.

³³ M CHAVRIER, P. BURY, *Students and Researchers Directive: Negotiations within the Council*, in T. DE LANGE, P. MINDERHOUD (eds.) *The students' and Researchers' Directive: central themes, problem issues and implementation in selected Member States*, Nijmegen, 2021, p. 14.

³⁴ Communication from the Commission *A European agenda on migration*, Brussels, 13 May 2015 COM(2015) 240 final.

The recast directive 2016/801³⁵ repeals and replaces the students' directive 2004/114³⁶ and the researchers' directive 2005/71³⁷.

The two directives were adopted on the wake of the Stockholm programme provisions, in order to attract TCN students and researchers. In 2011 the European Commission published the implementation reports on the two directives, highlighting a series of limits and shortcomings: low level of harmonization due to few legally binding provisions and vague obligations for Member States, which resulted in a reduced efficiency of the transposed directives, and high uncertainty for beneficiaries³⁸. In particular «...the implementation reports on directives 2004/114/EC and 2005/71/EC pointed out certain insufficiencies, mainly related to admission conditions, rights, procedural safeguards, students' access to the labour market during their studies and intra-EU mobility provisions. Specific improvements were also considered necessary regarding the optional categories of third-country nationals. Subsequent wider consultations have also highlighted the need for better job-seeking possibilities for researchers and students and better protection of au-pairs who were not covered by the Directives 2004/114/EC and 2005/71/EC»³⁹.

The need to recast both directives originated by the increase in the internationalization of studies and research and by the EU funded programmes in education and research (notably Erasmus and Marie Curie) as a driver for reform⁴⁰.

Following the recommendation of the two implementation reports, in 2013 the European Commission proposed an ambitious recast directive that, after three years and a complex inter institutional dialogue, brought to the adoption, in 2016, of a very prudential version of the original proposal.

The deadline for the transposition of the directive was established on 23 May 2018 (art. 40); the last Countries to transpose it were Belgium and Slovenia in 2020. Today, Ireland continues to apply the 2005 researchers' directive and Denmark opted-out.

The recast directive encompasses 43 articles, trying to provide more precise and clearer rules and some major improvements⁴¹ compared to the previous two. It regulates the entry and residence conditions of TCNs, for periods exceeding 90 days, in the territory of EU Member States for the purpose of research, studies, training or voluntary service in the European Voluntary Service (EVS)⁴² and, where Member States so decide, pupil exchange schemes or educational projects, voluntary service other than the EVS or au-pairing [art. 1 point a)].

³⁵ Directive of the European Parliament and of the Council (EU) 2016/801.

³⁶ Council Directive (EC) 2004/114.

³⁷ Council Directive (EC) 2005/71.

³⁸ European Commission, Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Directive 2004/114/EC, COM(2011)587, 28 September 2011 and Report from the Commission to the Council and the European Parliament on the application of Directive 2005/71/EC, COM(2011)901, 20 December 2011.

³⁹ Directive (EU) 2016/801 point (4) of the preamble.

⁴⁰ H. CALERS, *The students and researchers directive: analysis and implementation changes*, in T. DE LANGE, P. MINDERHOUD (eds.), *The students' and Researchers' Directive*, cit., p. 30.

⁴¹ *Id.*, p. 21.

⁴² The EVS was established in 1998 by decision 1686/98/EC of the European Parliament and the Council of 20 July 1998, establishing the *Community action programme "European Voluntary Service for Young People"*. Today the programme has been replaced by the European Solidarity Corps, Regulation (EU) 2021/888 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2021 establishing the *European Solidarity Corps Programme and repealing Regulations (EU) 2018/1475 and (EU) No 375/2014*, OJ L 202/32, 08 June 2021.

The scope of application of the directive (art.2), being certainly among the most disputed issues during the three years' adoption process, was widened. The directive addresses 7 categories of TCNs, namely researchers, students, trainees (remunerated and unremunerated), volunteers, exchange pupils and au-pairs (these categories were not included in the scope of application of the two previous directives). Provisions on students, researchers, trainees, volunteers participating in the EVS are mandatory for Member States to transpose, while provisions regarding other volunteers categories, school pupils and au-pairs are optional to transpose.

The directive regulates both the issuance of resident permits and long stay visas. It introduces many novelties, trying to overcome the previous shortcomings. General and specific conditions of authorization are enumerated for each category. A set of standard mandatory admission conditions is laid down [valid travel document, health insurance, sufficient resources to cover subsistence costs, public security or public health restrictions,...(art. 7 par. 1)], along with specific conditions for each category.

Member States can introduce optional general admission conditions; among the most relevant, TCN applicants for research shall present a hosting agreement, Member States may require that the host research organizations take financial responsibility if the researcher remains on the territory illegally (art. 8); students shall provide evidence of acceptance by a higher education institution, Member States may require evidence that TCNs can cover their study costs and that the university fees have been paid (art. 11).

For trainees, Member States may require that the traineeship be in the same field and qualification level as the higher education degree (art. 13 par. 2), and that the host institution proves that the traineeship does not replace a job (art. 13 par. 3). TCNs applicants for the purpose of au-pairing (art. 16) shall provide a detailed agreement with the hosting family, shall be aged between 18 and 30, Member States may require that the hosting family is not of the same nationality of, and has no family links with the TCN. For almost all categories, Member States can request basic knowledge of the language of the host country.

The directive tries to guarantee more transparent and definite procedures for authorizations, establishing a tight schedule for the duration of the authorization procedures [decision on the authorization shall be adopted and notified as soon as possible and in any case no later than 90 days from the date on which the complete application was submitted (art. 34)], and for rejection/withdrawal of the authorization. Generally speaking, grounds for rejection (art. 20) or withdrawal (art. 21) are linked to the hosting institution failing to meet obligations regarding social security, taxation, labour rights or working conditions. Articles 20 par. 3, and 21 par. 5, allow Member States to reject an application or refuse to renew an authorisation, on the basis of a labour market test (not for students, nor for researchers who work in the same host institution at moment of renewal, as the moment of authorization). A Member State can reject an authorization if there are serious and objective grounds to believe that the TCN intends to reside or carry out an activity for purposes other than those for which he/she applies to be admitted⁴³.

⁴³ According to H. Calers this article can be interpreted as a reaction of the Member States to the *Ben Alaya* judgement, which extensively interpreted Article 12 of the Council Directive 2004/114/EC. The Court stated that a Member State is obliged to admit to its territory a TCN for study purposes, where that TCN meets the conditions for admission, as listed in Articles 6 and 7 of the directive, and provided that that Member State does not invoke against that person one of the grounds expressly listed by the directive as justification for refusing a residence permit. This evaluation is made even before the arrival of the TCN, so is based on a

The recast directive grants access to labour market for students (raising the minimum number of working hours to 15 per week), and allows a labour market check only in exceptional cases, not on a systematic basis⁴⁴ (art. 24). Moreover, students and researchers are allowed to stay on the territory of the Member State after having finalised their studies or research, for a period of at least 9 months, to seek employment or to set-up a business (art. 25).

The approval procedure for hosting research organisations becomes optional for Member States to request (“may” clauses art. 9 and art. 15); the directive explicitly recalls the exclusive competence of Member States to establish the volumes of admission (art. 6)⁴⁵.

While the previous researchers directive included an article on the equal treatment of researchers with EU nationals (art. 12), this was not the case of the Students Directive, which was covered by the Single Permit Directive (SPD)⁴⁶. Guaranteeing equal treatment with EU nationals to TCNs (art. 22), is one of the main aims of the recast directive, with an explicit reference to art. 12 points 1 and 4 of the SPD for researchers and students, and for the categories addressed by the directive «when they are considered to be in an employment relationship» (art. 22 par. 3). Finally Member States may decide not to grant TCNs equal treatment for housing or services provided by public employment offices in accordance with national law.

The 2016/801 directive also provides more precise rules about family members of researchers, setting for this category more favourable conditions (art. 26), and establishing that, if conditions for family reunification are fulfilled, family members of the researcher must obtain a stay permit.

The procedure for secondary mobility within the EU is also tackled, in some cases, allowing mobility to other Member States on the basis of the authorisation issued in the first Member State. It only applies for secondary mobility for the purpose of study and research, otherwise the Schengen *aquis* applies. Broadly speaking, TCNs students and researchers in mobility, benefit from the same rights in the second Member State as in the first one. For researchers, a neat distinction is made between long term and short term stay⁴⁷. For students who are covered by an EU or multilateral programme, mobility is allowed for up to 360 days per Member State, other students shall submit a new application in the Member State where they would carry out part of their studies through a regular admission procedure (art. 31).

It is probably too soon to have an idea of the impact of the directive, as the transposition is relatively recent, and since 2020 there has been a considerable slow down of

presumption. Judgment of the Court of 10 September 2014, C-491/13, *Mohamed Ali Ben Alaya*, ECLI:EU:C:2014:2187.

⁴⁴ See Judgment of the Court of 21 June 2012, C-15/11, *Leopold Sommer*, ECLI:EU:C:2012:371, which defined the systematic market check, as contrary to the ratio of the student’s directive 2004/114/EC.

⁴⁵ Art. 79 par. 5 of the TFEU only applies to the category of TCNs considered to be in a working relationship. The definition of working relationship is left to Member States.

⁴⁶ Directive 2011/98/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on a single application procedure for a single permit for third-country nationals to reside and work in the territory of a Member State and on a common set of rights for third-country workers legally residing in a Member State, OJ L. 343, 23 December 2011, p. 1.

⁴⁷ Art. 28 sets a short term stay for researchers lasting up to 180 days in any 360-day period per Member State, while the long stay exceeds the 180 days (art. 29). In case of short-term mobility, the Member State can choose to allow mobility without any procedure, or apply the notification procedure; in case of long-term mobility, the second Member State may choose to allow mobility without any procedure, or on the basis of a notification, or may require researchers to submit an application.

mobilities due to Covid19 pandemics. Based on Eurostat data, indeed, authorizations issued on 2019 from 15 Member States where 259.727, compared to 186.175 issued on 2021 by 12 Member states⁴⁸.

The directive on students and researchers is probably the most complete directive, regulating such a wide range of categories, and trying to effectively reach that equity of treatment of TCNs legally residing in the EU, for the purpose of study and research. The ratio of the new directive is, indeed, to attract talents and qualified human resources from third Countries, in order to fill the gap and shortage of competences in EU labour market; ensure easier and clearer admission procedures and secure TCNs equal treatment with EU citizens. The recast directive aims at contributing to build up the European Education and Research areas, attracting students and researchers from all over the world, for temporary and long term stay. We could say that it is inspired more by the idea of circular migration along with the objective of integrating immigrants into the host society, for example giving them the chance to find an occupation in the EU. The need to coordinate the EU legislative acts with national provisions on the entry of TCNs, which, in relation to the volumes of entry, continues to be the exclusive competence of Member States, has played a major role in characterizing the EU rules in this field as highly flexible, with a wide discretionary power for Member States in the transposition of the directives⁴⁹.

4. *The new pact on migration and asylum: the Talent Partnership*

As previously pointed out, even if the New Pact focuses on asylum more than on immigration, legal migration is still considered as a pillar in building a coherent and sustainable approach towards a forward looking migration policy by the EU⁵⁰. While Member States are responsible for deciding on the flows they admit for labour purposes, an improved EU legal framework on migration would support Member States in attracting the talents they need. As an example, the Commission proposed, among others: to finalise the negotiations on the revision of the Blue Card Directive⁵¹, to adopt a «Skills and Talent package», to fully implement the directive on students and researchers, to support mobility of students and researchers also through Talent Partnerships, as a tool to «...increase the pool of expertise available to European universities and research institutions[...]and to promote the circulation of knowledge by moving between Member States»⁵².

⁴⁸ Source of data: Eurostat, Authorisations for study and research by reason, type of decision, citizenship and length of validity (online data code: MIGR_RESSRATH).

⁴⁹ V. DI COMITE, *Accoglienza di studenti, ricercatori e docenti provenienti da paesi terzi*, in G. CAGGIANO (ed.), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, p. 346 ff.

⁵⁰ F. DI GIANNI, *La migrazione legale per motivi di lavoro a due anni dalla presentazione del "Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo: una riforma (in)compiuta*, in *Freedom Security & Justice: European legal studies*, 3, 2022, p. 211 ss.; P. DE BRUYCKER, *The new pact on migration and asylum: what it is not and what it could have been*, 2020, accessibile at <https://eumigrationlawblog.eu/category/new-pact-on-migration-and-asylum/page/2/>; S. SAROLEA, *Legal migration in the "New Pact": modesty or unease in the Berlaymont?*, 2021, accessibile at <https://eumigrationlawblog.eu/category/asylum-reform/>.

⁵¹ On the wake of the New Pact indeed, the Blue Card Directive has been recast on 2021.

⁵² COM(2020) 609 final, p. 25.

Since 2003, the Commission embraced the definition of immigrants' integration as a dynamic "two-way process"⁵³, affecting both immigrants and hosting societies. This definition evolved to include and entail a third dimension, the sending Country, becoming a circular phenomenon⁵⁴. With this idea, to tackle the increasing need of competences and skilled and unskilled manpower, the striking unfavourable demographic trend at EU level, but also to recover the circular dimension of migration, on June 2021 the European Commission launched its Talent Partnership Initiative, coined as a key endeavour under the New Pact on Migration and Asylum adopted in 2020. The aim is still to promote mobility for TCNs, seeking employment or training, in the EU. With the communication *Attracting skills and talent to the EU*⁵⁵, the Commission has recently re-launched this tool, setting out 3 priority areas of action. 1) A legislative priority, aiming at recast and revise the Long-Term Residents (LTR) and the Single Permit (SP) directives, dealing with all procedures on visas for entry, renewal and status switching. This could enable quick access to LTR status and intra-EU mobility. 2) An operational priority, to implement Talent Partnerships and the EU Talent Pool, and finally 3) a future-oriented policy measure, a forward-looking pillar, based on three specific priorities for action: care, youth and innovation⁵⁶.

Talent Partnerships are supposed to be an operational tool, providing a comprehensive policy framework and funding support, to boost mutually beneficial international mobility, based on better matching of labour market needs and skills between the EU and partner Countries. They will be open to students, graduates and skilled workers. Launched as pilot projects in September 2017⁵⁷, the Talent Partnership Initiative will provide support for mobility schemes and capacity building between selected partner Countries and Member States, aiming at matching skills of TCN workers and the EU needs in terms of skills shortage⁵⁸. The Partnerships should provide a «single comprehensive policy framework, as well as funding, to support the mobility of students and skilled workers from partner Countries to study, train, or work in the EU»⁵⁹. The initiative is also focused on capacity building, benefiting partner Countries in the fields of labour market and skills, vocational education and training (VET), integration of returning migrants and Diaspora mobilisation. The funding framework is to be achieved both through EU and Member States' funding instruments, as well as through EU funding streams as integrated in the planning of the 2021-2027 Multiannual Financial Framework.

To be effective, partnerships should address short-term labour market needs, and long-term needs related to human capital development, identifying both skills needed today

⁵³ Communication by the European Commission on *Immigration, Integration and Employment*, COM(2003)336 final, Annex I, p. 44.

⁵⁴ B. GARCÉS-MASCAREÑAS, *Introduction: integration as a three way tyre process approach?* in B. GARCÉS-MASCAREÑAS, R. PENNINX, (eds.), in *Integration processes and policies in Europe: contexts, levels and actors*, IMISCOE Research Series, Springer Open, 2016, p. 1 ff..

⁵⁵ COM(2022) 657 final.

⁵⁶ COM(2022) 657 final p.1.

⁵⁷ European Commission communication on the *delivery of the European Agenda on Migration*, Brussels, 27 September 2017, COM(2017) 558 final.

⁵⁸ J. SCHNEIDER, *Beyond Talent Partnerships: Boosting Legal Mobility under the New EU Migration Pact* in IEMed. Mediterranean Yearbook, 2021, p. 308.

⁵⁹ SOLIDAR *The EU talent partnerships*, Briefing Paper 101, 2021, accessible at https://www.solidar.org/system/downloads/attachments/000/001/509/original/101_Briefing_Paper__EU_Talent_Partnerships.pdf?1648545699.

and those increasingly relevant tomorrow⁶⁰. The Commission announced that it would launch the first Talent Partnerships with North African partners, in particular Egypt, Morocco and Tunisia for their implementation to start by end of 2022. The choice of these three Countries to start with, is not surprising, based on long term cooperation on all aspects of migration management⁶¹. Talent Partnerships with key partners should try to enhance international mobility and talent development, to the benefit of Member States, partner Countries, business communities on both sides, as well as for the individuals involved.

5. Conclusions

According to the Commission, each year, about three million people arrive legally in the EU, compared to up to 200,000 that cross irregularly. For the first time, the EU approach is shifting from hosting, to selecting the skills lacking in Europe⁶².

A systematic approach among directives in force and under revision, together with the Programmes supporting high level mobility schemes and innovative active policy tools, could enable both long term and circular migration legal pathways.

To ensure that migrants' skills will match the future EU labour market and fill its gaps, focus should be also devoted to facilitating the recognition of qualifications, as well as to upgrading their education and skills, as needed⁶³.

It seems that the EU is looking for a comprehensive forward looking model, based on complementary policies and actions in cooperation with partner Countries (neighbouring), tackling short term (skills shortage, medium/low skilled labour offer) and long term (opposite demographic trends, supporting human capital development at origin) needs⁶⁴. If successful, this tools could also recover, together with short term mobility programmes, the circularity of migration, reducing the brain drain effect from the Countries of origin, being mutually beneficial for the migrant, the Country of origin and the EU. In a human capital development perspective, the programme should train, on the basis of both EU and partner Countries labour market needs, more people than permits available, so contributing to the enhancement of human resources at sending economies⁶⁵.

The enforcement of the directive on students and researchers already facilitates intra-EU mobility, meeting Member States needs for control and opening EU to TCN students

⁶⁰ M. DE SALVO, *Talent partnerships and future skills need*, Euromesco policy report, Published by the European Institute of the Mediterranean (IEMed), 2022.

⁶¹ Communication from the Commission on the *Report on Migration and Asylum*, Brussels, 6 October 2022 COM(2022) 740 final.

⁶² European Commission press release, 27 April 2022 accessible at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_2654.

⁶³ European Parliament, *Labour market integration of asylum seekers and refugees*, Briefing 22 June 2022, p. 1, accessible at [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI\(2021\)_690651](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2021)_690651).

⁶⁴ P. ANDRADE, I. MARTÍN, S. MANANASHVILI, *EU cooperation with third Countries in the field of migration*, study for the LIBE Committee, European Parliament, 2015; S. POLI, C. CINELLI, *Mobility and legal migration in the context of the European Neighbourhood Policy: what role for the European Union?* in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N. 58, 2017, p. 979 ss.

⁶⁵ J. SCHNEIDER, *Beyond Talent Partnerships*, *cit.*, p. 309.

and researchers⁶⁶. This dovetails with the EU Talent Partnership Initiative, to facilitate legal migration and mobility, also using EU funding for producing small-scale migration projects that are primarily related to development cooperation or return policy. This form of cooperation, will probably substantiate the idea of a gain-gain strategy, balancing the tension of opposite interests: attracting skills and facilitating the supply of qualified human resources for the EU labour market, both in the short and in the long run, and reducing the backlash in terms of brain drain and spoiling of human capital in partner Countries⁶⁷. In order to reach a sustainable immigration policy, the EU has to build a more attractive, efficient and circular system. «This requires a revised legislative framework, enhanced cooperation with partner Countries, an improved governance of labour migration involving all key stakeholders, as well as looking forward new areas of action»⁶⁸.

ABSTRACT: *EU legal migration policies: the Directive on Students and Researchers and the new Talent Partnership*

Reduce irregular flows to and within Europe, and protecting EU external borders, can only happen effectively if we look at the migratory phenomenon in a broad and comprehensive perspective, strengthening legal and safe pathways to Europe. This contribution will focus on the Students and Researchers Directive [(EU) 2016/801] and the novelties and future perspective of legal high skilled migration also in light of the recent Communication by the European Commission *Attracting skills and talent to the EU*. It seems that we are observing an attempt to overcome the fragmented approach adopted so far, in order to fill a series of gaps and barriers to make legal migration a realistic alternative for illegal migration pathways, making the most out of the link between migration and development, putting the migrant at the very centre of the discourse as a development driver for both the countries of origin and of destination.

⁶⁶ T. DE LANGE, K. GROENENDIJK, *The EU Legal migration acquis: patching up the patchwork*, issue paper European migration and diversity programme, 16 march 2021, p. 5.

⁶⁷ F. MARTINEZ, *Gli strumenti dell'Unione europea per promuovere la migrazione circolare tra obiettivi di sviluppo e interessi economici degli Stati membri*, in *Federalismi.it*, 1, 2017, p. 16.

⁶⁸ COM(2022) 657 final, p. 22.



VALENTINA PRUDENTE*

CONTROLLO DELLE FRONTIERE ED ESPULSIONE DELLO STRANIERO IN VIA AMMINISTRATIVA

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Il contesto normativo attuale. – 2.1. I temperamenti introdotti dalla normativa sovranazionale. Automatismi mitigati? – 3. Limiti ‘espliciti’ e limiti ‘impliciti’ al potere di espulsione tra modifiche legislative ‘compulsive’ e adozione della decisione amministrativa. – 4. L’effettività della tutela giurisdizionale di fronte al riparto di giurisdizione. – 5. Conclusioni.

1. *Premesse*

L’espulsione in via amministrativa dello straniero nell’ordinamento italiano è modulata come conseguenza ‘automatica’ dell’avverarsi di determinati presupposti di fatto ed è realizzata con misure esecutive altrettanto automatiche e accelerate, tendenzialmente produttive di conseguenze negative sulle garanzie giurisdizionali in un campo, quello dei diritti umani, in cui il nostro ordinamento non può permettersi lacunosità e contraddizioni.

E invece molti hanno sottolineato come le norme che regolano l’espulsione degli stranieri, le modalità di esecuzione delle misure di allontanamento, la stessa tutela offerta dall’ordinamento allo straniero coinvolto nei relativi procedimenti, producano la violazione di principi supremi dell’ordinamento, mettendo in crisi il “genoma della Costituzione italiana”¹.

La dottrina ha evidenziato come, al di là delle finalità che l’espulsione persegue (tutela dell’ordine pubblico e sicurezza e controllo delle frontiere), le modalità, anche esecutive, prescelte dal legislatore contraddicono i principi dell’ordinamento internazionale e in definitiva contraddicono il nostro sistema costituzionale, nella misura in cui sottraggono al

*Ricercatrice di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Messina.

¹ A. PUGIOTTO, «Purchè se ne vadano». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, 2010, p. 380.

controllo giurisdizionale ambiti di valutazione e poteri di intervento, affidando l'allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato ai c.d. "automatismi"².

In questo scritto, nel quale mi soffermerò sulle espulsioni amministrative prefettizie, dopo aver sommariamente percorso le tappe che hanno condotto all'attuale configurazione dell'espulsione e della sua esecuzione, attraverso una rapida disamina della legislazione vigente, cercherò di spiegare come i limiti legislativi al potere di espulsione mitighino l'automatismo espulsivo e incidano anche sulla connotazione del relativo potere; infine trarrò qualche conclusione in relazione ad alcune questioni critiche nell'ambito della tutela giurisdizionale dello straniero.

2. Il contesto normativo attuale

Il potere di espulsione amministrativa³ 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 prefetto⁴. Esso all'origine si configurava come potere di polizia a carattere altamente

² In tema v. A. ALGOSTINO, *Lo straniero 'sospeso' fra tutela dei diritti fondamentali della persona umana e esigenze di un efficiente controllo dell'immigrazione*, in *Giur. It.*, 2002, p. 1349 ss.; M. CUNIBERTI, *Allontanamento ed espulsione degli stranieri nell'ordinamento italiano*, in *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e Spagna (II giornate Italo-spagnole di giustizia costituzionale)* 3-4 ottobre, Valencia, 2005, p. 240 ss.; I. NICOTRA GUERRERA, *Accompagnamento coattivo alla frontiera dello straniero*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Torino, 2001, p. 147 ss.; P. BONETTI, *I provvedimenti di allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato di fronte alla libertà personale e alla libertà di circolazione e soggiorno*, in *Stranieri tra i diritti*, cit., p. 48; ID., *Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili generali e costituzionali*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, p. 567 ss. A. PUGIOTTO, *«Purchè se ne vadano»*, cit., p. 333 ss.; G. SAVIO, *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente alla direttiva rimpatri*, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 3, 2011, p. 30 ss.; A. LIGUORI, *L'attuazione della direttiva rimpatri in Italia*, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 3, 2011, p. 15 ss.; A. LANG, *Ancora modifiche alla disciplina sulle condizioni di ingresso, soggiorno e allontanamento dei cittadini dell'Unione*, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 3, 2011, p. 51 ss.; E. ROSSI, *I diritti fondamentali degli stranieri irregolari*, in *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e Spagna (II giornate Italo-spagnole di giustizia costituzionale)* 3-4 ottobre, Valencia, 2005, p. 138 ss.; M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, in particolare p. 219 ss.

³ Il diritto di espulsione dello Stato è sempre stato strutturato in modo binario: come conseguenza di condanna penale, da un lato; e quale misura di prevenzione atta a garantire l'ordine pubblico, dall'altro lato, prevista dal codice penale e dalle leggi di pubblica sicurezza (v. M. MAZZANTI, *Espulsione dello straniero* (voce), in *Enc. Dir.*, 1966, XV, 913).

⁴ Con la 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.

discrezionale⁵, svincolato da limiti legislativi⁶, perché giustificato da esigenze di garanzia dell'ordine pubblico da parte dell'autorità di pubblica sicurezza⁷.

Con l'art. 10 della Costituzione il quadro generale previgente viene modificato in modo sostanziale. L'introduzione della riserva di legge sul trattamento degli stranieri ha comportato la sottrazione all'ampia discrezionalità dell'esecutivo dei poteri fino a quel momento esercitati senza vincoli stringenti. La Costituzione in tal modo ha configurato sia la scelta della fonte di regolazione della materia, che deve essere la legge ordinaria, sia il contenuto della stessa legge che deve rispettare le norme internazionali generali e i trattati internazionali stipulati dallo Stato⁸. L'attribuzione della competenza a legiferare all'organo rappresentativo della volontà popolare garantisce anche lo straniero, la cui condizione viene così tutelata di fronte all'esecutivo grazie al principio di legalità.

L'introduzione della riserva di legge rinforzata contenuta nell'art. 10 Cost. non ha però innovato il profilo della sostanziale differenziabilità di posizioni giuridiche tra cittadino e straniero⁹.

Cittadino e straniero, considerati uguali quanto alla titolarità astratta di certi diritti¹⁰, possono essere portatori di posizioni differenti, che in certi casi giustificano anche un differente trattamento giuridico, con il solo limite del rispetto del principio di ragionevolezza¹¹.

Ciò consente al legislatore, fermo il principio dell'uguaglianza di posizioni tra straniero e cittadino in relazione ai diritti fondamentali, di valutare e regolare in maniera differente situazioni concrete, facendo uso della sua discrezionalità, senz'altro vincolo se non quello della razionalità del suo apprezzamento discrezionale¹².

⁵ Un potere discrezionale caratterizzato da elevato tasso di politicità, assimilabile a quello che si riscontra nell'espulsione ministeriale per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato. Su tale accezione tralattizia di discrezionalità v. M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939; ID., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, p. 46 ss.

⁶ 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.*, 914).

⁷ G. SABATINI, *Stranieri (Espulsione degli)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1971, p. 543.

⁸ In tal modo il costituente intendeva limitare la regolazione della materia da parte del potere esecutivo, che soprattutto durante il regime fascista aveva cavalcato posizioni xenofobe, assoggettando gli stranieri a trattamenti antidemocratici ed autoritari (A. CASSESE, *Art. 10 Cost.*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, Roma, 1975, p. 510).

⁹ In argomento v. F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano, 2012, p. 45 ss.

¹⁰ Si vedano P. CARETTI, *I diritti fondamentali – Libertà e diritti sociali*, Torino, 2005; M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari di diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1992, p. 221 ss.

¹¹ La Corte Costituzionale ha fissato questo principio con la sentenza del 23 novembre 1967, n. 120. La differenziabilità delle posizioni viene 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.

¹² 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». Sul principio di ragionevolezza v. L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1997; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.

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; cioè dei diritti che, spettando a tutti indistintamente, non sopportano limitazioni di *status* e con i quali si deve confrontare il potere statale in generale, e il potere amministrativo in particolare (anche quel potere funzionale al perseguimento di interessi pubblici generali quali ordine pubblico e sicurezza).

In quest'ampia prospettiva va inquadrato il potere espulsivo attribuito agli organi dell'amministrazione degli interni, funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico dello Stato all'ordinata gestione dei flussi migratori, nonché alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza.

Il sistema normativo sulle espulsioni amministrative attinge a fonti giuridiche di vario livello. Nell'ordinamento interno è delineato principalmente dagli artt. 9, 13, 14 e 19 del T.U. sull'immigrazione¹³, ma il quadro di riferimento complessivo non prescinde dalla normativa internazionale ed europea. Molte disposizioni statali sono state adottate, o sono state modificate, in ossequio a diverse convenzioni internazionali o direttive comunitarie¹⁴; e le norme statali sul trattamento degli stranieri sono interpretate e applicate alla luce dell'ordinamento internazionale e comunitario.

Il potere di espulsione in via amministrativa è attribuito dall'art. 13 del T.U. sull'immigrazione sia al Ministro dell'interno, che al prefetto. Il primo può disporre l'espulsione per motivi di ordine pubblico o di sicurezza nazionale¹⁵, il secondo, invece, dispone l'espulsione in via amministrativa in tutti gli altri casi previsti dall'ordinamento.

L'espulsione decretata dal Ministro è atto di alta amministrazione, la cui adozione è caratterizzata da un elevato tasso di discrezionalità, giustificato dalla protezione di interessi statali di rilievo politico anche internazionale, la cui attivazione dipende da una valutazione complessiva e marcatamente discrezionale dell'organo competente¹⁶.

Il potere espulsivo prefettizio, invece, è vincolato al verificarsi di determinati presupposti di legge e la sua attivazione corrisponde ad uno schema pressoché automatico.

¹³ L'art. 9 (commi 10 e 10 bis) del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 disciplina l'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 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 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.

¹⁴ Come la Convenzione di Ginevra del 1951; la Convenzione di New York del 1954; la Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo o anche la Direttiva 2008/115/CE conosciuta come Direttiva "Rimpatri"; la Direttiva 2001/95/UE, c.d. Direttiva "Rifugiati" o ancora la Direttiva 2013/33/UE c.d. Direttiva "Accoglienza".

¹⁵ Il Ministro dispone l'espulsione anche ai sensi dell'art. 3 D.L. 27 luglio 2005, n. 144, *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*, conv. con modifiche nella l. 31 luglio 2005, n. 155 ovvero per ragioni legate alla lotta al terrorismo.

¹⁶ N. PISANI, *Lotta al terrorismo e garanzie giurisdizionali per lo straniero nella recente prassi italiana: espulsioni per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato*, in P. GARGIULO, M.C. VITUCCI (a cura di), *La tutela dei diritti umani nella lotta al terrorismo internazionale. Garanzie di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2010, p. 582.

La giurisprudenza amministrativa proprio a cagione dell'alto tasso di discrezionalità ha ritenuto di dover ricondurre il proprio sindacato entro i limiti dei soli profili di ragionevolezza e di correttezza dell'*iter* logico seguito dall'amministrazione (T.A.R. Lazio, 23 marzo 2006, n. 5070)

L'autorità amministrativa non ha margini di apprezzamento nella qualificazione dei presupposti di fatto che attivano l'esercizio del potere e, alla concorrenza di quei presupposti, sembra non avere alcun margine di apprezzamento nella predisposizione del contenuto dell'atto, che è interamente stabilito dalla legge. Il decreto di espulsione è dotato di immediata esecutività e pertanto va immediatamente eseguito, anche se l'interessato lo abbia impugnato dinanzi all'autorità giudiziaria (art. 13, co. 3). In alcuni casi normativamente previsti, l'espulsione è eseguita con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica (art. 13, co. 4). Nelle altre ipotesi lo straniero può chiedere all'autorità prefettizia la concessione di un periodo per la partenza volontaria, che potrà anche essere prorogato in relazione alla sussistenza di specifiche circostanze da valutare nel caso individuale (art. 13, co. 5), ma qualora la richiesta del termine difetti, l'espulsione è eseguita con accompagnamento alla frontiera (art. 13, co. 5.1). L'espulsione può essere eseguita indipendentemente dalla presentazione di un ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento e non sono ammesse istanze cautelari.

In via generale si possono distinguere due ambiti di esercizio del potere espulsivo da parte degli organi amministrativi¹⁷, l'uno collegato a finalità di prevenzione di turbamenti dell'ordine pubblico, in presenza di condotte considerate fonte di pericolosità sociale (art. 13, comma 2, lett. c)¹⁸, l'altro collegato al potere statale di controllo delle frontiere che interviene in occasione di irregolare ingresso o soggiorno nel territorio dello Stato (art. 13 comma 2, lett. a) e b).

Nel primo caso l'espulsione deriva da un giudizio di pericolosità sociale risultante dall'appartenenza dello straniero ad una certa categoria di soggetti destinatari di misure di prevenzione, personali o patrimoniali.

Nel secondo caso l'espulsione prescinde dall'esigenza preventiva¹⁹, perché consegue alla violazione delle norme che disciplinano le modalità di ingresso e di soggiorno all'interno

¹⁷ L'espulsione è anche utilizzata in funzione di misura di sicurezza dagli artt. 235 e 312 c.p.

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 preveduti 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».

L'art. 312 stabilisce: «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 preveduti dalla legge, quando lo straniero o il cittadino appartenente ad uno Stato membro dell'Unione europea sia condannato ad una pena restrittiva della libertà personale per taluno dei delitti preveduti da questo titolo». Si tratta di delitti contro la personalità dello Stato.

¹⁸ Un complessivo riordino delle norme antimafia di natura penale, processuale e amministrativa ha avuto luogo ad opera del 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, 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).

¹⁹ Cfr. Corte Cost., 5 marzo 2007, n. 78, che ha dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 47, 48 e 50 della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), ove interpretati nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l'accesso alle misure alternative da essi previste. Con questa sentenza la Corte ha affermato che la condizione soggettiva costituita dal «mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato» (*omissis*) «non è univocamente sintomatica né di una particolare pericolosità sociale, incompatibile con il perseguimento di un percorso rieducativo attraverso qualsiasi misura alternativa, né della sicura assenza di un collegamento col territorio, che impedisca la proficua applicazione della misura medesima. In conseguenza di siffatto automatismo, vengono quindi ad essere irragionevolmente accomunate situazioni soggettive assai eterogenee: quali, ad esempio, quella

dei confini nazionali²⁰. In questa ipotesi la misura dell'allontanamento dal territorio nazionale si atteggia come misura sanzionatoria²¹, cioè sanziona la violazione di quelle norme che regolano l'ingresso e la permanenza dello straniero nel Paese.

Come messo in rilievo da accorta dottrina, in questo caso il potere statale non è direttamente collegato alla salvaguardia dell'ordine pubblico, ma piuttosto ad altro interesse pubblico costituito dal controllo dei flussi migratori, la cui cura è sempre devoluta al livello di governo statale²².

Il controllo dei flussi, però, almeno in teoria, per poter proficuamente funzionare non sembra aver bisogno di misure automatiche di allontanamento degli "irregolari", ma piuttosto necessiterebbe di un'organizzazione efficiente finalizzata alla gestione regolare ed efficace delle procedure amministrative che riguardano gli stranieri soggiornanti, o quelli in ingresso, ed al controllo sul rispetto delle norme dettate dall'ordinamento in materia di immigrazione. Le misure automatiche di allontanamento, invece, sembrano più coerenti con esigenze di pubblica sicurezza volte a garantire la "tranquillità dei cittadini" dal pericolo costituito dalla presenza sul territorio dello Stato di stranieri in condizione di povertà²³. In altre parole, l'espulsione non si presta ad essere "misura di gestione dei flussi migratori", neanche alla luce degli automatismi espulsivi di cui alla normativa vigente.

Vi è poi una ulteriore ipotesi di espulsione collocata a metà strada tra le due categorie sopra descritte²⁴, che pur essendo connessa al venir meno del titolo legittimante all'ingresso

dello straniero entrato clandestinamente nel territorio dello Stato in violazione del divieto di reingresso e detenuto proprio per tale causa, e quella dello straniero che abbia semplicemente ommesso di chiedere il rinnovo del permesso di soggiorno e che sia detenuto per un reato non riguardante la disciplina dell'immigrazione».

²⁰ Il prefetto decreta l'espulsione 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 la proroga del visto o il permesso di soggiorno nel termine prescritto, a meno che il ritardo non sia dipeso da forza maggiore; oppure quando: d) la proroga del visto o il permesso di soggiorno siano stati revocati o annullati o siano stati rifiutati, ovvero quando il permesso di soggiorno 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.

²¹ M. SAVINO, *La libertà degli altri*, cit. p. 302 secondo il quale l'espulsione amministrativa presenta i caratteri tipici delle sanzioni amministrative e cioè la tassatività e la determinatezza.

²² ID., *Op. cit.*, loc. ult. cit.

²³ ID., *Op. cit.*, che spiega come «Dietro l'esigenza di controllare quei flussi, però, non è difficile scorgere la riaffermazione della sovranità territoriale dello Stato, sovranità che serve, in ultima istanza, a proteggere la tranquillità dei cittadini dalla minaccia che poteva derivare dalla presenza di stranieri non identificati o poveri. La finalità della salvaguardia dell'ordine pubblico, dunque, viene perseguita in via indiretta», loc. ult. cit.

Sulla funzione ripristinatoria della 'sovranità territoriale violata' rivestita dalla espulsione amministrativa dello straniero, introdotta in Italia soltanto nell'ultimo trentennio, si v. anche 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.*).

²⁴ M. SAVINO, *Op. cit.*, p. 281 ss; ma v. anche M. INTERLANDI, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, 2018, 61 ss.

ed al soggiorno, nella sostanza si comporta come misura di prevenzione. Si tratta del caso in cui l'espulsione è comminata in 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'immigrazione²⁵.

In questo caso la sentenza di condanna (anche non definitiva) comporta la revoca automatica del permesso di soggiorno, a prescindere dall'applicazione della misura da parte del magistrato e dunque a prescindere dalla pronuncia del giudizio di pericolosità sociale sulla persona, che potrebbe esserci stata ed avere avuto esito negativo²⁶. A sua volta, la revoca del permesso di soggiorno determinerà in modo altrettanto automatico la sanzione dell'espulsione²⁷. La posizione dello straniero in questa fattispecie "a matroska"²⁸ nella quale un provvedimento presuppone l'altro, è aggravata dalle modalità esecutive dell'allontanamento e dalle scelte del legislatore in tema di riparto di giurisdizione.

Il provvedimento di espulsione, infatti, è immediatamente esecutivo, anche se impugnato dinanzi all'autorità giudiziaria e l'esecuzione dei provvedimenti espulsivi avviene nella generalità dei casi con l'allontanamento coattivo e dunque con l'intervento della forza pubblica.

L'originaria formulazione dell'art. 13 del Testo Unico prevedeva che l'esecuzione dell'espulsione avvenisse in via generale con intimazione allo straniero di lasciare il territorio italiano entro il termine di 15 giorni. L'accompagnamento alla frontiera eseguito per mezzo della forza pubblica poteva essere disposto dal Questore in casi tipizzati e ove vi fosse il pericolo di sottrazione all'esecuzione del provvedimento. Avverso il decreto di espulsione lo straniero poteva presentare ricorso al giudice ordinario entro cinque giorni dalla comunicazione del decreto o del provvedimento. Il termine di presentazione del ricorso veniva elevato a trenta giorni in caso di accompagnamento coattivo.

²⁵ 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.

²⁶ Cfr. 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 e M. SAVINO, *La libertà degli altri*, cit., p. 286. Si veda anche M. SAVINO, *L'incostituzionalità del c.d. automatismo espulsivo*, in *Dir. imm. cit.*, 3, 2013, p. 37.

²⁷ 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., sez. III, 1 agosto 2014, n. 4087, in tema di condanna per reato concernente gli stupefacenti).

²⁸ L'espressione è di A. PUGIOTTO, «*Purchè se ne vadano*», cit., p. 375 che mette in luce come in questo caso si verifica un vero e proprio cortocircuito a causa della ripartizione della competenza giurisdizionale.

Il giudice doveva pronunciarsi entro 10 giorni dalla presentazione del ricorso con procedimento in camera di consiglio e quindi entro il termine di 15 giorni fissato allo straniero per allontanarsi dal territorio nazionale. La stretta consecutività delle attività processuali (presentazione del ricorso e immediata decisione) escludeva la previsione di tutela cautelare, finalizzata a garantire l'effettività delle garanzie giurisdizionali nelle more dell'accertamento giudiziale.

La legge "Bossi-Fini" ha modificato profondamente i modi della tutela, soprattutto prevedendo l'immediata esecutività del decreto di espulsione (art. 13, co. 3), e l'esecuzione di esso a mezzo di accompagnamento coattivo alla frontiera in ogni caso²⁹, incidendo sui termini e sulle forme del rimedio proponibile avverso il provvedimento.

I termini di presentazione del ricorso contro il decreto sono più ampi, così come i termini a disposizione del giudice per emettere il provvedimento, ma non è prevista la tutela cautelare, cosicché l'espulsione potrebbe essere eseguita prima ancora della decisione giudiziale, senza la partecipazione dell'interessato al giudizio e soprattutto con il rischio che pronunciato l'annullamento dell'espulsione, lo straniero sia già stato accompagnato alla frontiera e allontanato.

Le disposizioni sull'allontanamento sono state modificate ad opera del d.lgs. n. 89/2011, di recepimento della Direttiva "Rimpatri", che ha riconfigurato le modalità di esecuzione dell'espulsione, introducendo in favore dello straniero la limitata garanzia di richiedere, e ottenere, un termine per lasciare volontariamente lo Stato, con attenuazione del rigore costituito dalla misura dell'accompagnamento forzoso. Il Prefetto intima allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro un termine compreso tra 7 e 30 giorni, che non sono sufficienti, né a definire il procedimento giurisdizionale sull'espulsione, né a consentire la partecipazione dell'interessato al giudizio, poiché costui potrebbe ugualmente essere allontanato ancor prima della fissazione della data d'udienza.

L'esigenza di tutela in capo allo straniero è del tutto secondaria rispetto all'esigenza di garantire l'effettività alla misura espulsiva.

2.1. *I temperamenti introdotti dalla normativa sovranazionale. Automatismi "mitigati"?*

Una delle novità principali previste dalla Direttiva "Rimpatri" riguarda la necessità di effettuare la valutazione "caso per caso", al fine di determinare se le circostanze individuali addotte dal migrante richiedano una protezione speciale contro il rimpatrio. La Direttiva ha imposto agli Stati membri di inserire nella propria legislazione la valutazione "caso per caso", che la legislazione italiana attuativa della normativa sovranazionale richiede al Prefetto nell'esercizio del potere di espulsione³⁰.

Tale previsione è stata determinata dall'esigenza di rendere operativo nell'ordinamento italiano il divieto di espulsioni collettive, collegando l'emanazione del decreto di

²⁹ Con l'eccezione prevista dal comma 5 dell'art. 13, novellato dalla "Bossi-Fini" in questi termini: «Nei confronti dello straniero che si è trattenuto nel territorio dello Stato quando il permesso di soggiorno è scaduto di validità da più di sessanta giorni e non ne è stato chiesto il rinnovo, l'espulsione contiene l'intimazione a lasciare il territorio dello Stato entro il termine di quindici giorni. Il questore dispone l'accompagnamento immediato alla frontiera dello straniero, qualora il prefetto rilevi il concreto pericolo che quest'ultimo si sottragga all'esecuzione del provvedimento».

³⁰ L'art. 3, comma 1, lett. c) del D.L. n.89/2011, conv. con modifiche nella l. n. 129/2011, ha disposto l'inserimento delle parole «caso per caso», dopo le parole «disposta dal prefetto», all'art. 13, comma 2 del T.U. sull'immigrazione.

allontanamento ad una valutazione negativa circa l'esistenza di determinate condizioni costituenti fatti impeditivi dell'espulsione³¹.

Tali fatti rilevanti, però, che in una concezione generale dovrebbero essere rivolti a consentire alle autorità competenti di valutare attentamente la situazione individuale di ogni migrante prendendo in considerazione tutte le circostanze che lo riguardano, nella legislazione italiana sono tipizzati e riconducibili sostanzialmente a due ambiti di tutela dei diritti fondamentali: la protezione delle relazioni familiari, attraverso il ricongiungimento e l'unità familiare, e la salvaguardia del primario interesse del minore.

Il primo ambito è stato previsto e normato dall'art. 13, comma 2-bis, T.U., introdotto dal d.lgs. n. 5/2007³². La disposizione impone, in fase di adozione del provvedimento di espulsione nei confronti dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero al familiare ricongiunto, di tener conto della natura e dell'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.

La norma richiama concetti vaghi ed indeterminati quali "natura ed effettività" dei vincoli familiari dello straniero e "legami familiari, culturali o sociali" con il territorio di provenienza, che necessitano di una attività conoscitiva e valutativa da parte della pubblica amministrazione funzionale al corretto esercizio del potere espulsivo.

La giurisprudenza considera le condizioni di fatto elencate nella norma come criteri di valutazione necessari, sia in fase amministrativa che in fase giudiziale³³, per dare contenuto al giudizio del caso concreto. Tali criteri sono organizzati secondo un ordine che dà priorità ad alcuni di essi, rispetto agli altri considerati "suppletivi"³⁴. Nelle sentenze si tende a dare preminenza alla natura e all'effettività dei vincoli familiari, rispetto alla durata del soggiorno nel territorio nazionale e dell'integrazione sociale del richiedente, che vengono considerati profili di ponderazione secondari. La tutela del legame familiare viene riconosciuta non già in relazione all'avvenuta presentazione di un'istanza di ricongiungimento familiare, ma piuttosto dando effettività al vincolo nel contesto delle relazioni³⁵ che lo caratterizzano e

³¹ 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. La dottrina è critica sulle modalità con le quali il D.L. n. 89/2011 ha effettuato la "trasposizione" del principio ritenendo che ne sminuisca la portata innovativa, poiché l'inciso "caso per caso" non è accompagnato dalla precisazione fornita dalla direttiva ovvero dalla raccomandazione a non limitarsi a prendere in considerazione il semplice fatto del soggiorno irregolare, v. M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, cit, p. 305.

³² Adottato in attuazione della direttiva "Ricongiungimenti" n. 2003/86/CE.

³³ V. Cass. civ., sez. VI-1, ord. 5 dicembre 2022, n. 35653 che afferma: «I criteri posti dall'art. 13, comma 2 bis, del d.lgs. n. 286 del 1998 (introdotto dal d.lgs. n. 5 del 2007), relativi alla necessità di tenere conto della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale, nonché dell'esistenza dei legami con il suo Paese di origine, pur dettati per lo straniero che abbia chiesto il ricongiungimento familiare in Italia, si applicano con valutazione caso per caso, anche in sede di opposizione al decreto di espulsione».

³⁴ In argomento v. Cass. civ., III, 6 novembre 2020, n. 24908: «In tema di espulsione del cittadino straniero che abbia legami familiari in Italia, trova applicazione l'art. 13, comma 2 bis, del d.lgs. n. 286 del 1998, che richiede una concreta valutazione, condotta caso per caso, della natura e dell'effettività dei menzionati vincoli familiari, da considerarsi preminenti rispetto agli elementi, "suppletivi", della durata del soggiorno e dell'integrazione sociale nel territorio nazionale del richiedente, in linea con la nozione di diritto all'unità familiare indicata dalla giurisprudenza della Corte EDU con riferimento all'art. 8 CEDU e fatta propria dalla sentenza n. 202 del 2013 della Corte cost.».

³⁵ V. Cass. civ., sez. VI-1, 20 marzo 2023, n. 7945, sulla obbligatorietà della valutazione in sede giudiziale dell'incidenza dell'espulsione sui vincoli familiari e sulle relazioni che legano lo straniero alla famiglia di origine.

costituiscono il valore da proteggere³⁶, sicché la protezione è accordata a prescindere dalla formale presentazione della domanda di ricongiungimento³⁷.

L'ulteriore profilo che la giurisprudenza tende a valorizzare, con interpretazione sistematica, è costituito dal preminente interesse del minore, al quale viene data ampia considerazione nel complessivo bilanciamento e valutazione degli interessi coinvolti nella vicenda espulsiva. Dinanzi al pregiudizio che avrebbe a subire il minore, la giurisprudenza considera recessiva l'eventuale prognosi negativa sulle prospettive di integrazione dei genitori o del minore stesso in Italia³⁸, ritenendo che l'accertamento giudiziale debba concentrarsi

³⁶ Come osserva la Corte di Cassazione, «In tema di espulsione del cittadino straniero, l'art. 13, comma 2 bis, del d.lgs. n. 286 del 1998, secondo il quale è necessario tener conto, nei confronti dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare, della natura e dell'effettività dei vincoli familiari, della durata del soggiorno, nonché dell'esistenza di legami con il paese d'origine, si applica - con valutazione caso per caso ed in coerenza con la direttiva comunitaria 2008/115/CE - anche al cittadino straniero che abbia legami familiari nel nostro Paese, ancorché non nella posizione di richiedente formalmente il ricongiungimento familiare, in linea con la nozione di diritto all'unità familiare delineata dalla giurisprudenza della Corte EDU con riferimento all'art. 8 CEDU e fatta propria dalla sentenza n. 202 del 2013 della Corte Cost. Tuttavia il giudice del merito è tenuto, onde pervenire all'applicazione della tutela rafforzata di cui al citato art. 13, comma 2 bis, a dare conto di tutti gli elementi qualificanti l'effettività di detti legami (rapporto di coniugio, durata del matrimonio, nascita di figli e loro età, convivenza, dipendenza economica dei figli maggiorenni etc.) oltre che delle difficoltà conseguenti all'espulsione, senza che sia possibile, fuori dalla valorizzazione in concreto di questi elementi, fare riferimento ai criteri suppletivi relativi alla durata del soggiorno, all'integrazione sociale nel territorio nazionale, ovvero ai legami culturali o sociali con il Paese di origine», Cass. civ., I sez., 15 gennaio 2019, n. 781.

³⁷ Si v. anche Cass. civ., 22 gennaio 2019, n. 1665, per la quale: «L'art. 13, comma 2 bis, del d.lgs. n. 286 del 1998 (introdotto dal d.lgs. n. 5 del 2007), il quale impone di tenere conto nei confronti dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale, nonché dell'esistenza di legami con il suo Paese di origine, si applica, con valutazione da effettuarsi caso per caso, anche al cittadino straniero che pure non si trovi nella posizione di formale richiedente il ricongiungimento familiare».

³⁸ La lettura che la Corte di Cassazione offre sulle disposizioni del T.U. a tutela dei minori è estensiva e costituzionalmente orientata, posto che da spazio ad un'ampia nozione del pregiudizio che avrebbe a subire il minore dall'allontanamento familiare. Cfr. Cass. civ., sez. VI-1, ord. 27 ottobre 2021, n. 240 che afferma: «La temporanea autorizzazione alla permanenza in Italia del familiare del minore, prevista dal D. Lgs. n. 286 del 1998, art. 31, in presenza di gravi motivi connessi al suo sviluppo psico-fisico, non richiede necessariamente l'esistenza di situazioni di emergenza o di circostanze contingenti ed eccezionali strettamente collegate alla sua salute, potendo comprendere qualsiasi danno effettivo, concreto, percepibile ed obiettivamente grave che in considerazione dell'età o delle condizioni di salute ricollegabili al complessivo equilibrio psicofisico, deriva o deriverà certamente al minore dall'allontanamento del familiare o dal suo definitivo sradicamento dall'ambiente in cui è cresciuto (Cass., S.U., n. 21799/2010).

«Trattasi di un accertamento ineludibile, da effettuare caso per caso, che non può considerarsi assorbito dalla prognosi negativa circa le prospettive di integrazione dei genitori o del minore in Italia. Ragionando a contrariis, si determinerebbe uno spostamento dell'oggetto del giudizio dalle esigenze esistenziali ed educative dei figli, che costituiscono la ratio del D. Lgs. n. 286 del 1998, art. 31, alla condizione dei genitori ed, oltremodo, si violerebbe il divieto di espulsione del minore straniero sancito dal D. Lgs. cit., art. 19, comma 2, lett. a) (Cass., n. 27238/2020).

«Invero, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza consolidata di questa Corte, la speciale autorizzazione di cui all'art. 31, si fonda proprio sul divieto di espulsione del minore straniero ex art. 19 cit., con la conseguenza che la valutazione delle condizioni per il rilascio di detta autorizzazione non può esaurirsi in un giudizio sul radicamento del minore sul territorio italiano, il quale si risolverebbe in una grave violazione del suddetto divieto. Tale considerazione può essere utilizzata solo come elemento integrativo, che concorre alla formulazione del giudizio prognostico, il quale deve fondarsi, indefettibilmente, sull'accertamento, secondo un giudizio probabilistico, del nesso causale tra l'allontanamento coattivo del genitore e i verosimili effetti pregiudizievoli sull'equilibrio psico-fisico del minore (Cass., n. 15642/2020)».

sull'equilibrio psico-fisico del minore, e non già sulla sussistenza o meno di condizioni eccezionali o emergenziali legate alla salute del bambino.

Alla concorrenza delle circostanze di fatto sopra descritte, il potere prefettizio pur vincolato in ordine ai presupposti del suo esercizio, in quanto la sua attivazione è conseguenza del verificarsi dei fatti previsti dall'art. 13, comma 2, T.U., è obbligato a tener conto del corretto bilanciamento dell'interesse pubblico con i diritti fondamentali della persona e a produrre una decisione sulla base di un quadro conoscitivo completo e di una valutazione ponderata di tutti gli aspetti coinvolti. L'esercizio del potere di espulsione è temperato dalla compresenza nella fattispecie di beni di primario rilievo e dall'esigenza di offrire adeguata tutela ai diritti fondamentali della persona³⁹ anche ai non cittadini, anche se irregolari.

La valutazione "caso per caso", che introduce un elemento di concretezza in relazione all'esercizio del potere, era il presupposto metodologico per il riconoscimento di protezione umanitaria ai migranti⁴⁰, con l'effetto di impedire l'espulsione a carico dello straniero pur irregolare.

La giurisprudenza formatasi sul diritto al rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari ha costantemente affermato il principio secondo cui non si poteva disporre l'espulsione del richiedente in condizioni di vulnerabilità, oggetto di valutazione caso per caso. Tali condizioni soggiacevano ad una valutazione comparativa, rispetto alla situazione di integrazione vissuta nel Paese di accoglienza, della situazione soggettiva e oggettiva del richiedente, finalizzata alla verifica della possibile privazione della titolarità e dell'esercizio dei diritti umani, al di sotto della soglia di dignità personale⁴¹. Così volta per volta dovevano essere considerate anche le violenze subite nel Paese di transito e di temporanea permanenza del richiedente, se potenzialmente idonee, quali eventi in grado di ingenerare un forte grado di traumaticità, a incidere sulla condizione di vulnerabilità della persona⁴². Ma non solo, a tale forma di protezione sono state a volte ricondotte vulnerabilità personale a sfondo oggettivo, cioè relative alla situazione del Paese di origine come i disastri climatici, l'instabilità politica, le carestie, o anche la violazione dei diritti fondamentali⁴³. Ciò che veniva in rilievo, ai fini

³⁹ Anche secondo la Corte di giustizia gli automatismi espulsivi che non tengano conto dei legami familiari dello straniero sono incompatibili con il diritto europeo, C.G.U.E., grande sez., 13 settembre 2016, C-304/14, *Secretary of State for the Home Department contro CS*.

⁴⁰ In occasione dell'adozione del D.L. n. 20/2023, la maggioranza di centrodestra ha eliminato la protezione speciale. I due incisi dell'art. 19, comma 1, T.U. sull'immigrazione che configuravano la protezione speciale, sono stati aboliti con l'adozione del predetto decreto-legge, mentre con la legge di conversione è stato soppresso il secondo inciso dell'art. 19, comma 1.2 del T.U. sull'immigrazione.

⁴¹ Come osserva Cass. civ., sez. III, 27 luglio 2021, n. 21522.

⁴² Cfr. Cass. civ., sez. I, 28 marzo 2023, n. 8759.

⁴³ La giurisprudenza di merito afferma: «L'art.5 co. 6 D. Lgs. 286/98 dispone che debba essere rilasciato un permesso di soggiorno, anche in carenza degli altri requisiti previsti dal medesimo Testo Unico, quando ricorrano seri motivi di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano. In mancanza di specifiche previsioni tipizzanti (sussistenti per le forme di protezione maggiore) possono assumere rilievo la situazione personale del ricorrente e le condizioni del Paese di origine, qualora si prospetti un contesto tale da poter esporre a rischi apprezzabili la posizione del richiedente anche a causa della sua personale vulnerabilità. L'istituto della protezione umanitaria richiede, quindi, per sua natura, una interpretazione elastica, (in accordo con il suo carattere eminentemente atipico) e funzionale alla salvaguardia delle esigenze di flessibilità del sistema, esigenze che risultano fortemente ancorate da un lato all'importanza umana dei valori in gioco, dall'altro alle ovvie carenze insite nella pretesa del legislatore di disciplinare un settore così vitale, ed in rapida evoluzione, in termini di fattispecie astratta» (Corte d'Appello di Brescia, III sez., 26 agosto 2021, in *leggiditaliaprofessionale.it*).

della misura di protezione impeditiva dell'espulsione, erano i contesti “personali e situazionali”, non determinabili in astratto e meritevoli di tutela alla luce dei valori costituzionali⁴⁴.

La protezione speciale nella configurazione introdotta con il D.L. n. 130/2020, per il breve periodo in cui è stata in vigore, si è caratterizzata per la sua capacità di fornire tutela ai diritti umani nell'osservanza delle convenzioni internazionali, attraverso la rilevanza diretta attribuita al rispetto della vita privata e familiare, a differenza di quanto accadeva con la protezione umanitaria che prevedeva invece la comparazione tra le condizioni di vita del migrante nel Paese di provenienza e nel Paese ospitante⁴⁵.

Eliminata la protezione umanitaria, come forma di protezione residuale per motivi “umanitari”, da parte del Decreto “Salvini” (D.L. 4 ottobre 2018, n. 113), venne previsto il riconoscimento di casi speciali di permessi di soggiorno temporanei per esigenze di carattere umanitario. La disciplina restrittiva introdotta dal Decreto “Salvini” è stata poi modificata dal Decreto “Lamorgese” (D.L. 21 ottobre 2020, n. 130, conv. con modifiche nella l.n. 173/2020), che ha novellato l'art. 5, comma 6, del D.Lgs. n. 286/98 reinserendo il riferimento al “rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano”⁴⁶ e che ha introdotto una rilevante modifica all'art. 19 del d.lgs. n. 286/98, aggiungendo, al primo comma, due incisi a tutela delle categorie vulnerabili.

Nel primo inciso si disponeva il divieto del respingimento o dell'espulsione degli stranieri qualora vi fossero fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale potesse comportare una violazione del diritto al rispetto della loro vita privata e familiare, tenuto conto di esigenze di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica oppure di protezione della salute. Nel secondo inciso si valorizzavano, come parametro di valutazione del rischio, la natura e l'effettività dei vincoli familiari dell'interessato, il suo effettivo inserimento sociale in Italia, la durata del suo soggiorno nel territorio nazionale, l'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il Paese d'origine.

⁴⁴ Cfr. Corte d'Appello di Brescia, III sez., 26 agosto 2021 dove si legge: «Si tratta, in buona sostanza, di contesti personali e situazionali, difficilmente determinabili a priori, che pur non avendo intensità sufficiente ad emanciparsi nella previsione delle misure “maggiori”, (ovvero appaia dubbia la ricorrenza delle condizioni per l'applicazione in concreto delle predette misure), risultino tuttavia meritevoli di tutela, alla luce dei valori e dei principi costituzionali del nostro ordinamento».

⁴⁵ La giurisprudenza di legittimità in recenti sentenze, riguardanti la protezione speciale vigente *ratione temporis*, ha chiarito: «Si è poi osservato, quanto ai presupposti, che si tratta di una misura di protezione atipica legata al rispetto dei diritti umani e delle convenzioni internazionali e segnatamente alla CEDU, che ha contorni parzialmente diversi dalla precedente protezione umanitaria, soprattutto per quanto attiene alla rilevanza diretta e che quindi esula dal c.d. giudizio di comparazione, anche attenuato, che continua invece a caratterizzare (qualora le relative norme siano *ratione temporis* applicabili) la protezione umanitaria», Cass. civ., sez. I, 14 aprile 2023, n. 10008.

⁴⁶ L'originaria formulazione del comma 6 dell'art. 5 del d.lgs. n. 286/98 stabiliva che: «Il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati sulla base di convenzioni o accordi internazionali, resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti, salvo che ricorrano seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano». Il D.L. n. 89/2011, attuativo della Direttiva “Rimpatri” modificò la norma attribuendo al Questore il compito di rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari con le modalità previste dal regolamento di attuazione. Il Decreto “Salvini” eliminò dalla disposizione i riferimenti alle motivazioni di carattere umanitario e agli obblighi dello Stato italiano.

I due incisi sono stati espunti dall'art. 19 T.U. in occasione dell'adozione da parte del Governo di centro-destra del Decreto "Cutro", convertito con modifiche nella l. 5 maggio 2023, n.50⁴⁷.

Il potere amministrativo di espulsione, quindi, si confronta con i diritti umani e con la stessa dignità della persona. L'incidenza di esso nella sfera giuridica di soggetti vulnerabili, fragili e bisognosi di protezione, ma soprattutto la obbligatorietà della valutazione 'caso per caso', funzionale alla giuridica emersione di quella vulnerabilità, fragilità e di quel bisogno di emersione, mal si accorda con il carattere di vincolatezza del potere e con la logica dell'automatismo.

Risulta più coerente, persino con le finalità per le quali il potere di espulsione viene attribuito all'autorità amministrativa, riconoscere margini di apprezzamento della situazione di fatto, e non solo limitatamente ai profili della protezione familiare e dei minori, ma in modo più esteso, con l'utilizzo della modalità di valutazione delle condizioni personali e familiari "a parametri vincolati"⁴⁸.

La duplicità delle finalità perseguite dal legislatore attraverso l'espulsione e cioè per un verso la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza, per l'altro il controllo delle frontiere, suggerirebbe l'adozione di una configurazione differenziata del potere espulsivo, tenendo presente che l'espulsione non è lo strumento più efficace per garantire il controllo delle frontiere.

Esistono già nell'ordinamento forme di espulsione che hanno differenti configurazioni: l'una comminata dal Ministro, l'altra dal Prefetto; l'una fondata su valutazioni altamente discrezionali, l'altra conseguente all'accertamento dei presupposti previsti dalla norma; l'una affidata alla cognizione del giudice amministrativo, l'altra al giudice ordinario.

Una ulteriore diversificazione che tenendo conto dell'interesse pubblico perseguito proceda a modulare l'attivazione del potere in relazione alla situazione specifica e caratterizzante dell'immigrato, nonché a differenziare i modi della tutela sarebbe più coerente con i principi costituzionali e le norme sovranazionali e sarebbe anche più ragionevole tenendo conto degli interessi coinvolti.

3. Limiti 'espliciti' e limiti 'impliciti' al potere di espulsione tra modifiche legislative 'compulsive' e adozione della decisione amministrativa

In generale si deve osservare che il potere di espulsione ha sempre trovato limitazioni nei divieti previsti a tutela dei diritti fondamentali. La normativa italiana, infatti, sin dall'entrata in vigore del T.U. ha stabilito divieti di espulsione assoluti o temporanei, in favore

⁴⁷ Il DDL all'articolo 7 (intitolato "Protezione speciale"), nella prospettiva di una complessiva rivisitazione della disciplina della protezione speciale, prevede l'abrogazione del terzo e del quarto periodo dell'articolo 19, comma 1.1, del Testo Unico sull'immigrazione, concernente la specifica disciplina del divieto di respingimento ed espulsione di una persona in ragione del rispetto della sua vita privata e familiare. Conseguentemente, prevede l'abrogazione anche del quarto periodo del medesimo comma, che, ai fini della valutazione del presupposto citato, fa riferimento alla natura e all'effettività dei vincoli familiari dell'interessato, al suo effettivo inserimento sociale in Italia, alla durata del suo soggiorno nel territorio nazionale, nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il Paese di origine (v. testo DDL n. 591 in discussione al Senato, www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/Ddliter/testi/56756_testi.htm).

⁴⁸ Cass. civ., sez. I, 23 marzo 2023, n. 8400.

di determinati 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 provenienza⁴⁹. 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 italiana⁵⁰. In questi casi il divieto di espulsione è assoluto e risponde all'esigenza di tutelare coloro i quali si trovino in particolari condizioni di fragilità.

Va rammentato che, a prescindere dall'appartenenza alla categoria degli "inespellibili", vige un divieto di espulsione (e di respingimento) dello straniero verso quegli Stati in cui può essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. Inoltre, non è ammessa l'espulsione verso quegli Stati nei quali la persona rischia di essere sottoposta a tortura o trattamenti inumani e degradanti o qualora ricorra il rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali⁵¹. In questi casi i divieti di espulsione sono relativi e conseguono ad una valutazione sui gravi rischi all'incolumità dello straniero nello Stato di rimpatrio.

L'art. 19 del T.U. sull'immigrazione contiene quindi la elencazione dei limiti "espliciti" al potere di espulsione, riferibili a qualità soggettive, *status* e condizioni della persona straniera potenzialmente destinataria del provvedimento, che l'autorità procedente sarà tenuta a valutare prima di espellere il migrante e allontanarlo dal territorio nazionale⁵². Ai limiti espliciti vanno ad aggiungersi limiti 'impliciti' e cioè implicitamente ricavabili dal sistema di protezione dei diritti fondamentali, che spinge per la valutazione del caso concreto, imponendo, in ogni fattispecie sottoposta all'attenzione dell'autorità competente, il bilanciamento degli interessi in gioco e la valutazione delle condizioni dello straniero singolarmente considerate.

Per quanto la modifica al T.U. sull'immigrazione voluta dall'attuale maggioranza di Governo, è volta a restringere nuovamente e irrigidire fino ad eliminarlo l'ambito di apprezzamento discrezionale dell'organo competente alla decisione sull'espulsione del migrante irregolare, nell'esercizio del relativo potere l'autorità competente dovrà comunque adeguarsi al rispetto delle limitazioni vigenti e valutare ogni situazione prendendo in considerazione le condizioni che caratterizzano la singola vicenda, non potendo ammettersi violazione dei diritti umani, che possono configurarsi a causa dell'esercizio automatico e standardizzato dell'attività espulsiva.

Detto in altre parole di fronte alla tutela dei diritti fondamentali, andrebbe rivista persino la ricostruzione del decreto di espulsione come atto vincolato⁵³, soprattutto laddove

⁴⁹ V. art. 19 d. lgs. n. 286/1998.

⁵⁰ I divieti di espulsione non si estendono ai casi dovuti a motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, laddove il provvedimento è di competenza ministeriale.

⁵¹ Come noto 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).

⁵² Per completezza va ricordato anche il divieto di espulsione derivante dalla pendenza del procedimento conseguente alla presentazione dell'istanza di emersione di un rapporto di lavoro irregolare, ai sensi dell'art. 103, c. 17, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. con mod. nella l. 17 luglio 2020, n. 77.

⁵³ La predeterminazione delle modalità dell'azione da parte della legge comporta che gli spazi di scelta dell'amministrazione siano notevolmente compressi o ridotti, con la conseguenza che l'azione amministrativa

venga adottato in conseguenza delle violazioni specificate alle lett. a) e b) del comma 2 dell'art. 13 del Testo Unico, poiché anche in questi casi l'amministrazione non è esentata dall'esercitare una complessiva valutazione dell'intera vicenda umana portata alla sua attenzione.

Nella fattispecie delineata dalla norma (art. 13, comma 2, del TUI) i presupposti per l'emanazione del decreto di espulsione sembrerebbero sufficientemente determinati e la fattispecie astratta che definisce tali presupposti sembrerebbe univoca, tanto da considerare l'allontanamento dal territorio nazionale come effetto automatico dell'accertamento di quei presupposti di fatto⁵⁴.

Ma come evidenziato in precedenza, il potere di espulsione, in virtù sia dei vincoli derivanti dagli obblighi sovranazionali, sia in virtù dell'esigenza costituzionale di protezione dei diritti fondamentali, non può ricostruirsi come potere finalizzato all'emanazione di un "atto puramente costitutivo" dell'effetto giuridico cui tende, e cioè l'allontanamento dello straniero dal territorio nazionale, ma si connota come decisione amministrativa vera e propria, adottata previo apprezzamento (non solo accertamento) dei presupposti di fatto e previa ponderazione degli interessi (vari, complessi e contrapposti) coinvolti nella vicenda.

Per quanto il legislatore tenti di restringere i margini di apprezzamento dell'autorità competente nella prospettiva di rendere più efficiente e rigoroso il controllo delle frontiere⁵⁵, il potere amministrativo finalizzato all'espulsione dello straniero "irregolare", per essere compatibile con la Costituzione e con gli impegni presi a livello sovranazionale, deve presentare ambiti di valutazione del caso concreto e di bilanciamento dei contrapposti interessi, anche al solo fine di definire la sussunzione del caso nella fattispecie astratta delineata dalla norma⁵⁶.

D'altra parte se l'esercizio di tale potere è connotato da margini di apprezzamento quando è manifestamente collegato alla tutela dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza ed è esercitato in relazione alla valutazione di pericolosità sociale dell'individuo⁵⁷, a *fortiori*

venga "vincolata" in tutto o in parte. Tradizionalmente per atto vincolato si intende quello interamente prefigurato dall'ordinamento, nel quale non residua alcun margine di apprezzamento né nella qualificazione dei presupposti che legittima il potere, né in ordine al suo contenuto, v. A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 3 ss. In dottrina non v'è concordia sul significato di atto vincolato e di potere vincolato, ritenendosi che anche in tali casi l'esercizio del potere amministrativo sia necessario al fine del prodursi dell'effetto giuridico. Molti autori rinunciano all'idea di atto vincolato, ritenendo che in ogni attività amministrativa vi sia una volizione discrezionale o comunque un contenuto non prefigurato interamente dalla legge, v. L. R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017, p. 32.

⁵⁴ F. FOLLIERI, *Decisione e potere nell'atto amministrativo vincolato*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017, p. 111 ss., che illustra come nella dogmatica dell'atto vincolato, la qualificazione dei presupposti di esercizio del potere dipenda dalla univocità dei termini che costituiscono la fattispecie astratta, nella quale si assume lo stato delle cose; e la vincolatezza del momento dispositivo dipenda dalla sufficienza del nesso di condizionalità tra il verificarsi dei presupposti e gli effetti giuridici e dalla predeterminazione degli effetti giuridici in ogni loro aspetto, spec. p. 125.

⁵⁵ Ne sono prova sia l'intervento di soppressione della protezione umanitaria realizzato dal D.L. n. 113/2018, da cui successivamente è scaturita la protezione sussidiaria; sia l'intervento di soppressione della protezione sussidiaria realizzato dalla l.n. 50/2023.

⁵⁶ La fattispecie astratta non è costituita da concetti analitici o da concetti di misura, o da termini singolari: nel suo insieme è un concetto vago (indeterminato), suscettibile di interpretazione da parte dell'autorità amministrativa, si veda sempre F. FOLLIERI, *Op. cit.*, p. 128.

⁵⁷ V. Cass. civ., sez. I, ord.za 5 settembre 2022, n. 26096 che ribadisce che in materia di espulsioni la valutazione della sussistenza del requisito della pericolosità sociale dello straniero deve essere effettuata in concreto e con riferimento all'attualità. Secondo la giurisprudenza di legittimità, l'art. 4, co. 3, d.lgs. 286/98, che individua le

bisogna ritenere che il potere espulsivo possa essere connotato nello stesso senso in relazione alla violazione delle norme sull'ingresso e sul soggiorno quando l'interesse pubblico perseguito è costituito dal controllo delle frontiere⁵⁸.

In altre parole, l'autorità competente ha tutti gli strumenti per valutare singolarmente la fattispecie sottoposta al suo esame, evitare la violazione di diritti umani e garantire protezione alla dignità della persona, nel rispetto delle norme in materia di ingresso e soggiorno nel territorio dello Stato⁵⁹.

4. L'effettività della tutela giurisdizionale di fronte al riparto di giurisdizione

Nella trattazione sui diritti degli stranieri il tema della tutela giurisdizionale accordata dall'ordinamento risulta centrale⁶⁰. Il diritto fondamentale di difesa non ammette eccezioni anche nei confronti del *non-cittadino*, stante l'enunciazione dell'art. 24 Cost. (*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi*) che non lascia spazio ad interpretazioni restrittive del diritto alla tutela giurisdizionale⁶¹. Essa va, dunque, riconosciuta allo straniero

condanne penali ostative all'ingresso in Italia dei cittadini di Paesi terzi, non introduce una preclusione automatica al soggiorno in Italia, anche quando si è in presenza di condanne penali per i titoli di reato ostativi. Il bilanciamento tra l'interesse pubblico a vietare ingresso e soggiorno agli stranieri condannati per taluni reati con l'interesse alla salvaguardia dei diritti di cui è titolare lo straniero è sempre necessario in caso di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari, in caso di autorizzazione al soggiorno del familiare di minore straniero presente in Italia da parte del Tribunale minorile, in caso di coesione familiare, in caso di rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno al marito convivente col coniuge italiano. Cosicché il giudice deve compiere la sua valutazione in base ad un accertamento oggettivo (e non meramente soggettivo), estendendo il suo giudizio anche all'esame complessivo della personalità dello straniero, alla luce della condotta di vita e delle manifestazioni sociali in cui essa si estrinseca, verificando così in concreto l'attualità della pericolosità sociale.

⁵⁸ A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 817 e ss. sopr. p. 825 e ss.: «In massima parte la disciplina legale è invece caratterizzata da fattispecie aperte, che attribuiscono all'amministrazione il dovere di verificare la sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto delle decisioni attraverso un'attività di integrazione e completamento della regola formulata dal legislatore attraverso locuzioni "vaghe" ed "elastiche". Ed anche se l'attività integrativa della norma non implica «un'autonoma ponderazione di interessi retta da criteri di opportunità politico-amministrativa, posto che il bilanciamento è già stato compiuto dal legislatore nell'allocazione delle singole funzioni e delle connesse competenze», esiste un margine di incertezza della singola decisione che, però, non dipende dalla «politicità» della scelta con cui i funzionari amministrativi attuano le politiche migratorie poste dal legislatore, «ma dalla stessa complessità dell'attività conoscitiva e valutativa che contraddistingue la concretizzazione delle singole disposizioni di legge, a causa della loro stessa formulazione».

⁵⁹ Ha fatto scalpore la notizia rimbalzata sulle agenzie di stampa delle due sentenze emesse dal Consiglio di Stato olandese il 26 aprile 2023 che hanno impedito il ritorno in Italia di richiedenti asilo, a causa dell'incapacità delle autorità italiane di assicurare loro riparo, cibo, acqua corrente ovvero di garantire tutela ai loro diritti fondamentali, in www.raadvanstate.nl/talen/artike/english-version/state-secretary-blocked-from-returning.

⁶⁰ 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, nonché C. PANZERA, A. RAUTI, *Dizionario di diritto degli stranieri*, Napoli, 2020.

⁶¹ 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.

nella sua pienezza, non potendosi concedere 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 mosse⁶² per poter partecipare consapevolmente al procedimento giurisdizionale che si sta svolgendo⁶³.

Di fatto però il diritto alla difesa dello straniero patisce varie limitazioni, che influiscono negativamente anche sul godimento di altri diritti fondamentali, riducendone l’effettività⁶⁴.

Uno dei temi critici è quello del riparto di giurisdizione⁶⁵. La ripartizione della giurisdizione in materia di espulsione è così strutturata: 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 sui decreti di espulsione prefettizi è devoluta al giudice ordinario (comma 8, dell’art. 13)⁶⁶.

Al giudice amministrativo, inoltre, compete il sindacato su diniego, revoca, annullamento, rifiuto del rinnovo permesso di soggiorno, provvedimenti che, come si ricorderà, costituiscono anche il presupposto del decreto prefettizio di espulsione. Al giudice ordinario spetta la cognizione del diniego, mancato rinnovo o revoca del visto d’ingresso ove siano coinvolte esigenze di tutela dell’unità familiare, così come quella dei respingimenti. Al giudice ordinario è anche attribuito il potere di convalida della misura attuativa dell’espulsione e cioè dell’allontanamento coattivo disposto dal Questore.

Può accadere quindi che, a causa di un provvedimento di annullamento del titolo legittimante al soggiorno dello straniero sul territorio italiano, venga adottato dal Prefetto il decreto di espulsione, a cui seguiranno i provvedimenti finalizzati all’allontanamento dello straniero.

La giurisdizione sull’atto da cui trae origine la sequenza spetterà al giudice amministrativo, mentre gli altri provvedimenti saranno devoluti alla cognizione del giudice di pace. Quest’ultimo non può pronunciare provvedimenti in via cautelare e non può sospendere il giudizio in attesa della definizione del ricorso dinanzi al giudice amministrativo⁶⁷.

⁶² 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 libertà, né può essere privato l’interessato di ogni garanzia difensiva”.

⁶³ M.G. CIVININI, A. PROTO PISANI, G. SCARSELLI, *La tutela dei diritti dei cittadini extracomunitari*, in *Foro it.*, I, 2000, p. 3346.

⁶⁴ 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. SAITTA, 2009, p. 163; ma anche M. INTERLANDI nella monografia già citata.

⁶⁵ 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.*, 2017, 2, p. 534.

⁶⁶ La cognizione dell’a.g.o. sui provvedimenti di espulsione emanati dal prefetto risale alla 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.

⁶⁷ Le SS.UU. della Suprema Corte, con due note sentenze hanno escluso l’esistenza di una pregiudizialità amministrativa, evidenziando la diversità di oggetto dei due giudizi e la non ricostruibilità dell’accertamento contenuto nel giudizio 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. e cioè impedisce al giudice ordinario di sospendere

Si tratta dunque di procedimenti giurisdizionali che procedono su binari differenti e sono assoggettati ad una diversa tempistica, cosicché la definizione del giudizio sul decreto di espulsione o sulla sua esecuzione, avverrà molto prima, rispetto alla definizione del giudizio sul titolo legittimante al soggiorno.

Una costruzione della tutela giurisdizionale definita dalla dottrina “barocca”, “poco garantista”⁶⁸, “irrazionale”⁶⁹, ma ritenuta dalla Corte Costituzionale coerente con il quadro dei principi⁷⁰ e ragionevole, nella misura in cui gli strumenti processuali individuati dal legislatore nel legittimo esercizio della sua discrezionalità, corrispondano all’esigenza di rafforzare l’effettività, la tempestività e l’ampiezza della tutela giurisdizionale, specie se questa coinvolga i diritti della persona⁷¹. Alla luce di ciò la Corte ha scrutinato favorevolmente l’attribuzione delle controversie in materia espulsiva alla cognizione del giudice ordinario, in quanto giudice dei diritti. Il provvedimento di espulsione incide, infatti, sui diritti di libertà dello straniero (in particolare sul diritto alla libertà personale)⁷², e cioè su situazioni giuridiche inquadrate nella categoria dei diritti soggettivi.

Gli argomenti utilizzati dalla Corte sono sembrati poco persuasivi alla dottrina, soprattutto con riferimento alla maggiore efficacia della tutela accordata dal giudice ordinario in materia di diritti fondamentali⁷³.

La principale criticità riguarda la coesistenza e il collegamento tra i due procedimenti giurisdizionali: un tema su cui non v’è una posizione concorde, né in dottrina, né in

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.

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.

⁶⁸ A. PUGIOTTO, «*Purchè se ne vadano*», cit., p. 376.

⁶⁹ N. ZORZELLA, *L’irrazionalità del sistema giurisdizionale delineato nel testo unico sull’immigrazione*, in *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Atti del seminario tenutosi a Ferrara il 26 gennaio 2001, a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Torino, 2001, p. 203.

⁷⁰ Con ordinanza del 18 dicembre, n. 2001, n. 414 la Corte Costituzionale ha respinto la questione proposta dal T.A.R. 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. Ad avviso della Corte: “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”.

⁷¹ 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)”.

⁷² V. anche Corte Costituzionale, 22 giugno 2006, n. 240, che richiama l’ordinanza n. 414 del 2001.

⁷³ V. M. INTERLANDI, *Op. cit.*, 102.

giurisprudenza, e che fa emergere un concreto rischio di compromissione dell'effettività della tutela giurisdizionale⁷⁴.

Tale rischio in realtà potrebbe essere azzerato dalla previsione della sospensione del procedimento di espulsione, a seguito della impugnazione dei provvedimenti di diniego, revoca, annullamento, rifiuto del rinnovo permesso di soggiorno, poiché in tal caso, anche di fronte al mantenimento del riparto di giurisdizione stabilito, lo straniero non si troverebbe coinvolto in due giudizi autonomi, ma riferibili a fattispecie interdipendenti. Non è influente, infatti, che il venir meno del titolo legittimante al soggiorno sia il presupposto fattuale dell'attivazione del procedimento di espulsione ed è rilevante che pur se nella vicenda giudiziaria non vi sia pregiudizialità (tra il giudizio sulla legittimità dell'atto incidente sul titolo e il giudizio sull'espulsione), nella vicenda amministrativa questa "pregiudizialità" esiste e costituisce il presupposto legittimante dell'esercizio del potere di espulsione.

La dottrina, configurando un *vulnus* di tutela a carico dello straniero, proprio in relazione alla assenza di pregiudizialità ritiene, in tali casi, che il giudice ordinario possa far uso del potere di disapplicazione dell'atto amministrativo presupposto ed illegittimo⁷⁵. Deporrebbero in senso favorevole l'inciso interpretativo contenuto nell'ordinanza n. 414/2001 della Corte Costituzionale di rigetto della questione sollevata dal TAR Sicilia, sezione di Catania, in punto di concentrazione della giurisdizione⁷⁶, che così dichiara: «d'altro canto, dovendosi escludere l'esistenza di pregiudizialità amministrativa nella materia considerata, il soggetto privato avrebbe potuto trovare piena tutela contro il provvedimento di espulsione avanti al giudice ordinario, che avrebbe potuto esercitare un sindacato incidentale sul presupposto atto di rifiuto o di rinnovo di permesso di soggiorno (e disapplicarlo), con effetti di illegittimità derivata sull'atto oggetto della sua giurisdizione piena, ovviamente se ritualmente adita»; e la giurisprudenza della Corte di Cassazione che in qualche occasione avrebbe chiarito che «ben può il giudice adito, chiamato a pronunciarsi su ricorso proposto avverso un atto amministrativo che investa diritti soggettivi, sindacare in via incidentale l'atto che costituisca presupposto dell'atto impugnato, senza che ciò comporti il superamento dei limiti della sua giurisdizione»⁷⁷.

Per quanto sin qui osservato, allo scopo di garantire l'effettività della tutela nei casi di espulsione conseguenti al mancato diniego, revoca o mancato rinnovo del permesso di soggiorno, dovrebbe trovare un diverso assetto legislativo proprio il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, posto che, sia per la speditezza con cui il legislatore ha configurato l'espulsione e l'allontanamento dal territorio; sia per la mancanza di pregiudizialità tra l'uno e l'altro provvedimento, la distribuzione frammentata della giurisdizione si traduce in un evidente *vulnus* di tutela.

5. Conclusioni

⁷⁴ G. TROPEA, *Homo sacer?*, cit., p. 200 ss.

⁷⁵ F. MARTINES, *La tutela procedimentale e giurisdizionale del migrante in Italia*, in questa *Rivista*, 2019, p. 240.

⁷⁶ La vicenda trae origine dall'impugnativa del diniego del permesso di soggiorno emanato dal Questore dinanzi al giudice amministrativo, seguito dall'impugnativa con motivi aggiunti al ricorso del decreto di espulsione prefettizia emanato sulla base dell'atto previamente impugnato. La Corte Costituzionale, adita in via incidentale, con l'ordinanza 18 dicembre 2001, n. 414, ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione, dichiarando la ragionevolezza della scelta discrezionale del legislatore stante la diversità di provvedimenti affidati alle differenti giurisdizioni.

⁷⁷ Cass. civ. SS.UU., 18 ottobre 2005, n. 20125.

La misura espulsiva non si presta ad essere utilizzata come strumento di controllo di flussi migratori indesiderati. Essa è sempre stata misura concepita per garantire l'ordine pubblico e la sicurezza da minacce provenienti da singoli individui. E' uno degli istituti caratterizzanti il 'diritto dell'eccezione', funzionale alla protezione della sicurezza dentro i confini dello Stato⁷⁸.

Il contrasto all'immigrazione 'clandestina', per essere efficacemente realizzato, necessita di una strumentazione più complessa e completa e di un approccio globale, condiviso con gli Stati dell'Unione, che rafforzi l'apertura di canali di ingresso legali, favorendo la realizzazione di corridoi umanitari e consentendo il sicuro ingresso dei migranti, rifugiati e richiedenti asilo e la rapida valutazione delle domande di protezione internazionale assistite da garanzie legali e giurisdizionali.

In questo scritto si è cercato di evidenziare come il rigore e l'automaticità con cui il legislatore ha voluto connotare il potere espulsivo, piegandolo all'esigenza di contrastare l'immigrazione irregolare e controllare i flussi, vengano comunque attenuati dalla necessità di garantire protezione ai diritti inviolabili della persona indipendentemente dal suo *status* di cittadino⁷⁹ e come, in virtù della presenza di tale esigenza di protezione, la stessa ricostruzione del potere espulsivo come potere amministrativo vincolato andrebbe ripensata.

La condizione dello straniero che sia privo del visto d'ingresso o del permesso di soggiorno e che non ha i requisiti per accedere alla protezione internazionale, è certamente diversa da quella dello straniero sottoposto a misure di sicurezza o di prevenzione e come tale andrebbe trattata dal legislatore, che potrebbe diversificare i procedimenti di rimpatrio dell'uno e dell'altro, destinando la misura espulsiva alla finalità di salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza.

Il controllo delle frontiere dovrebbe, invece, essere perseguito con altri mezzi che sicuramente si rivelerebbero più efficaci rispetto all'espulsione ovvero attraverso procedure organizzate di riconduzione assistita dei migranti nel loro paese d'origine principalmente su base volontaria, con modalità rispettose dei loro diritti e della loro dignità⁸⁰.

In altre parole, dovrebbero essere diversamente disciplinati i casi di espulsione elencati nelle lett. a) e b) del secondo comma dell'art. 13 del T.U. sull'immigrazione rispetto ai casi di cui alla lett. c). Sono questi casi di 'irregolarità' amministrativa che dovrebbero avere un trattamento differente da quello riservato ai casi in cui si paventino minacce per l'ordine pubblico o per la sicurezza.

Le circostanze elencate sub lett. a) e b), oltre che diverse da quelle contenute nella lett. c) della medesima disposizione, sono pure diverse tra di loro e meriterebbero di essere disciplinate in modo differente, perché attengono a situazioni di fatto caratterizzate da una notevole diversità.

⁷⁸ G. TROPEA, *Homo sacer?*, cit., p. 166 ss.

⁷⁹ 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.*, 2017, 3, p. 529.

⁸⁰ Come stabilito nella Dichiarazione di Parigi dell'agosto 2017, sottoscritta tra i capi di Stato e di governo di Francia, Germania, Italia e Spagna, l'Alta Rappresentante/Vice Presidente dell'UE per gli affari esteri e la politica di sicurezza ed i capi di Stato e di governo del Ciad e del Niger e il Presidente del Consiglio Presidenziale libico.

Lo straniero che entra nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera senza essere respinto, si trova in una condizione diversa da colui che non ha richiesto la proroga del permesso di soggiorno nel termine prescritto o non ha provveduto al rinnovo. Lo straniero al quale è stato rifiutato il permesso di soggiorno si trova in una condizione diversa da colui che non ha provveduto alla comunicazione di cui all'art. 27, comma 1-bis del T.U. sull'immigrazione.

In quest'ottica anche la distribuzione della giurisdizione potrebbe essere modificata, garantendo maggior effettività alla tutela giurisdizionale, come del resto argomentato in numerosissime occasioni dalla dottrina⁸¹.

La giurisprudenza si è sforzata di conformare l'interpretazione e l'applicazione delle norme che disciplinano le condizioni di ingresso e di soggiorno ai principi costituzionali e internazionali vigenti in materia, supplendo alle carenze della disciplina legale e indirizzando l'attività amministrativa. Ciò che emerge dalla complessiva lettura del quadro generale sopra delineato è che il potere amministrativo in tema di condizione giuridica dello straniero e di immigrazione non può prescindere da un'adeguata valutazione degli interessi e dei valori coinvolti nella vicenda amministrativa sottoposta. Si concorda, infatti, con quanto osservato da acutissima dottrina che ha rilevato come in alcuni casi lo straniero goda di una protezione giuridica particolarmente resistente alle ragioni di pubblico interesse perseguite dall'amministrazione⁸².

ABSTRACT: *Border control and expulsion of irregular migrants*

The Italian legal system rules that the administrative expulsion of irregular migrants to be an 'automatic' consequence of the fulfilment of certain factual presuppositions and is carried out with equally automatic and accelerated implementation measures.

Although expulsion procedures aim to protect public order and security as well as implement border control, often these procedures violate the supreme principles of the legal system through the rules governing the expulsion of irregular migrants, the removal methods implemented and the legal protection of irregular migrants in the related proceedings. This has caused a crisis of the "genome of the Italian Constitution".

The doctrine has shown how legal modalities and enforcement contradict the principles of the international legal order and ultimately contradict the Italian constitutional system, insofar as they remove the areas of assessment and intervention powers from judicial

⁸¹ A. PUGIOTTO, «Purchè se ne vadano», cit., p. 373; G. TROPEA, *Homo sacer?*, cit., p. 901; M. INTERLANDI, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, p. 61 ss., C. FELIZIANI, *Giustizia amministrativa ed immigrazione. A proposito di alcuni nodi irrisolti*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2019, p. 277.

⁸² M. INTERLANDI, *Potere amministrativo e principio di proporzionalità nella prospettiva dell'effettività delle tutele della persona immigrata*, in *dirittifondamenti.it*, 14 marzo 2018, p. 19.

review, entrusting the removal of the irregular migrant from the territory of the State to the so-called 'automatisms'.

This paper examines the current legislation that has led to the implementation of expulsion practices. Following this, the expulsions carried out by administrative prefectures are examined, with the objective of explaining how the legislative limits to the expulsion power mitigate the expulsion automatism and affect the connotation of that power.

Finally, conclusions will be offered about some critical issues in the judicial protection of irregular migrants.



LETIZIA SALVO*

IMPLEMENTATION AND LIMITS OF DIRECTIVE 55/2001/EC IN FAVOR OF UKRAINIAN DISPLACED PERSONS

SUMMARY: 1. The European Union's competences on immigration and asylum. - 1.1. International protection in the Common System of the Union. - 1.2. The innovative approach of the New Pact on Migration and Asylum. - 2. The reception of displaced Ukrainians in the European Union. - 3. The application of Decision (EU) 2022/382 and its limits. - 4. Conclusions.

1. *The European Union's competences on immigration and asylum*

With the adoption of the Lisbon Treaty in 2007, in force since 2009, the Union's competences in the field of immigration and asylum have been strengthened. Indeed, the TEU¹ recalls the Union's role in offering «*its citizens an area of freedom, security and justice without internal borders, in which the free movement of persons is ensured in conjunction with appropriate measures with respect to external border controls, asylum, immigration, crime prevention and the fight against crime*».

In furtherance of this objective, Title V of the TFEU regulates policies on border controls, asylum and immigration, judicial cooperation in civil matters, judicial cooperation in criminal matters and police cooperation².

With a view to establishing an area of freedom, security and justice, while respecting fundamental rights and taking into account the legal orders of the different legal traditions of the Member States, the objectives set out in Article 67 TFEU require the Union to ensure the absence of controls on persons at internal borders and to develop a common policy on asylum, immigration and external border control that is based on solidarity between Member States and fair towards third-country nationals and stateless persons. The level of security guaranteed must be high and include measures of coordination and cooperation between police, judicial and other competent authorities, as well as through mutual

* PhD Candidate in Political Sciences, research in European Union Law at University of Messina.

¹ Article 3 par. 2 TEU.

² European Parliament, Thematic notes on the European Union, *An area of freedom, security and justice*, June 2022.

recognition of criminal judicial decisions and, if necessary, approximation of criminal legislation³.

Connected to these common policies are those related to immigration, which are developed through internal EU legislation and through interventions at the international level, such as political dialogue, partnerships, cooperation or international agreements between EU member States and third countries of origin or transit of foreigners. Specifically, Articles 77, 78⁴ and 79 TFEU regulate border control, the granting of an appropriate status to third-country nationals in need of international protection within the framework of the Common European Asylum System, the regulation of so-called legal immigration, the fight against illegal immigration and human trafficking.

In consolidating and strengthening these policies, the important provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union⁵ also intervene, such as Article 15 par.3, which deals with foreigners, recognising them, when working in the territory of the member States, working conditions equivalent to those of EU citizens. Furthermore, Article 21 of the Charter prohibits any form of discrimination in the application of the Treaties.⁶

As has been observed⁷, therefore, the Charter of Fundamental Rights «projects the citizen of each member State beyond its national borders», but also welcomes those who do not belong to the States of the European Union.

³ Article 67 (ex Article 61 TEC and ex Article 29 TEU) Consolidated version of the *Treaty on the Functioning of the European Union* - Part Three: *Union policies and internal actions* - Title V: *Area of Freedom, Security and Justice* - Chapter 1: *General provisions*, in eur-lex.europa.eu.

⁴ Article 78 TFEU, ex Articles 63, pt. 1 and 2 and Article 64 par. 2 TEC.

⁵ For the purposes of the use of the Union's competences, it is useful to mention Article 289 par. 1 TFEU, which provides that on a proposal from the Commission, the European Parliament and the Council shall use the ordinary legislative procedure for the joint adoption of a regulation, directive or decision. The same procedure is set out in Article 294 TFEU. Also relevant to legislative action are the fundamental rights declared by the Charter in Article 6 par. 1 TEU, which are often used to fill in gaps in secondary legislation and to interpret restrictively provisions that allow member States to exempt certain foreigners from the enjoyment of fundamental guarantees. This article states that The Union recognises the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 7 December 2000, as adapted on 12 December 2007 in Strasbourg, which shall have the same legal value as the Treaties. In Article 51, the Charter extends its application to the institutions, bodies, offices and agencies of the Union with due regard for the principle of subsidiarity and to the Member States only when they are implementing Union law. They shall therefore respect the rights, observe the principles and promote the application thereof in accordance with their respective powers and in compliance with the limits of the competences conferred upon the Union in the Treaties, although specifying in the second paragraph that this provision does not extend the scope of Union law beyond its competences. As Anna Pitrone has observed, in the light of this interpretative evolution, national rules affecting matters regulated at European level represent an implementation, albeit direct, of EU law and can therefore be submitted to the Court for examination as to their conformity with the Charter and the protection of fundamental rights. In other words, the coincidence of the subject-matter of the national provisions with the subject-matter of the European provisions, or the coincidence of the aim pursued by the latter, is sufficient for the necessary link for the Charter to be applicable. A. PITRONE, *Regimi speciali in materia di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi nell'Unione europea*, Napoli, 2018, p. 48 ss.

⁶ Consider also Article 20 of the Charter of Fundamental Rights, as the Explanations specify the correspondence to the general principle of equality, in which the same treatment must be guaranteed for similar situations, recognised in all European constitutions and enshrined in the Judgment of the Court of Justice of 8 October 1980, Case C- 810/79, *Peter Überschär v. Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*, in ECLI:EU:C:1980:228.

⁷ E. TRIGGIANI, *Le regole per la costruzione di una società integrata*, in ID. (ed.), *Europe and the Mediterranean. Le regole per la costruzione di una società integrata*, in *Atti del XIV Convegno della SIDI, Bari, 18-19 giugno 2009*, Napoli, 2010, p. 95 ff.

1.1 International protection in the Common System of the Union

As governed by Articles 67 par. 2 and 78 par. 3 TFEU, the Union envisages the development of a common international protection system aimed at offering an appropriate status to any third-country national in need, provided the prerogative of compliance with the Geneva Convention of 28 July 1951 relating to the Status of Refugees and its Additional Protocol⁸ is respected, such a system must guarantee a high level of protection and respect for the principle of non-refoulement⁹. Furthermore, the Union's policies must be governed by the principle of solidarity and fair sharing of responsibility between the member States, including in financial terms, through appropriate measures¹⁰.

To date, several acts making up the Common European Asylum System have been adopted¹¹; among them: Directive 2011/95/EU (the so-called Qualification Directive)¹², which aims both to ensure that member States use shared criteria through the approximation of legislation on the essential conditions of refugee status and subsidiary protection status, in order to identify individuals who are genuinely in need of international protection, and to ensure a minimum level of services available to them in all member States.

Similarly, member States should be able to support more favourable provisions than the rules laid down in the directive for third-country nationals or stateless persons seeking international protection from a member State, while respecting fundamental rights and complying with the principles recognised in particular in the Charter of Fundamental Rights of the European Union¹³, in particular in guaranteeing full respect for human dignity, the right to asylum of asylum seekers and their accompanying family members. Directive 2013/32/EU (the so-called Asylum Procedures Directive)¹⁴ applies to applications for international protection lodged on the territory, at the border, in territorial waters or in transit zones of member States, as well as to procedures for withdrawing international protection.

⁸ Protocol relating to the Status of Refugees adopted in New York on 31 January 1967, entered into force on 4 October 1967 and made executive in Italy by Law No. 95 of 14/02/1970 (G.U. No. 79 of 28/03/1970).

⁹ The principle of non-refoulement, Article 33 of the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees, states that: «No Contracting State shall expel or return, in any manner whatsoever, a refugee to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a social group or political opinion». The prohibition of forced repatriation is widely accepted as part of customary international law and is therefore respected even by states that are not parties to the 1951 Refugee Convention.

¹⁰ Article 80 TFEU.

¹¹ Known as SECA or CEAS (Common European Asylum System).

¹² Directive 2011/95/EU (so-called *Qualification Directive*) of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast), in *Official Journal of the European Union*, No L 337 of 20 December 2011, p. 9.

¹³ In particular to promote the application of Articles 1, 7, 11, 14, 15, 16, 18, 21, 24, 34 and 35 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

¹⁴ Directive 2013/32/EU (so-called *Procedures Directive*), of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection status (recast), in *Official Journal of the European Union*, No. L 180 of 29 June 2013, p.60.

Dir. 2013/33/EU (the so-called Reception Directive)¹⁵, lays down rules on the reception of applicants for international protection and is therefore applicable to all third-country nationals and stateless persons applying for international protection in the territory of a member State, provided they are allowed to stay there as applicants; it is also applicable to family members, if they are included in the application for international protection under national law. This directive does not apply in the event of the application of the provisions of Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof. The purpose of the latter directive¹⁶ is to lay down minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons from third countries who are unable to return to their country of origin, and to promote a balance of efforts between the member States in receiving displaced persons and bearing the consequences of receiving them.

All the directives mentioned here play an important role, since they are placed as instruments implementing the Geneva Convention, which constitutes the «cornerstone of the international legal framework for the protection of refugees»¹⁷. Although transposed through different national provisions within each member State, they give effect in EU law to the rules on refugees laid down in this Convention. This implies that the directives cited must be interpreted in accordance with the provisions of the Convention itself¹⁸. The CEAS is then complemented by two regulations: Regulation (EU) No. 604/2013¹⁹ which establishes 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 Regulation (EU) No. 603/2013²⁰, which establishes Eurodac, a central system useful for comparing fingerprints. Operational measures are instead regulated by the recent Reg. (EU) 2021/2303²¹ establishing the European Union Asylum Agency.

The Agency participates in the function of guaranteeing the effective and uniform application of Union asylum legislation in the member States, in full respect of fundamental rights, by ensuring that assessments of applications for international protection in the Union are convergent and by coordinating and strengthening practical cooperation and the exchange of information. Article 14 of the same regulation presents a monitoring mechanism for the Agency, which can improve the functioning of the CEAS especially in

¹⁵ Directive 2013/33/EU (so-called *Reception Directive*) of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down *standards for the reception of applicants for international protection (recast)*, in *Official Journal of the European Union* No. L 180 of 29 June 2013, p. 96.

¹⁶ Council Directive 2001/55/EC (the so-called *Displaced Persons Directive*) of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof, in *Official Journal of the European Union* L 212 of 7 August 2001, p. 12.

¹⁷ Recital 4 of dir. 2011/95.

¹⁸ S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione Europea*, Torino, 2019, p. 54.

¹⁹ Regulation (EU) No. 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 in *Official Journal of the European Union* No. L 180 of 29 June 2013, p.31 (so-called *Dublin III Reg.*).

²⁰ Regulation (EU) No 603/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 in *Official Journal of the European Union* No. L 180 of 29 June 2013, p. 1.

²¹ Regulation (EU) 2021/2303 of the European Parliament and of the Council of 15 December 2021 on the European Union Asylum Agency and repealing Regulation (EU) No 439/2010.

cases where member States' asylum and reception systems are under disproportionate pressure. In addition to its technical and practical support and in the fulfilment of its mandate, the Agency is a specialised centre by virtue of its independence and the scientific and technical quality of the assistance it provides and the information it collects and disseminates, the transparency of its procedures and the way it operates²².

Finally, Reg. No. 516/2014²³ establishes the Asylum, Migration and Integration Fund, so called FAMI, aimed at improving solidarity and responsibility management between the member States "most exposed to migration and asylum flows."²⁴ Furthermore, this regulation establishes the objectives of financial support and their distribution for the activities of the European Migration Network, the eligible actions and their general implementation framework, the principles and the mechanism for setting common EU resettlement priorities.

1.2 *The innovative approach of the New Pact on Migration and Asylum*

Past events relevant to migratory flows have shown an inefficiency of European legislation or its transposition by member States. The substantial diversity of reception arrangements still poses a challenge for member States, some called upon to manage the phenomenon at external borders, others trying to monitor the unauthorised movement of migrants on their territory, still others dealing with arrivals by land and sea or the problem of overcrowding in reception centres. The need to reform the Union's asylum rules is therefore a normal consequence of the uneven treatment of asylum seekers in EU member States, as well as of significant differences in positive asylum decisions between countries.

For these reasons, the Commission has proposed a package of reforms to the common asylum system²⁵ contained in the New Pact, with the aim of enabling the creation of a system that allows for the management and normalisation of migration in the long term, underpinned by European values and international law.

It is thus necessary to establish a new European framework that can provide an adequate response to today's crises by restoring dignity and protection to those who flee their countries and reach the territory of the Union, and it is also necessary to strike a balance that provides for a proportionate solidarity contribution from the States. In fact, the pact envisages the establishment of a shared management system of the external borders, with checks on the identity, health and safety of migrants, a core set of rules to streamline and coordinate asylum and return procedures, and a solidarity mechanism in response to migratory pressure. The establishment of European governance would ensure better management of asylum and migration policies, allowing for the creation of beneficial partnerships of the European Union with third countries from which the largest migration flows depart and transit. This would require joint action without implementation gaps, aiming at promoting legal and safe channels for those in need of protection and including

²² Article 1 reg. cit., p. 11 f.

²³ Regulation (EU) No. 516/2014 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 in Official Journal of the European Union No. L 150 of 20 May 2014, p. 1 ff.

²⁴ Art. 3 par. 2 lett. a).

²⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *A new pact on migration and asylum*, COM (2020) 609 final, Brussels, 23/09/2020.

an interdependence of member States to ensure 'full, transparent and coherent' implementation²⁶ ".

On 29 September 2021, one year later, the Commission presented a report on the adoption of the New Pact on Migration and Asylum²⁷, also proposing a renewed EU Action Plan²⁸ against smuggling of migrants and a Communication on the implementation of the EU Employer Sanctions Directive²⁹. In addition to the intention to develop a common, orderly and sustainable approach to migration that emerged from the New Pact, this latest Communication³⁰ also aims to reduce irregular migration by preventing the organised exploitation of migrants.

The report takes into account the slow progress in the negotiations on the pact, proposing improved measures to be used in order to achieve the planned objectives, taking stock of the impact suffered by the pandemic and including the strengthening of the role of European agencies in providing both financial support and support for unauthorised movement within the EU, while also noting progress on integration and inclusion.

2. The reception of displaced Ukrainians in the European Union

24 February 2022 is the symbolic date of the beginning of the "unprovoked and unjustified"³¹ invasion of the Russian Federation into Ukraine, an act strongly condemned by the European Council³² for its blatant violation of international law and the principles of the United Nations Charter, calling it to account for its grave actions for the destruction caused and the loss of human lives that will result. The aggression, which is still ongoing, has undermined European and global security and stability in a scenario already weakened by the Covid-19 pandemic crisis, causing some six million refugees to flee Ukrainian territory³³. The severe humanitarian crisis prompted the European Union to seek timely and effective solutions to support Ukraine and its citizens.

In this respect, on 4 March 2022, the Council of the European Union, through the adoption of Decision (EU) 2022/382³⁴, implemented for the first time Directive

²⁶ COM (2020) 609 final of 23/09/2020, cited above, p. 2.

²⁷ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the Report on Migration and Asylum, COM (2021) 590 final, Brussels, 29/09/2021, which on its implementation takes into account the preparation of a roadmap detailing the essential steps for its achievement. The latest version of the roadmap is contained in Annex 1 of the aforementioned Communication COM (2021) 590 final, Brussels, 29/09/2021.

²⁸ European Commission, *A renewed EU action plan against migrant smuggling (2021-2025)* – COM (2021) 591, Brussels, 29/09/2021.

²⁹ European Commission, *Minimum standards on sanctions and measures against employers of illegally staying third-country nationals*, COM-2021-592, Brussels, 29/09/2021.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Recital 3 of Decision (EU) 2022/382.

³² EUCO 18/22, European Council Conclusions on Russia's unprovoked and unjustified military aggression against Ukraine of 24 February 2022.

³³ UNHCR, Operational Data Portal on Ukraine Refugee situation on August 2022.

³⁴ Council Implementing Decision (EU) 2022/382 determining the existence of a mass influx of displaced persons from Ukraine pursuant to Article 5 of Directive 2001/55/EC and resulting in the introduction of temporary protection, in *Official Journal of the European Union* No. L 71/1 of 4 March 2022.

2001/55/EC³⁵ on temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof.

Many observe that in the past there has been no shortage of requests, later rejected, for the activation of Directive 2001/55/EC³⁶, from the hostilities that broke out in North African countries to the mass displacements of the so-called Arab Spring in 2011, migratory phenomena that, as noted³⁷, particularly affected Italy³⁸, which adopted temporary protection measures in the absence of EU intervention. Another example is that of the so-called migrant crisis of 2015 - 2016, which saw thousands of people fleeing the conflict in Syria flow into Turkey, Greece and Italy, contributing to exacerbate the shortcomings of a system that put the very principles of solidarity, reception and protection of migrants out of balance. Not least in view of these past examples³⁹, the failure to implement Directive 2001/55/EC due to the lack of the necessary political consensus among member States led the Commission to envisage, in the New Pact on Migration and Asylum, its repeal and the adoption of a new control framework focused on 'immediate protection' to protect the EU's external borders⁴⁰.

As a result of the above, and on the basis of the provisions of Implementing Decision (EU) 2022/382 of 4 March 2022 establishing the existence of a mass influx of displaced persons from Ukraine within the meaning of Article 5 of Directive 2001/55/EC and giving effect to the introduction of immediate temporary protection, it is possible to highlight two main reasons that prompted the Council, acting on a proposal from the Commission, to trigger the activation of the Directive more than two decades after its adoption. Firstly, consideration of the disproportionate number of displaced persons, estimated⁴¹ on 4 March at between 2.5 and 6.5 million as a result of the armed conflict and which had already reached two million within the first week of the start of the Russian military invasion of Ukraine; secondly, the application of Directive 2001/55/EC would have given an advantage to the member States, given that the rights accompanying this

³⁵ Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof, in *Official Journal of the European Union* No. E L 212 of 7 August 2001, p. 12 ff.

³⁶ M. DE FILIPPO, M.A. ACOSTA SANCHEZ, *La protezione temporanea, da oggetto misterioso a realtà operativa: aspetti positivi, criticità, prospettive*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, p. 926 ff.

³⁷ B. NASCIBENE, *Situazioni di crisi e protezione internazionale. Quale ruolo per il diritto dell'Unione europea*, in *AISDUE Posts*, IV (2022), aisdue.eu, Articles Section, no. 9. 29 October 2022, AISDUE Notebooks.

³⁸ With the Prime Ministerial Decree of 12 May 1999, the Italian government adopted temporary protection measures for refugees from war zones in the Balkans. The Prime Ministerial Decree of 5 April 2011, adopted temporary protection measures for foreign citizens who had fled from North African countries. The legal basis for these measures is Article 20 of Legislative Decree No. 286 of 25 July 1998 (T.U. of the provisions concerning the discipline of immigration and rules on the condition of foreigners).

³⁹ See M. INELI - CIGER, *Time to Activate the Temporary Protection Directive, Why the Directive can Play a Key Role in Solving the Migration Crisis in Europe*, in *European Journal of Migration and Law*, 2016, p. 1 ff.

⁴⁰ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on crisis and force majeure situations in the area of migration and asylum, Doc. COM (2020) 613 final, 25 September 2020, on which see below, par. 6.

⁴¹ Recital 6, Decision (EU) 2022/382.

protection limit the need for displaced persons to seek international protection immediately, thus avoiding a possible overloading of the member States' asylum systems⁴².

3. *The application of Decision (EU) 2022/382 and its limits*

At this point, it is necessary to draw attention to certain limitations of Implementing Decision (EU) 2022/382, which - while providing for the implementation of Directive 2001/55/EC in accordance with the modalities autonomously foreseen in the domestic laws of the States - contains limitations first of all with reference to its subjective scope. In wishing to encompass the commitment of all the States involved to guarantee the temporary protection of individuals who have fled Ukraine, the Commission and the Council have delineated a differentiated protection regime *ratione personae*. This state discretion in the scope of application poses critical issues.

Under the terms of the Implementing Decision, member States grant temporary protection to the following categories of displaced persons⁴³: a) Ukrainian nationals residing in Ukraine on 24 February 2022; b) stateless persons and nationals of third countries other than Ukraine, who were enjoying international or equivalent national protection in Ukraine before 24 February 2022; c) family members of the persons referred to in (a) and (b), as referred to in para. 4, provided that the family was already reunited and residing in Ukraine on 24 February 2022. Article 1(2) then leaves it to the member States to decide whether to grant those permanently residing in Ukraine - stateless persons and nationals of third countries other than Ukraine who were lawfully residing there before 24 February 2022 on the basis of a permanent residence permit, if unable to return under safe and stable conditions to their country of origin - temporary protection or an appropriate form of national protection, apparently excluding their family members without such a permit. Para. 3 of the same article recognises the "possibility" for member states to apply the decision also to other persons who were legally residing in Ukraine and cannot return to their country or region of origin, including persons who were in Ukraine for study or work purposes⁴⁴ at the time of the invasion. Also as a discretionary measure, the decision gives member States the possibility to admit displaced persons who had fled Ukraine not long before the invasion, or who were on holiday on the territory of the Union and unable to return to Ukraine⁴⁵.

⁴² Recital 16, Decision (EU) 2022/382. In the same: «In addition, Ukrainian nationals, as visa-free travellers, have the right, after being admitted to the territory, to move freely within the Union for a period of 90 days. On this basis, they can choose the Member State where they wish to enjoy temporary protection rights and join family and friends through the important diaspora networks that currently exist throughout the Union. This will facilitate in practice the balancing of efforts between Member States, thus reducing the pressure on national reception systems. Once a Member State has issued a residence permit in accordance with Directive 2001/55/EC, the person enjoying temporary protection, while having the right to travel within the Union for 90 days within a 180-day period, should only be able to avail himself or herself of the rights deriving from temporary protection in the Member State which issued the residence permit. This should not affect the possibility for a Member State to decide to issue a residence permit at any time to persons enjoying temporary protection under this Decision».

⁴³ Art. 1 par. 1 Decision (EU) 2022/382.

⁴⁴ Recital 13 Decision (EU) 2022/382.

⁴⁵ Recital 14 Decision (EU) 2022/382.

Returning to Directive 2001/55/EC, Article 5 par. 2 lett. a) and par. 3 lett. a) require a description of the specific groups of persons to whom temporary protection applies.

However, while taking account of different situations, the provisions of the directive appear to refer only to Ukrainian nationals, thus excluding other individuals who, regardless of nationality, are lawfully resident in Ukraine to whom the member States may decide whether to grant temporary protection or another type of protection. Moreover, the terms 'country of origin' and 'region of origin' are not specified in the directive⁴⁶, leaving it to the Council to extend protection to other persons whose displacement originates from a given country, regardless of their nationality or habitual residence.

As has been noted⁴⁷, in confirmation of this, Article 2 par. 1 of Decision (EU) 2022/382 equates displaced Ukrainian nationals with displaced persons who are "beneficiaries of international protection in Ukraine" and displaced "family members", who are evidently not Ukrainian nationals. In the implementing decision, the notion is attributed to the country of citizenship or habitual residence of the displaced persons⁴⁸, referring to temporary or nationally appropriate protection for "permanent residents", and any other form of protection for "other displaced persons"⁴⁹, both only in the impossibility of a safe return to their country or region of origin. Recital 13 of the decision similarly supports the admission of displaced persons into the EU on humanitarian grounds in order to guarantee them safe passage to return to their country or region of origin. In these cases⁵⁰, to understand the country of origin as the country of displacement and not as the country of citizenship or habitual residence would deprive the provisions of meaning, both because all displaced persons have left a country (Ukraine) to which it is not possible to return because of the ongoing war, and because to equate the country of origin with Ukraine would be senseless and dangerous. Confirmation of this observation is reiterated in the Commission document "Operational guidelines for the management of the external borders in order to facilitate the crossing of the European Union-Ukraine borders"⁵¹, in which by country of origin, no reference is made to the country of displacement if it is different from the country of citizenship or habitual residence.

As argued in the doctrine⁵², those who could benefit from international protection are granted temporary protection, permanent residents could instead be granted 'adequate' national protection and only if they are unable to return to their country of origin, not to mention the fact that for family members of the latter, there is no support provided. One also wonders why the protection of non-permanent resident displaced persons is subject to the discretion of member States and only if there are no obstacles to their return. Given the serious humanitarian crisis, solidarity should instead be shown in consideration of all displaced persons from Ukraine eligible for the same form of protection. The limitation of Decision (EU) 2022/382 thus appears to be that of making a distinction between 'displaced

⁴⁶ S. PEERS, *Temporary Protection for Ukrainians in the EU? Q and A*, in *European Union Law Analysis*, supra, 4 March 2022.

⁴⁷ G. MORGESE, *L'attivazione della protezione temporanea per gli sfollati provenienti dall'Ucraina: Old but Gold?*, in *AISDUE, il Blog di Aisdue BlogDUE*, aisdue.eu, Bari, 9 marzo 2022.

⁴⁸ Art.2 par. 2 Decision (EU) 2022/382.

⁴⁹ Art.2 par. 3 Decision (EU) 2022/382.

⁵⁰ G. MORGESE, *L'attivazione della protezione temporanea per gli sfollati provenienti dall'Ucraina: Old but Gold?* cit., p.3.

⁵¹ Document approved on the same day as Implementing Decision (EU) 2022/382, entitled Communication from the Commission Operational guidelines for the management of external borders in order to facilitate the crossing of EU borders - Ukraine 2022/C 104 I/01 in the *Official Journal of the European Union* of 04/03/2022.

⁵² G. MORGESE, *L'attivazione della protezione temporanea per gli sfollati provenienti dall'Ucraina: Old but Gold?* cit., p. 4.

persons and displaced persons⁵³, failing to give due consideration to those, often the most defenceless, who, not being Ukrainian nationals but having resided on the same territory until 24 February 2022, are not eligible for State protection. In the final analysis, it should be considered that differential treatment would not only affect the personal situation of displaced persons, but also affect burden-sharing among member States, since Ukrainian nationals represent the largest number of displaced persons and they are given a choice as to which State they can enjoy protection in. As the President of the Commission urged member States in relation to the migration crisis in 2020, «Everyone must step up and take responsibility»⁵⁴, only in this way will it be possible to realise the “humane” and “humanitarian” approach⁵⁵ desired.

4. Conclusions

The latest updates tell us that 13,379,780 refugees have fled Ukraine since 24 February 2022, and a further 6.6 million have been internally displaced within the country⁵⁶.

Over 4.8 million refugees are Ukrainians registered with temporary protection or similar measures in the European Union⁵⁷. At the moment, it is not yet possible to have an account of the actual victims of the conflict that shows no sign of stopping. While peace talks still seem to be far off, on 3 October the Duma ratified treaties to annex the republics of Donetsk and Luhansk and the territories of Kherson and Zaporizhzhia to the Russian Federation through a referendum of dubious regularity in which the territories devastated by the aggression would have participated.

The European Union has tried to live up to the critical issues raised by the migratory pressures of previous years, failing to achieve all its objectives due to the failure of member States to fulfil their responsibilities. In view of the dramatic number of displaced persons and the serious social and territorial context caused by the ongoing militarised conflict on the territory of Ukraine, it is possible to consider that the peaceful action offered by the European Union in support of Ukrainian displaced persons should be pursued regardless of the recognition of citizenship status and expanded, thus admitting all persons in need to temporary protection without any discrimination. Moreover, the application of the existing instruments could enable them to be improved and, at the same time, represent a great opportunity for the member States of the European Union to show genuine solidarity with the humanitarian crisis perpetrated and to redeem their institutional role in relation to the migratory phenomenon in the international arena and in the public eye.

ABSTRACT: *Implementation and limits of Directive 55/2001/EC in favor of Ukrainian displaced persons*

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Speech by President Von der Leyen on the State of the Union 2020.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Data retrieved from [unhcr.org/it](https://www.unhcr.org/it), updated and viewed on 3/10/2022.

⁵⁷ UNHCR, Operational Data Portal, Ukraine refugee situation updated 27/12/2022.

The contribution deals with the analysis of the Implementing Decision (EU) 2022/382, which implemented the Directive on temporary protection, applied for the first time in support of displaced Ukrainians, on the basis of the methods independently provided for in the internal legal systems of the States.

The paper emphasizes some limitations, first of all with reference to the subjective scope of application of the decision, which includes only Ukrainian citizens or citizens of other States that enjoy international protection in Ukraine, thus excluding other individuals who, regardless of citizenship, legally residing in Ukraine, to whom the Member States will be able to decide whether to grant temporary protection or another type of protection.

State discretion on the scope of application *ratione personae* is likely to have repercussions, including on the sharing of burdens between Member States.