



ASILO E IMMIGRAZIONE TRA TENTATIVI DI RIFORMA E SUPPLENZA DEI GIUDICI: UN BILANCIO

Atti del V convegno dell'Accademia di Diritto e Migrazioni del 17 e 18 Novembre 2022

a cura di Mario Savino e Daniela Vitiello

ADiM
Accademia Diritto e Migrazioni

ADiM
Accademia Diritto e Migrazioni



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DELLA
TUSCIA

IntOME
Integration of Migrants in Europe

Jean Monnet
Centre of Excellence
UNIVERSITY OF TUSCIA

In copertina Jacob Lawrence, Street to Mbari, 1965, tempera su grafite su carta intellata, National Gallery of Art, Washington.

ASILO E IMMIGRAZIONE
TRA TENTATIVI DI RIFORMA E SUPPLENZA DEI GIUDICI:
UN BILANCIO

Atti del V Convegno dell'Accademia di Diritto e Migrazioni
(ADiM)

17 e 18 novembre 2022

A cura di
Mario Savino e Daniela Vitiello

Questo volume è stato realizzato con il contributo economico del Dipartimento di studi linguistico-letterari, storico-filosofici e giuridici (DISTU) dell'Università della Tuscia, nell'ambito del Progetto di eccellenza 2018-2022. L'iniziativa è promossa dall'Accademia di Diritto e Migrazioni (ADiM), rete accademica attiva dal 2018, e dal Centro di eccellenza Jean Monnet 'Integration of Migrants in Europe' (IntoME), finanziato dal Programma Erasmus+ dell'Unione europea.

This Volume has been produced within the framework of the Jean Monnet Centre of Excellence on the Integration of Migrants in Europe (IntoME). The contents of this publication reflects the views of authors only, and the European Commission cannot be held responsible for any use which may be made of the information contained therein.

With the support of the
Erasmus+ Programme
of the European Union



Tutti i diritti sono riservati

© Editoriale Scientifica srl 2023
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
979-12-5976-747-9

INDICE

MARIO SAVINO, DANIELA VITIELLO, <i>Introduzione</i>	7
GIULIANO AMATO, <i>Prologo</i>	13

PARTE I

ASILO E IMMIGRAZIONE IN EUROPA

IL QUADRO LEGISLATIVO UE: TRA RIFORME MANCATE E RIFORME SILENZIOSE

STEFANO MONTALDO, La riforma della governance delle frontiere interne dello Spazio Schengen	17
SIMONE MARINAI, La protezione temporanea: spunti di riflessione alla luce della sua prima attivazione e in vista della riforma del sistema europeo comune di asilo	34
SALVATORE FABIO NICOLOSI, Frontex e i rischi per la tutela dei diritti fondamentali dei migranti: “Pratiche del passato” o ombre nel futuro?	46
IVAN INGRAVALLO, Responsabilità e <i>accountability</i> della nuova Frontex nello svolgimento di attività operative	59

IL DIALOGO TRA LE CORTI DI STRASBURGO E LUSSEMBURGO: CONVERGENZE E DIVERGENZE

GUIDO RAIMONDI, I migranti davanti alla Corte di Strasburgo	71
FRANCESCO BUONOMENNA, Solidarietà e responsabilità nella giurisprudenza di Lussemburgo	79
GIUSEPPE MORGESE, Tre domande in cerca di risposte sul principio di solidarietà	91

PARTE II
ASILO E IMMIGRAZIONE IN ITALIA

IL QUADRO LEGISLATIVO ITALIANO: RIFORME E CONTRORIFORME

MADIA D'ONGHIA, Il lavoro dei migranti: sempre più urgente (ma ancora lontana) la riforma del Testo Unico Immigrazione	100
MARIA TERESA AMBROSIO, L'immigrazione per motivi di lavoro tra riforma e controriforma	113
ELEONORA CELORIA, Contrasto all'immigrazione irregolare e protagonismo del diritto amministrativo tra punizione e prevenzione	128
LUCA GALLI, Il ruolo dei privati e delle amministrazioni locali nel Sistema di accoglienza	144

LA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI NAZIONALI: QUANTO CREATIVA?

ROBERTO CHERCHI, Il sindacato di legittimità costituzionale sulla condizione giuridica dello straniero e sull'immigrazione	161
FRANCESCA BIONDI DAL MONTE, La giurisprudenza costituzionale sui diritti degli stranieri e dei richiedenti asilo	176
CECILIA SICCARDI, La giurisprudenza ordinaria sull'accesso dei richiedenti asilo al territorio nazionale	192
PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, Sul diritto al rilascio del visto per motivi umanitari	209
ANTONIO CASSATELLA, Il giudice amministrativo quale "inventore" di diritto	225
GIUSEPPE TROPEA, Il dibattito sull' <i>ubi consistam</i> del giudice amministrativo nella materia migratoria	244
UGO VILLANI, <i>Conclusioni. I principi alla base della politica europea in materia di asilo e d'immigrazione e la loro problematica attuazione</i>	257

INTRODUZIONE

Mario Savino* e Daniela Vitiello**

Il diritto delle migrazioni e dell'asilo è uno degli ambiti del diritto, europeo e interno, a più rapido tasso di trasformazione e, allo stesso tempo, a più elevato grado di resistenza ai cambiamenti strutturali. Per un verso, la ricerca di risposte rapide e *ad hoc* alle sfide della mobilità umana alle frontiere esterne dell'Europa conduce alla rapida obsolescenza delle riforme, il cui orizzonte temporale resta fatalmente ancorato all'emergenza da gestire. Per altro verso, il paradigma del contenimento e della prevenzione degli accessi non autorizzati al territorio dell'Unione resta dominante, e anzi l'unico sul quale gli Stati membri riescono a convergere, come testimonia l'accordo raggiunto l'8 giugno 2023 dal Consiglio GAI sulle proposte cardine del Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo¹. Eppure, l'attivazione della protezione temporanea, in risposta alla crisi ucraina², sembra suggerire l'esistenza di modelli alternativi, più liberali e al contempo più sostenibili: la libera circolazione, il primato dell'accoglienza privata rispetto a quella pubblica e un basso tasso di burocrazia hanno consentito di accogliere in Europa oltre quattro milioni di rifugiati ucraini, senza crisi paragonabili a quella indotta nel 2015 dall'arrivo di poco più di un milione di siriani.

In questo scenario, dominato dal timore dell'avanzata dell'estrema destra e dei movimenti populistici, le riforme latitano a livello europeo (si pensi alle norme sui visti umanitari, auspicate dal Parlamento europeo³ ma mai intro-

* Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università della Tuscia.

** Ricercatrice di Diritto dell'Unione europea, Università della Tuscia.

¹ Consiglio dell'Unione europea, *Consiglio "Giustizia e affari interni"*, 8 e 9 giugno 2023, disponibile al link: <https://www.consilium.europa.eu/it/meetings/jha/2023/06/08-09/>

² Decisione di esecuzione (UE) 2022/382 del Consiglio del 4 marzo 2022 che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 2001/55/CE e che ha come effetto l'introduzione di una protezione temporanea.

³ Parlamento europeo, Risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione concernenti i visti umanitari, dell'11 dicembre 2018, (2018/2271(INL)) e in precedenza 4 Commissione europea, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al Codice dei visti dell'Unione (Codice dei visti), rifusione, dell'1 aprile 2014, COM(2014) 164 def.

dotte). Si assiste, invece, al proliferare di riforme “silenziose”, tese a imprimere maggiore coerenza alle politiche dell’Unione in materia di immigrazione, asilo e gestione delle frontiere, mediante il rafforzamento di strumenti che potenziano le funzioni di sorveglianza e controllo e, però, incidono sui diritti fondamentali, a partire dal diritto alla protezione internazionale. Non di rado, si tratta di riforme che passano sottotraccia in ragione del livello amministrativo al quale si collocano (vi è una dimensione operativa della cooperazione amministrativa tra gli Stati membri che sfugge al dibattito) o del loro elevato tecnicismo (si pensi alle norme che riguardano l’interoperabilità delle banche dati⁴ e le procedure di frontiera⁵).

A queste tendenze, e alla risposta delle corti europee, è dedicata la prima parte di questo volume, che ospita gli Atti del V Convegno dell’Accademia di Diritto e Migrazioni (ADiM). Il contributo di Stefano Montaldo coglie le linee di tendenza dei processi trasformativi in atto nello spazio Schengen, fornendo una ricostruzione accurata dei punti di cesura rispetto al passato (ne è un esempio il rafforzamento della cooperazione di polizia alle frontiere interne come alternativa al ripristino dei controlli da parte degli Stati membri). In altri contributi, come in quelli di Salvatore Fabio Nicolosi e di Ivan Ingravallo, emergono invece linee di forte continuità, in particolare con riguardo alla gestione integrata delle frontiere esterne che, anche in seguito alla riforma di Frontex del 2019, continua a essere dominata dalle “pratiche del passato” e da un persistente *deficit di accountability*.

In tale cornice, l’attivazione della protezione temporanea, sulla quale si sofferma l’analisi di Simone Marinai, rappresenta un *unicum* e, al contempo, un punto di riferimento ineludibile nel dibattito politico e scientifico attorno alle riforme del Nuovo Patto, ponendo con forza il problema della sostenibilità di riforme imperniate su un alto tasso di coercizione e sul disconoscimento dei diritti di mobilità a richiedenti asilo e rifugiati in Europa.

In questo quadro, gli scritti di Guido Raimondi, Francesco Buonamenna e Giuseppe Morgese si soffermano sul contributo delle Corti europee (di

⁴ Regolamento (UE) 2019/817 che istituisce un quadro per l’interoperabilità tra i sistemi di informazione dell’UE nel settore delle frontiere e dei visti e Regolamento (UE) 2019/818 che istituisce un quadro per l’interoperabilità tra i sistemi di informazione dell’UE nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria, asilo e migrazione.

⁵ Consiglio dell’Unione europea, *Consiglio “Giustizia e affari interni”*, 8 e 9 giugno 2023, disponibile al link: <https://www.consilium.europa.eu/it/meetings/jha/2023/06/08-09/>; sul punto si veda Commissione europea, *Statement on the political agreement on the New Pact on Migration and Asylum*, 9 giugno 2023.

Strasburgo e Lussemburgo) nel dare corpo al principio di solidarietà e nel proporre soluzioni di temperamento con il principio – ad esso contrapposto nel dibattito politico – di responsabilità. Le Corti europee hanno assunto ormai da tempo un ruolo di primo piano nel bilanciare gli interessi pubblici alla protezione delle frontiere esterne, alla sicurezza e alla sostenibilità dell'azione amministrativa con la tutela dei diritti fondamentali delle persone migranti. Quel bilanciamento assume contorni talvolta sfocati (come nel caso della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di temperamento tra la tutela dei diritti fondamentali e il rispetto del principio di fiducia reciproca nell'ambito della cooperazione di Dublino⁶), e dà luogo a soluzioni di compromesso non di rado controverse (come il riconoscimento, da parte della Corte EDU, del potere dello Stato di limitare l'accesso al territorio a determinati valichi autorizzati, oppure l'esclusione – anche in ambito CEDU – della portata extraterritoriale della giurisdizione dello Stato parte nell'ambito di procedure tese alla presentazione di un'istanza di asilo⁷).

Le difficoltà insite in quei bilanciamenti sono il segno dei tempi e di una non semplice (ri)definizione del ruolo dei giudici: a fronte di governi sempre più restii ad accettare le ripercussioni elettorali di politiche liberali nella gestione dei flussi migratori, quale ruolo spetta alle corti nazionali ed europee? Un ruolo antagonista, di fermo richiamo al rispetto dei diritti fondamentali e della *rule of law*? Oppure un ruolo deferente, ancorato al riconoscimento del primato del principio democratico e del potere legislativo, che ne è (la principale) espressione? Dopo anni nei quali, a Lussemburgo ma soprattutto a Strasburgo, è prevalso un atteggiamento giudiziale di deferenza rispetto ai governi nazionali, emergono segnali di una inversione di tendenza. In tal senso si possono forse interpretare le decisioni della Corte di giustizia in materia di accertamento della veridicità delle dichiarazioni dell'asilante, su cui si basa la procedura d'asilo⁸, e le decisioni in materia di revoca e rifiuto del riconoscimento dello *status* di rifugiato per motivi di ordine pubblico⁹. Segnali

⁶ Si rinvia alla saga giurisprudenziale inaugurata dal caso CGUE (Grande Sezione), sentenza del 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*, C-411/10 e C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865.

⁷ Si rinvia alla giurisprudenza della Corte Edu, sentenza del 5 aprile 2022, *A.A. e altri c. Macedonia del Nord*, ric. n. 55798/16.

⁸ CGUE, sentenza del 29 giugno 2023, *X. c. Irlanda*, C-756/21, ECLI:EU:C:2023:523.

⁹ CGUE, sentenza del 6 luglio 2023, *XXX c. Francia*, C-8/22, ECLI:

convergenti giungono anche dalla Corte EDU, con le condanne di Italia e Grecia per il trattamento dei richiedenti asilo negli *hotspots*¹⁰.

Anche la seconda parte del volume, dedicata all'asilo e all'immigrazione in Italia, contrappone e mette in dialogo l'evoluzione del quadro normativo con quella della giurisprudenza. I contributi sono dedicati ad ambiti storicamente meno toccati dalle riforme, come quello dell'immigrazione per motivi di lavoro (Madia D'Onghia e Maria Teresa Ambrosio), solo di recente interessato da più incisivi interventi, orientati alla riapertura dei canali regolari di ingresso per i lavoratori migranti¹¹; ovvero a settori che restano ancorati al paradigma preventivo-punitivo, come la disciplina del contrasto all'immigrazione irregolare (Eleonora Celoria)¹²; o ancora agli ambiti in cui la società civile anticipa e si fa promotrice dell'azione riformatrice dello Stato, come avviene nelle pratiche di partenariato pubblico-privato per la gestione dell'accoglienza (Luca Galli).

Sul versante della giurisprudenza domestica, le decisioni delle corti nazionali non sono ascrivibili a un orientamento prevalente, alternando pronunce garantiste, talora anche creative, a pronunce più deferenti, talora di impronta conservatrice. Come emerge dai contributi di Roberto Cherchi e Francesca Biondi Dal Monte, la Corte costituzionale ha consolidato e parzialmente innovato la propria giurisprudenza sulla condizione giuridica dello straniero, sviluppando un sempre più intenso dialogo con la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia dell'UE. Emergono, in proposito, diverse chiavi di lettura, che mettono in luce la tensione tra sindacato costi-

ECLI:EU:C:2023:542; CGUE, sentenza del 6 luglio 2023, *Germania c. A.A., Paesi Bassi c. M.A.*, C-663/21, ECLI: ECLI:EU:C:2023:540; CGUE, sentenza del 6 luglio 2023, *Paesi Bassi c. M.A.*, C-402/22, ECLI: ECLI:EU:C:2023:543.

¹⁰ Corte Edu, sentenza del 30 marzo 2023, *J.A. et al. c. Italia*, ric. n. 21329/18; Corte Edu, sentenza del 13 giugno 2023, *H.A. e altri c. Grecia*, ricc. nn. 4892/18 e 4920/18; Corte Edu, sentenza 3 ottobre 2019, *Kaak e altri c. Grecia*, ric. n. 34215/16.

¹¹ Il 5 luglio 2023 il Consiglio dei Ministri ha approvato, in esame preliminare, il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, la *Programmazione dei flussi d'ingresso legale in Italia dei lavoratori stranieri per il triennio 2023-2025*. Con lo schema di decreto, il Governo prevede per il triennio 2023 – 2025 complessivamente 452.000 ingressi, ampliando le categorie dei lavoratori che possono accedere a tale sistema e riservando specifiche quote per i lavoratori provenienti da Paesi di origine o di transito che sottoscrivono accordi per facilitare la migrazione regolare e contrastare quella irregolare.

¹² Da ultimo riformata con decreto-legge 10 marzo 2023, n. 20, convertito con modificazione in legge 5 maggio 2023, n. 50, recante: «Disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare».

tuzionale, (limiti alle) scelte discrezionali del legislatore e opportunità offerte dal dialogo e dalla contaminazione con la giurisprudenza di Lussemburgo e Strasburgo.

Per quanto riguarda la giurisprudenza ordinaria, i contributi di Cecilia Siccardi e Paolo Morozzo della Rocca si segnalano per il rigore delle (divergenti) prospettive esegetiche che propongono sul tema decisivo dei visti umanitari per l'accesso extraterritoriale all'asilo in Italia¹³, fornendo un'interessante retrospettiva su questioni complesse, oggetto di un differente approccio in sede europea¹⁴. Per quanto riguarda, invece, la giurisprudenza amministrativa, Antonio Cassatella e Giuseppe Tropea si interrogano su questioni specifiche (come il rinnovo del permesso di soggiorno, il diniego di ricongiungimento familiare, l'espulsione del migrante irregolare), al fine di individuare i limiti di autonomia e di legittimazione del giudice nella elaborazione di un diritto "vivente" in materia migratoria.

Nel prologo di Giuliano Amato e nelle conclusioni di Ugo Villani affiora, poi, il più generale tema politico della gestione dei flussi di persone dal Nord Africa e dal Medio Oriente. L'Italia e l'Europa sono intenzionate a irrobustire i controlli alle frontiere e a rendere più efficace la politica dei rimpatri. La chiave di volta è individuata nella sperimentazione di nuove formule di esternalizzazione e di collaborazione con i paesi terzi di transito. A questa intenzione vengono piegate anche nozioni giuridiche come quella di "Paese terzo sicuro", con l'obiettivo di sottoporre alla procedura di asilo e rimpatrio alla frontiera tutti i migranti che siano transitati dalla Tunisia e che quest'ultima sia disponibile a riammettere¹⁵. Come sottolineato da Giuliano Amato nel suo prologo, questo approccio ostinatamente "difensivo" sembra dimenticare, da un lato, l'inverno demografico che attanaglia l'Italia e il

¹³ Trib. Civ. Roma, sez. I, sentenza del 28 novembre 2019, n. 22917; Trib. Civ. Roma, sez. diritti della persona e immigrazione, ordinanza del 21 febbraio 2019; Trib. Civ. Roma, sez. diritti della persona e immigrazione, ordinanza del 18 gennaio 2021, r.g. 56420/2020; Trib. Civ. Roma, sez. diritti della persona e immigrazione, ordinanza del 21 dicembre 2022, r.g. 62652/2021; Trib. Civ. Roma, sez. diritti della persona e immigrazione, ordinanza del 14 gennaio 2022, n. 76126/2021; Trib. Civ. Roma, sez. diritti della persona e immigrazione, ordinanza 9 giugno 2023, r.g. 20121/2023.

¹⁴ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 7 marzo 2017, *X. e X. c. Belgio*, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173; Corte Edu, sentenza del 5 marzo 2020, *M.N. e altri c. Belgio*, ric. n. 3599/18.

¹⁵ Commissione europea, *The European Union and Tunisia: political agreement on a comprehensive partnership package*, comunicato stampa, 16 luglio 2023.

“vecchio continente” nel suo complesso; dall’altro, le nuove sfide che deriveranno dal cambiamento climatico e dai conseguenti processi di mobilità umana. La penuria di riforme strutturali in materia di migrazione legale rischia di rendere il sistema di gestione dei flussi «un intrico sempre più irrazionale, ed ingiusto».

Di fronte a questi sviluppi, i principi alla base della politica europea in materia di asilo e d’immigrazione, come quello di solidarietà, divengono evanescenti, inconsistenti, incapaci di traduzione efficace sul piano dell’attuazione. Assorbiti all’interno del paradigma della sicurezza europea, tali principi vengono svuotati e traditi. Come segnala nelle conclusioni Ugo Villani, per questa via si rafforza l’immagine dell’Unione come «Fortezza Europa, arroccata a difendere i propri (presunti) interessi e il proprio (relativo) benessere». Le riforme prefigurate dal Nuovo Patto contribuiscono ad alimentare quella immagine, riaffermando un approccio regolatorio che esaspera la componente coercitiva, nel tentativo di rilanciare la capacità delle norme europee di influenzare le scelte di mobilità tra continenti: un approccio ambizioso, secondo alcuni velleitario, che rischia di reiterare i fallimenti del passato, nonostante gli elevatissimi costi (giuridici, economici, politici e umani) che quell’approccio ha prodotto e continua a produrre.

PROLOGO

Giuliano Amato*

Nel mio intervento mi occuperò di due temi: il ruolo della Corte costituzionale quale garante dei diritti (anche) dei migranti e il problema più generale del governo dei flussi.

Partiamo dal primo aspetto e, in particolare, dal problema più evidente: la crescente tensione tra l'art. 13 della Costituzione e l'amplissimo ricorso a forme di limitazione della libertà personale dei migranti. È vero, sono anni che la Corte costituzionale non si occupa della detenzione amministrativa e dei limiti che essa incontra nella Costituzione. Lo fece – com'è noto – con la sentenza n.105 del 2001 e da allora nessuno le ha dato occasione di tornare sul tema (la Corte – lo sappiamo – non sceglie le questioni su cui intervenire, interviene su ciò che i giudici le sottopongono e si è quindi occupata ripetutamente degli immigrati, ma sotto altri profili). D'altra parte, nessuno ha più messo in discussione i principi affermati in quella sentenza: chiamatela pure amministrativa, disse la Corte, ma ogni forma di trattenimento che prescinde dalla volontà di chi è trattenuto è una limitazione della libertà personale. E tale è anche il trattenimento nei centri di accoglienza per immigrati, siano pure finalizzati non solo alla custodia ma anche alla protezione. Di conseguenza, che sia del questore o che sia del prefetto, la relativa decisione esige la convalida dell'autorità giudiziaria.

Il principio chiave è indiscutibilmente questo ed è stato in base ad esso che si sono risolte altre questioni, come quella, ad esempio, dell'espulsione, che, se eseguita con accompagnamento coattivo, ricade nella stessa disciplina ed esige, perciò, la convalida ed esige altresì che questa intervenga prima dell'espulsione. Ma non c'è dubbio che altre domande sono rimaste senza risposta. Nell'art.13 della Costituzione, infatti, non c'è solo la riserva di giurisdizione, c'è anche la riserva di legge, che investe, oltre che i casi, anche i modi della detenzione. Siamo sicuri che il perdurante affidamento al prefetto dei "modi" relativamente ai Centri e oggi agli *Hotspot* (il passaggio all'inglese non cambia la sostanza costituzionale del problema) soddisfa l'art.13? C'è chi continua a chiederselo, specie dopo la legge n. 173 del 2020, che ha rin-

* Presidente emerito della Corte costituzionale.

verdito il problema. E la domanda merita non solo di essere posta, ma anche riproposta, perché non può prendere piede, per gli immigrati, una supremazia speciale dell'Amministrazione, che non è più ammissibile per nessuno.

Al di là di questi profili giuridici, vi è il secondo tema, politico, di gestione complessiva dei flussi di persone dal Nord Africa e dal Medio Oriente. L'accoglienza degli immigrati è diventata un intrico sempre più irrazionale, ed ingiusto, via via che si sono venute modificando nel corso degli anni le condizioni del loro arrivo. Sino a quando ero stato io ministro degli interni, parlo del 2006-2007, era molto nitida la distinzione fra i canali di accesso per i richiedenti asilo e per i migranti economici. I migranti economici avevano, in Italia ed in quasi tutti i paesi dell'Unione Europea, un ampio spazio di accoglienza, definito anno per anno dalla fissazione di flussi, con quote per ciascun paese di emigrazione e con totali annui che da noi arrivarono, proprio nel 2007, ad oltre 170.000. Lo ricordo perché fui io a firmare il relativo decreto e perché questo fu l'ultimo dei nostri decreti flussi di quelle dimensioni. Con il 2008 iniziò la sconvolgente e lunga stagione europea delle crisi, la crisi economico-finanziaria, la stagione del terrorismo islamico in diverse città europee e poi la pandemia. Tutto questo, mentre le nuove tecnologie riducevano, da parte loro, i posti di lavoro disponibili.

I decreti flussi pre-2008 divennero un ricordo. L'accoglienza dei migranti economici si ridusse ai minimi termini e poiché l'immigrazione tuttavia continuava, e largamente continuava anche per ragioni economiche, coloro che arrivavano per avere una chance di restare si autodefinivano richiedenti asilo. Dove ne arrivavano pochi, l'accertamento della loro effettiva condizione era rapido (in Olanda, questione di poche settimane). In altri paesi, come l'Italia, occorre mesi e mesi e intanto gli immigrati trovavano provvisorie e precarie sistemazioni, con cui comunque un po' si radicavano. E non sempre, una volta accertato che non avevano diritto allo stato di rifugiati, se ne andavano davvero, obbedendo ai provvedimenti di espulsione. Aumentava, anno per anno, il numero dei clandestini, dei *sans papier*.

Aumentava questo numero e prendeva corpo una nuova, devastante equazione: migrante economico eguale migrante che non ha titolo, che deve tornare a casa. Resta solo chi è davvero rifugiato politico. Lo disse anche, esplicitamente, il giovane Presidente francese, destando lo stupore di molti, me compreso, ma segnalando con le sue parole quanto questo atteggiamento doveva essere penetrato nell'opinione pubblica. Era un vero non senso, in palese contraddizione, dopo un po', con economie nelle quali stava riprendendo una domanda di lavoro che non trovava corrispondenza nei mercati nazionali e che, in assenza di immigrati, restava insoddisfatta. Non a caso si

venivano moltiplicando le voci, non di politici di parte, ma di studiosi ed esperti di migrazioni che insistevano per la riapertura dei flussi destinati ai migranti economici, in modo da ridurre, insieme, il mercato dei trafficanti, e il numero delle false richieste di asilo. Questi stessi studiosi ed esperti ci hanno anche avvertito che sarebbe illusorio aspettarsi effetti automatici e simmetrici su tale riduzione. L'immigrazione clandestina sarebbe continuata. Ma organizzando bene i flussi, soprattutto organizzandoli d'intesa con i paesi di provenienza, le reti di copertura dei trafficanti si possono significativamente ridurre.

Ma c'è di più, un di più di cui dobbiamo essere consapevoli e a cui dobbiamo essere preparati. Intanto c'è quello che chiamiamo il nostro "inverno demografico", cioè un tasso decrescente di nuovi nati che, proiettato nel futuro, rende quanto mai problematici sia il fisiologico sviluppo del nostro mercato del lavoro, e quindi della nostra economia, sia il mantenimento dei servizi e dei trattamenti pensionistici per un numero di anziani invece crescente. Sento dire che questo è un argomento che sarebbe bene non usare, perché irriterebbe la nostra opinione pubblica e sarebbe quindi controproducente. Dobbiamo allora fare finta di nulla e, per non irritarla, lasciare che la nostra comunità nazionale lentamente si privi di risorse vitali?

C'è poi il cambiamento climatico, sui cui effetti sempre più le stesse Nazioni Unite, con crescente inquietudine, richiamano la nostra attenzione. Saranno milioni e milioni le persone che nei prossimi decenni potranno dover lasciare i paesi in cui vivono, o perché i mari li avranno sommersi, o perché la siccità li avrà resi invivibili e improduttivi. E noi, ammesso che continuiamo ad essere destinatari e non partecipi di questi flussi, noi vorremo e potremo sottrarci alla trasformazione della nostra società in una società multietnica ed alle sue conseguenze?

Qui si aprirebbe un altro, importante capitolo, che investe la preservazione di culture e valori in società che cambiano e che possono cambiare in modo, non da cancellare ciò che c'è, e neppure da schiacciare ciò che arriva, ma da contaminare l'uno con altro e renderne possibile la convivenza non ostile. Il Canada è forse l'esempio migliore, fra le società democratico-liberali, di questo che essi chiamano interculturalismo e della "*reasonable accommodation*" fra diversi che ciò comporta.

Varrà la pena che di questo sempre più ci occupiamo.

PARTE I

ASILO E IMMIGRAZIONE IN EUROPA

Il quadro legislativo UE: tra riforme mancate e riforme silenziose

LA RIFORMA DELLA GOVERNANCE DELLE FRONTIERE INTERNE DELLO SPAZIO SCHENGEN

Stefano Montaldo*

SOMMARIO: 1. La riforma della governance delle frontiere interne dello Spazio Schengen: profili introduttivi. – 2. Dall’ipocrisia organizzata a una nuova configurazione funzionale delle frontiere interne. – 3. Ordine pubblico, sicurezza interna e abolizione dei controlli alle frontiere: un nuovo bilanciamento tra responsabilità degli Stati e ruolo dell’Unione europea. – 4. Conclusioni.

1. *La riforma della governance delle frontiere interne dello Spazio Schengen: profili introduttivi*

La disciplina delle frontiere dell’Area Schengen catalizza ormai da anni, in maniera emblematica e sostanzialmente continuativa, l’insanabile divario tra ciò che l’Unione *ambisce* ad essere e ciò che *dimostra* di essere nella realtà. Mentre la narrativa istituzionale dipinge Schengen come uno dei risultati più importanti del processo di integrazione, a presidio delle libertà fondamentali del mercato interno e della politica migratoria e di asilo, la quotidiana messa in opera del Codice Frontiere (CFS)¹ e del relativo *acquis* evidenzia reiterate forzature da parte degli Stati, nonché radicali diversità di vedute e approcci operativi.

Questo iato è stato assai diffusamente discusso in dottrina, da più prospettive disciplinari. Le molte e variegate letture critiche convergono verso due principali comuni denominatori: da un lato, la persistenza del valore simbolico delle frontiere statali, che nella percezione pubblica ancora assurgono a feticci di garanzia di controllo e sicurezza²; dall’altro lato, la rassegnata rilevazione di una crisi permanente, che, sotto il profilo della governance così come delle scelte normative e della loro puntuale attuazione, pare ormai «the Schengen new normal»³.

* Professore associato di Diritto dell’Unione europea, Università di Torino.

¹ Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone.

² D. THYM, J. BORNEMANN, *Schengen and Free Movement Law During the First Phase of the Covid-19 Pandemic: Of Symbolism, Law and Politics*, in *European Papers*, n. 3/2020, pp. 1143-1170.

³ M. DE SOMER, *Schengen: Quo Vadis?*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 2/2020, pp. 178-197.

Questo contesto ha contribuito a collocare stabilmente l'Area Schengen tra i principali obiettivi degli sforzi riformatori condotti a livello europeo. Sforzi per lo più frammentati, a fronte delle «contradictory driving forces»⁴ che animano e polarizzano, su diverse linee direttrici, le posizioni degli Stati e delle istituzioni europee.

L'ultima tappa di questo percorso è rappresentata dalla proposta di riforma del CFS pubblicata dalla Commissione europea nel mese di dicembre del 2021⁵ ed attualmente in fase di negoziato da parte dei legislatori dell'Unione⁶. La proposta interessa vari profili del regolamento 2016/399, che spaziano dalle disposizioni in materia di reintroduzione dei controlli alle frontiere interne ad alcuni aspetti della gestione delle frontiere esterne, specialmente in presenza di fenomeni di strumentalizzazione dei migranti da parte di Stati terzi.

L'eterogeneità del contenuto dell'iniziativa legislativa della Commissione sollecita alcuni chiarimenti preliminari circa l'oggetto delle riflessioni che seguono e l'approccio argomentativo scelto. Il presente capitolo, infatti, non ha l'ambizione di fornire al lettore una presentazione esaustiva della proposta. Anzitutto, l'analisi si sofferma *per capita* sulla sola dimensione interna dell'Area Schengen. Inoltre, stante l'incertezza sull'esito della procedura legislativa e sul contenuto dell'eventuale atto di riforma, lo scritto non affronta i dettagli del testo elaborato dall'istituzione guardiana dei Trattati, bensì considera le sue principali linee direttrici, nell'ottica di un tentativo di schematizzazione e nel quadro dei nodi problematici rilevanti. Occorre altresì segnalare che l'attesa riforma del CFS non indugia in un *vacuum*. Invero, ad essa si affiancano vari dossier complementari all'*acquis* di Schengen, come, a titolo esemplificativo, la proposta di regolamento volta ad affrontare le situazioni di strumentalizzazione nel settore della migrazione e l'asilo, la riforma del meccanismo di valutazione Schengen o l'aggiornamento del Sistema Informativo Schengen, al netto ovviamente delle iniziative di riforma struttura-

⁴ G. CORNELISSE, *What's wrong with Schengen? Border disputes and the nature of integration in the area without internal borders*, in *Common Market Law Review*, n. 3/2014, pp. 741-770.

⁵ COM(2021) 891 final, del 14 dicembre 2021, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica del regolamento (UE) 2016/399 che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone.

⁶ Per la situazione aggiornata della procedura legislativa e la relativa documentazione v. la *legislative train schedule* redatta dal Parlamento europeo: <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-promoting-our-european-way-of-life/file-revision-of-the-schengen-borders-code>.

le della politica migratoria e di asilo contenute nel Nuovo Patto. Per quanto rilevanti, tali profili rimangono inevitabilmente sullo sfondo dell'analisi.

Il lavoro è dunque strutturato in due principali sezioni. Il paragrafo che segue affronta i profili della riforma riguardanti le clausole di ripristino dei controlli alle frontiere interne, nel prisma dei (dis)incentivi in capo agli Stati a dare corretta attuazione alle relative disposizioni del CFS, a fronte di rilevanti interessi nazionali. Il paragrafo 3 si sofferma sugli aspetti della proposta di riforma che incidono sul riparto tra responsabilità e potestà decisionale degli Stati e ruolo delle istituzioni europee nella dinamica tra regola ed eccezione nella dimensione interna dello Spazio Schengen.

2. *Dall'ipocrisia organizzata a una nuova configurazione funzionale delle frontiere interne*

Nella teoria della sovranità, il concetto di ipocrisia organizzata indica il fenomeno in forza del quale uno Stato o una organizzazione internazionale dichiarano di vincolarsi a determinati principi o regole, ma operano scientemente in senso uguale-contrario o, comunque, in maniera apertamente incoerente con il quadro normativo che sostengono di accettare e tutelare. Questa efficace espressione coniata da Stephen Krasner nel 1999⁷ ben si attaglia alla prassi in materia di reintroduzione dei controlli alle frontiere interne. Come ampiamente evidenziato in dottrina e criticamente rilevato dal Parlamento europeo e da organizzazioni della società civile, a partire dal 2015 si sono registrate reiterate letture estensive – per non dire elusive – delle clausole del CFS, pur a fronte della necessità di improntare le scelte nazionali ai principi di necessità e proporzionalità⁸. Nonostante numerose reintroduzioni a catena, basate su motivazioni-fotocopia e capaci di eludere i termini di durata massima previsti dal regolamento 2016/399, la Commissione europea si è sempre astenuta dall'adottare qualsivoglia misura o iniziativa idonea a ristabilire la legalità violata. Pur continuando a perorare le perfezioni teoriche dell'Area Schengen, dunque, l'istituzione in parola non ha sin-

⁷ S. KRASNER, *Sovereignty: Organised Hypocrisy*, Princeton, 1999.

⁸ Tra i molti contributi v. G. CAGGIANO, *COVID-19. Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale*, in *I Post di AISDUE*, 30 aprile 2020; F. GÜLZAU, *A "New Normal" for the Schengen Area. When, Where and Why Member States Reinroduce Temporary Border Controls?*, in *Journal of Borderland Studies*, n. 3/2021, pp. 1-19.

dacato le scelte dei governi nazionali in tema di tutela dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza, anche se i loro principali effetti negativi si sono riverberati sui pilastri del mercato interno e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nonché, per attingere alla dimensione europea del simbolismo delle frontiere, sulla percezione di coesione dell'Unione⁹.

L'approccio della Commissione può trovare parziale spiegazione nella difficoltà di operare uno scrutinio su scelte domestiche fondate su esigenze di ordine pubblico, che la giurisprudenza della Corte di giustizia tradizionalmente riconosce come ontologicamente mutevoli e fortemente legate al contesto (sociale, culturale, ecc.) di riferimento¹⁰. D'altra parte, l'atteggiamento passivo in questione potrebbe essere considerato un esercizio di realismo, a fronte di sfide che l'Unione stessa ha dimostrato di affrontare con difficoltà. Si tratta, nondimeno, di argomentazioni non convincenti e che evidenziano due criticità strutturali e reciprocamente interconnesse della disciplina in esame.

In primo luogo, le clausole di reintroduzione di cui all'artt. 25 e 28 CFS sono improntate ad un pur comprensibile *favor* per gli Stati membri, in ragione delle esigenze che esse mirano a tutelare. Ciò determina che la scelta di riattivare i controlli di frontiera spetta in via esclusiva ed unilaterale allo Stato coinvolto e che gli strumenti per orientare l'esercizio di tale discrezionalità da parte di altri Stati o delle istituzioni europee si inquadrano nell'area grigia dei pareri e delle consultazioni incapaci di dare origine a obblighi giuridici vincolanti. Ne consegue che, in assenza di strumenti di *law enforcement* – *id est* di monitoraggio ed eventuale sanzione – attivabili *in itinere* o *ex post* e sufficientemente effettivi gli Stati non hanno alcun incentivo ad autocensurare istanze di sicurezza già di per sé molto delicate.

In secondo luogo, l'*acquis* di Schengen, soprattutto in tema di frontiere, soffre più di altri settori di una critica commistione tra diritto e priorità politiche. Queste ultime infallibilmente incentivano polarizzazioni tra gli Stati e forze centrifughe che alimentano una frammentazione di fatto dell'apparente *borderless space*. Questa circostanza si traduce, in concreto, nel fatto che gli Stati non hanno necessariamente interesse ad attenersi alle regole che gover-

⁹ Come evidenziato dalla Commissione europea al punto 24 del libro bianco per il Consiglio europeo sul completamento del mercato interno – comunicazione COM(85) 310 def, del 14 giugno 1985, – «le barriere fisiche ai posti doganali, i controlli sull'immigrazione, i passaporti [...] sono aspetti che, per il normale cittadino europeo, costituiscono l'ovvia manifestazione del persistere della divisione dell'Europa».

¹⁰ *Ex multis*, v. CGUE, sentenza del 22 maggio 2012, P.I., C-348/09, ECLI:EU:C:2012:300.

nano le frontiere interne. La scelta opposta, invero, può risultare politicamente molto più appagante.

Se a questa considerazione si affianca l'assenza di efficaci meccanismi di *law enforcement*, ogni ragionamento sul rispetto del diritto UE ne è inficiato in radice. Ne deriva un circolo vizioso che mina *ab origine* la possibilità stessa che la crisi delle frontiere interne di Schengen possa essere affrontata (e caso mai risolta) attraverso le sole perfezioni giuridiche, a cominciare proprio da una riforma. In sostanza, un cambiamento delle regole del gioco presuppone, a pena di fallimento, che i giocatori abbiano una seria intenzione di adeguarvisi.

La manifestazione di questo rischio strutturale è d'altra parte sotto gli occhi di tutti coloro che, da una prospettiva giuridica, oggi osservino le sorti del pilastro interno di Schengen. Nell'aprile del 2022, infatti, la Corte di giustizia ha posto chiari limiti alla prassi delle catene di reintroduzioni di durata indefinita. Il Giudice dell'Unione ha stabilito che il ricorso reiterato all'art. 25 del CFS presuppone, di volta in volta, l'individuazione di nuove o distinte minacce all'ordine pubblico o alla sicurezza nazionale, la cui specificità deve essere puntualmente argomentata nella notifica indirizzata alla Commissione e agli altri Stati membri¹¹. Nonostante questo autorevole chiarimento interpretativo, nulla è realmente cambiato. Tutti i controlli in essere in varie aree di frontiera sono stati ulteriormente prolungati, spesso in forza del *leitmotiv* dei timori legati ai flussi migratori ed al terrorismo, seppur rinfocolati dalle preoccupazioni derivanti dall'invasione russa dell'Ucraina¹². A questo riguardo, nel settembre del 2022, il Conseil d'État francese ha in maniera emblematica avallato la scelta del governo d'oltralpe di prolungare di un ulteriore semestre i controlli di frontiera, adottando non senza criticità un approccio ermeneutico molto generoso alle nozioni di "nuova minaccia" e di "eventuali nuovi elementi" poste dalla Corte di Lussemburgo a garanzia di un utilizzo genuino delle clausole del CFS¹³.

Occorre dunque chiedersi se le prospettive di riforma possano contribui-

¹¹ CGUE, sentenza del 26 aprile 2022, *Landespolizeidirektion Steiermark e Bezirkshauptmannschaft Leibnitz*, C-368/20 e C-369/20, ECLI:EU:C:2022:298.

¹² Per un prospetto delle principali ragioni a supporto delle decisioni di ripristino dei controlli v. la lista delle notifiche, disponibile all'indirizzo internet https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/schengen-borders-and-visa/schengen-area/temporary-reintroduction-border-control_en.

¹³ Conseil d'État, decisione del 27 luglio 2022, n. 463850. Per notazioni critiche sulla pronuncia v. F. TASSINARI, *Il Consiglio di Stato risponde alla Corte di Giustizia dell'UE: la Francia proseguirà a frontiere chiuse*, in *ADIM Blog*, 30 settembre 2022.

re a riscattare quella che, non a torto, appare una seria ipotesi sulla configurazione dello spazio Schengen descritta nella narrazione istituzionale. Sul punto, l'iniziativa della Commissione si contraddistingue per due linee direttrici principali.

In primo luogo, la proposta mira ad un maggiore allineamento tra il quadro normativo e la prassi consolidata degli Stati. Il testo, infatti, promuove la significativa estensione della durata delle singole reintroduzioni e della loro durata massima complessiva. La *ratio* della proposta affonda le proprie radici non solo nella dimostrata inoperabilità di termini più rigorosi – almeno in questo frangente del processo di integrazione – ma anche nel diverso approccio che le autorità nazionali hanno seguito in merito all'utilizzo delle clausole di ripristino. Se nel decennio 2006-2015 le poche reintroduzioni operate dagli Stati riguardavano esclusivamente eventi specifici e intrinsecamente limitati nel tempo quali vertici politici o manifestazioni sportive importanti, la prassi successiva si è dipanata in via pressoché esclusiva in rapporto a minacce di lungo periodo, ossia il fenomeno terroristico, le crisi migratorie e le ricadute della pandemia. L'origine primigenia di questa prassi può dare adito ad un dibattito *ad infinitum*. L'interrogativo di fondo, che porta a mio avviso ad un *circulum inextricabilis* di argomentazioni e contro argomentazioni, è se l'attuale testo del CFS sia divenuto inadatto allo scopo alla luce del mutato contesto o se sia stata la prassi degli Stati ad aver piegato le esigenze dello Spazio Schengen alle sfide dell'attualità, mutando la conformazione dello Spazio stesso e determinando l'esigenza di una riforma. Qualsiasi posizione si voglia supportare, l'esercizio di realismo effettuato dalla Commissione è evidente. A conferma di questo approccio, la proposta include una esemplificazione dei motivi idonei a giustificare l'eccezionale ricorso all'art. 25 CFS, codificando di fatto le macro-giustificazioni addotte dalle autorità nazionali dal 2015 ad oggi¹⁴.

Vi è dunque materia per prospettare, all'esito del percorso di riforma, il compimento di una evoluzione funzionale e strutturale del pilastro interno dello Spazio Schengen, nel senso di una eccezionalità dei controlli alle fron-

¹⁴ Merita considerare come abbia destato criticità la scelta di inserire nella lista di esempi il verificarsi di situazioni caratterizzate da “spostamenti non autorizzati su vasta scala di cittadini di paesi terzi tra Stati membri”. Per quanto – ad avviso di chi scrive – la *ratio* di questa inclusione stia nel richiamo alla portata significativa di tali movimenti secondari, è stato rilevato come questa disposizione alimenti la percezione del fenomeno migratorio come origine di criticità per l'ordine pubblico: *Border Violence Monitoring Network and ASGI joint Analysis on Schengen Border Code Reform*, 2023, disponibile in: <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2022/06/BVMNASGIJOINTANALYSIS.pdf>.

tiere dichiarata in via di principio ma – per così dire – mitigata in concreto dai presupposti per la loro attivazione e dalla loro durata. Come accennato, quanto questa evoluzione in senso estensivo fosse tra i propositi originari del legislatore europeo è a dir poco dubbio.

In secondo luogo, la proposta della Commissione appare tesa a compensare le concessioni accordate agli Stati mediante strumenti volti a contenere l'esercizio della potestà discrezionale delle autorità interne entro binari più definiti. Ciò si evince, ad esempio, dal rafforzamento dell'obbligo di motivazione in capo allo Stato che intenda ripristinare i controlli, cui si accompagna altresì la necessaria redazione di una valutazione del rischio e di una analisi dell'impatto della misura in questione. Queste proposte echeggiano peraltro la recente riforma del meccanismo di valutazione Schengen¹⁵, che valorizza l'importanza di tali analisi nel contesto della verifica dell'attuazione dell'*acquis*. Le consultazioni che seguono la notifica sono parimenti corredate di accorgimenti destinati a rafforzarne l'incisività, sebbene il loro esito rimanga confinato nel campo della mera esortazione politica.

È d'altra parte giocoforza rilevare come l'incidenza di questi aspetti sulla corretta attuazione del CFS dipenderà in larga misura dalla reale volontà della Commissione europea di dispiegare lo strumentario di *law enforcement* a sua disposizione, a cominciare dal monitoraggio e dalla valutazione dell'operato degli Stati, sino a giungere alla (minaccia di) avvio di procedure di infrazione. Per quanto il recente passato non dia adito a previsioni promettenti, è ragionevole aspettarsi che l'eventuale entrata in vigore della riforma segni in parallelo un cambio di passo da parte dell'istituzione guardiana dei Trattati. D'altra parte, è pur vero che la proposta non include alcuno strumento specifico destinato a imporre, con rapidità ed efficacia, la cessazione di controlli ritenuti non in linea con il CFS, per durata o incisività. A questo proposito, l'iniziativa della Commissione rappresenta un'occasione persa.

Merita peraltro segnalare come i negoziati fra il Parlamento europeo e il Consiglio stiano conducendo ad una tendenziale convergenza in ordine ad un ulteriore e complementare profilo, ovvero sia l'introduzione nella sistematica della disciplina in esame dell'obbligo di attuare le misure più opportune per minimizzare le ricadute negative sulle libertà fondamentali del mercato interno, specialmente in aree transfrontaliere caratterizzate da elevati tassi di mobilità fra più Stati membri. Tali accorgimenti potranno riguardare, a titolo

¹⁵ Regolamento (UE) 2022/922 del Consiglio, del 9 giugno 2022, sull'istituzione e sul funzionamento di un meccanismo di valutazione e di monitoraggio per verificare l'applicazione dell'*acquis* di Schengen, che abroga il regolamento (UE) n. 1053/2013.

esemplificativo, misure che la recente pandemia ha riportato in auge, quali l'istituzione di corsie verdi per il passaggio agevolato delle merci trasportate su gomma o la definizione di modalità di accesso rapido per i lavoratori frontalieri. Questa eventuale integrazione del testo vigente del CFS assicurerebbe un più accorto bilanciamento tra le esigenze sottese al ripristino dei controlli alle frontiere e la necessità di scongiurare effetti collaterali sproporzionati a danno del mercato interno, oltre che delle persone che, a vario titolo, esercitano le libertà fondamentali sulle quali esso si impernia. Di riflesso, esse assicurerebbero altresì in capo alla Commissione ulteriori margini di intervento e censura rispetto a controlli il cui impatto non sia opportunamente mitigato.

3. *Ordine pubblico, sicurezza interna e abolizione dei controlli alle frontiere: un nuovo bilanciamento tra responsabilità degli Stati e ruolo dell'Unione europea*

La seconda linea direttrice nella quale è possibile inquadrare vari aspetti delle proposte di riforma avanzate dalla Commissione europea è la ridefinizione dell'equilibrio tra responsabilità degli Stati e ruolo dell'Unione europea nella governance delle frontiere interne.

L'originaria impostazione del CFS si caratterizzava per una netta distinzione tra il piano nazionale e la dimensione europea. Il Codice, infatti, disponeva in via di principio l'abolizione dei controlli alle frontiere, per poi affidare alla discrezionalità degli Stati le deviazioni da tale regola generale. Di conseguenza, in primo luogo, l'*iter* decisionale propedeutico all'eventuale ripristino di controlli alle frontiere vedeva un chiaro *favor* per le autorità nazionali, sulle cui decisioni unilaterali gli altri Stati membri o le istituzioni europee non godevano di apprezzabili margini di intervento. In secondo luogo, il CFS operava un rinvio alle legislazioni nazionali in relazione ai controlli effettuati nei porti o aeroporti, all'obbligo di possedere o di portare con sé un documento di identità e all'obbligo in capo ai cittadini di Stato terzo di dichiarare la loro presenza sul territorio di uno Stato membro¹⁶. Da ultimo, il CFS conservava impregiudicato l'esercizio delle competenze di polizia da parte delle autorità degli Stati membri, in forza del diritto nazionale e nella misura in cui le relative misure non avessero determinato effetti equivalenti a quelli di una verifica di frontiera.

Queste previsioni figurano tutt'oggi nel CFS e sono peraltro rimaste so-

¹⁶ V., rispettivamente, le lettere b), c) e d) dell'art. 23 CFS.

stanzialmente inalterate all'esito delle riforme che hanno condotto al regolamento 2016/399. Eppure, la priorità accordata agli Stati è stata progressivamente scalfita. Due aspetti pongono con evidenza questa dinamica.

Da un lato, gli eccezionali flussi migratori del 2015 hanno determinato l'inserimento nel Codice di una nuova ipotesi di reintroduzione dei controlli alle frontiere. L'odierno art. 29, infatti, come noto, prevede una procedura speciale in caso di circostanze eccezionali derivanti da carenze gravi e persistenti nel garantire la funzione di filtro delle frontiere esterne, tali da determinare un rischio per il funzionamento globale dello spazio senza controllo alle frontiere interne. Ai nostri fini, occorre in particolare rammentare che questa procedura delinea un *iter* interistituzionale inaugurato dalla Commissione e formalmente concluso da una raccomandazione del Consiglio, dal cui tenore dipendono la possibilità o meno per gli Stati di ripristinare i controlli, e la portata di tale ripristino.

Dall'altro lato, la Corte di giustizia ha chiarito a più riprese la corretta interpretazione dell'art. 23 lett. a) CFS, con l'esito di ancorare a parametri comuni l'esercizio delle competenze di polizia nel territorio degli Stati membri, onde scongiurare che si traducessero in indebite elusioni dell'abolizione dei controlli alle frontiere interne¹⁷.

Questa graduale e frammentata tendenza verso una crescente europeizzazione della governance della dimensione interna dello Spazio Schengen trova a mio avviso nella proposta di riforma una chiara conferma e, soprattutto, il tentativo di un salto di qualità. Ciò si desume da alcuni profili essenziali del testo elaborato dalla Commissione europea, letto alla luce della giurisprudenza di Lussemburgo consolidatasi nell'ultimo decennio. In particolare, vengono in rilievo alcune proposte innovative in materia di ripristino dei controlli alle frontiere interne, di esercizio delle responsabilità nazionali a tutela della sicurezza interna e di cooperazione operativa di polizia alle frontiere¹⁸.

In tema di ripristino dei controlli alle frontiere interne, oltre ai profili già segnalati nel paragrafo precedente, la proposta di riforma recepisce alcune

¹⁷ V. ad es. CGUE, sentenza del 19 giugno 2012, *Adil*, C-278/12 PPU, ECLI:EU:C:2012:508.

¹⁸ Occorre precisare che ciò non riguarda, invece, i rimandi del CFS al diritto interno circa i controlli in porti e aeroporti e l'obbligo di possedere o avere con sé un documento di identità. Quest'ultimo profilo si caratterizza per una linea di continuità anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia: CGUE, sentenza del 21 settembre 1999, *Wijzenbeek*, C-378/97, EU:C:1999:439; CGUE, sentenza del 6 ottobre 2021, *Procedimento penale contro A*, C-35/20, ECLI:EU:C:2021:813.

delle lezioni apprese durante la crisi pandemica. Tra febbraio e marzo del 2020, infatti, la rapida diffusione del contagio da COVID-19 ha determinato l'urgenza di adottare misure idonee a contrastare il dilagare dell'epidemia. Come molti commentatori hanno evidenziato, non senza spunti critici, una delle prime reazioni a questa sfida si è materializzata in quasi tutta l'Unione nell'imposizione in via eccezionale di un duplice limite alla libertà di circolazione: l'imposizione di divieti di ingresso nel territorio nazionale – cd. *travel bans* – e il ripristino dei controlli alle frontiere tra Stati membri¹⁹. Pur non essendo questa la sede per approfondire le ragioni e la portata di queste misure, occorre rilevare come ben presto la pressoché generalizzata reintroduzione dei controlli alle frontiere si sia rivelata inidonea a contenere i contagi e, al contempo, foriera di effetti collaterali in molte aree transfrontaliere neuralgiche²⁰. Queste considerazioni, unitamente alla volontà di gestire in maniera comune una sfida condivisa e di scongiurare le esternalità negative derivanti da soluzioni statali unilaterali e frammentate, hanno determinato la Commissione europea ad assumere *de facto* un ruolo di guida e orientamento²¹. Tra le varie iniziative, assunte nella maggior parte dei casi tramite l'adozione di atti di *soft law*, l'istituzione guardiana dei Trattati, d'intesa con il Consiglio europeo, ha programmato una *roadmap* che, in pochi mesi, potesse ricondurre lo Spazio Schengen ad una tendenziale normalità²². Nonostante le ritrosie di alcuni Stati, la tabella di marcia ha in ampia misura contribuito al raggiungimento degli effetti auspicati, a riprova dell'utilità di forme di concertazione e coordinamento delle iniziative nazionali in presenza di minacce comuni per l'ordine pubblico e la sicurezza di più Stati.

Memore di questa esperienza e consapevole dell'opportunità di codificare in una base giuridica il ruolo esercitato surrettiziamente in assenza di

¹⁹ V. ad es. I. GOLDNER LANG, *EU Covid-19 Certificates: A Critical Analysis*, in *European Journal of Risk Regulation*, n. 1/2021, pp. 1.

²⁰ Sia permesso rinviare a S. MONTALDO, *Internal Border Control in the Schengen Area and Health Threats: Any Lessons from the COVID-19 Pandemic?*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 3/2021, pp. 405-430. V. altresì S. CARRERA, N. CHUN LUK, *In the Name of Covid-19: An Assessment of Internal Border Controls and Travel Restrictions in the EU*, Study for the LIBE Committee of the European Parliament, Brussels, 2020.

²¹ Cfr. gli orientamenti della Commissione europea del 16 marzo 2020, relativi alle misure per la gestione delle frontiere destinate a tutelare la salute e garantire la disponibilità di beni e servizi essenziali (2020/C 86 I/01). V. altresì A. ALEMANNI, *The European Response to COVID-19: From Regulatory Emulation to Regulatory Coordination?*, in *European Journal of Risk Regulation*, n. 2/2020, pp. 307-316.

²² Cfr. la Tabella di marcia comune europea verso la revoca delle misure di contenimento della COVID-19, del 17 aprile 2020, 2020/C 126/01.

norme *ad hoc*, la Commissione ha proposto l'introduzione di un nuovo meccanismo specifico per ipotesi in cui una minaccia grave all'ordine pubblico o alla sicurezza interna incomba sulla maggioranza degli Stati membri, mettendo a rischio il funzionamento globale dello spazio senza frontiere. Il meccanismo, disciplinato nel nuovo art. 28 CFS, sovverte l'impianto ordinario della catena decisionale in materia di ripristino dei controlli. Similmente a quanto previsto dall'art. 29, infatti, spetta alla Commissione accertare in prima battuta l'esistenza di una minaccia grave. In seguito, sulla base di una proposta della Commissione, il Consiglio può adottare una decisione di esecuzione che autorizza gli Stati a reintrodurre i controlli, nel rispetto della decisione medesima e previa rituale notifica. Ogni eventuale proroga è parimenti condizionata ad una valutazione della Commissione. Quest'ultima istituzione, inoltre, può indicare *in itinere* agli Stati eventuali misure alternative maggiormente appropriate o comunque idonee a fare fronte alla minaccia rilevata, come le attività di polizia in territorio statale *ex art. 23* o la procedura di trasferimento disciplinata *ex novo* all'art. 23 *bis* e sulla quale mi soffermerò a breve.

In definitiva, la proposta mira a scongiurare risposte unilaterali e in ordine sparso in presenza di criticità collettive, europeizzando un nuovo aspetto di una materia in origine riservata *in toto* alle autorità nazionali. D'altra parte, la reale portata di questa nuova disposizione, ove confermata – come ad oggi pare – all'esito degli emendamenti apportati dai legislatori dell'Unione, dipenderà in larga misura dall'approccio politico alla definizione del suo campo di applicazione. La nozione di minaccia grave che interessa la maggioranza degli Stati membri, infatti, ben potrebbe venire in rilievo per situazioni che negli ultimi anni hanno determinato molti Stati a valersi dell'art. 25 CFS, quali il terrorismo internazionale, il conflitto in Ucraina, le pratiche di strumentalizzazione dei migranti nonché, chiaramente, la pandemia da COVID-19. Benché dunque il potere decisionale sia in ultima istanza accordato al Consiglio, l'impostazione dell'art. 28 può preludere ad una ulteriore erosione futura dei margini operativi degli Stati, relegando le iniziative unilaterali di ripristino dei controlli alle categorie di ipotesi usualmente in auge prima del 2015, ossia, come ricordato, specifici eventi di carattere politico, sportivo o di altra natura. Al riguardo, l'assenza di un quorum espresso per l'adozione della decisione di esecuzione del Consiglio comporta il ricorso alla maggioranza qualificata, ulteriore elemento che potrebbe agevolare questa auspicata europeizzazione della parte quantitativamente più rilevante e politicamente più problematica di deviazioni dal pilastro interno di Schengen.

Un secondo aspetto che merita approfondimento riguarda la portata e le

implicazioni dell'art. 23 lett. a) CFS, dedicato alle responsabilità degli Stati membri in ordine all'attività di polizia sul proprio territorio. La Corte di giustizia, con giurisprudenza ormai consolidata, qualifica questa disposizione come una *species* del più generale disposto dell'art. 72 TFUE²³, a mente del quale le politiche dell'Unione in tema di spazio di libertà, sicurezza e giustizia non ostano “all'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna”. La natura giuridica di queste clausole è stata a lungo dibattuta, a fronte di due possibili inquadramenti²⁴. Secondo una prima opzione, si sarebbe trattato di formule di riparto verticale di competenze tra Unione e Stati membri, ad espresso vantaggio di questi ultimi. La seconda lettura, negli ultimi anni autorevolmente avvalorata dalla giurisprudenza di Lussemburgo²⁵, qualifica questi rimandi come deroghe dall'applicazione del diritto dell'Unione che, in quanto tali, possono essere legittimamente invocate solo ove le misure nazionali rilevanti rispondano a canoni di proporzionalità e non ledano il diritto primario, con particolare riguardo per i principi generali dell'ordinamento e per i diritti fondamentali²⁶.

Questo approdo giurisprudenziale ha segnato un primo elemento di svolta strutturale e, per così dire, strategica rispetto alle implicazioni di queste disposizioni. La prassi processuale dimostra infatti che molti Stati membri ambivano a valorizzare l'art. 72 TFUE e le ulteriori disposizioni ad esso collegate quale scudo capace di scongiurare ingerenze politiche dell'Unione o lo scrutinio della Corte di giustizia su misure nazionali contrastanti con obblighi europei ma asseritamente volte a tutelare esigenze securitarie²⁷. Per contro, la Corte ha risolutamente rigettato questa lettura, riconducendo queste clausole di ordine pubblico e sicurezza interna – e le relative attività condotte all'uopo dalle autorità degli Stati membri – nell'alveo dell'ordinamento dell'Unione.

Oltre a questo opportuno chiarimento interpretativo, come già segnalato, il Giudice dell'Unione ha beneficiato di varie occasioni per puntualizzare la

²³ *Inter alia*, CGUE, sentenza del 22 giugno 2010, *Melki e Abdeli*, C-188/10 e C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363; CGUE, sentenza del 21 giugno 2017, *A*, C-9/16, ECLI:EU:C:2017:483.

²⁴ Per una teorizzazione v. C. KESSEDJIAN, *Public order in European law*, in *Erasmus Law Review*, n. 1/2007, pp. 25-36.

²⁵ CGUE, sentenza del 2 aprile 2020, *Commissione c. Polonia et al.*, C-715/17, C-718/17 e C-719/17, ECLI:EU:C:2020:257.

²⁶ V. ad es. CGUE, sentenza 15 dicembre 2009, *Commissione c. Danimarca*, C-461/05, EU:C:2009:783.

²⁷ Oltre alla giurisprudenza già citata, v. ad es. gli argomenti delle parti in CGUE, sentenza del 17 dicembre 2020, *Commissione c. Ungheria*, C-808/18, ECLI:EU:C:2020:1029.

portata dell'art. 23 lett. a) e definire dunque in che misura le attività ordinarie di polizia sono compatibili con l'*acquis* di Schengen e non si traducono in una larvata elusione del divieto di controlli alle frontiere interne. Anche in forza dei criteri orientativi previsti dal CFS, la Corte ha sottolineato la necessità che le misure di controllo del territorio possono svolgersi in prossimità di una frontiera interna, purché non abbiano l'esclusiva finalità di verificare l'identità di coloro che la valicano, siano condotte in maniera selettiva e sulla base di informazioni o di elementi che l'esperienza porti a ricondurre a possibili rischi per l'ordine pubblico. È inoltre necessario che tali attività si inseriscano in un quadro normativo che ne delimiti *ex ante* la portata e l'incidenza sui flussi alla frontiera²⁸. Per quanto, dunque, gli Stati mantengano un significativo margine operativo e vari studi abbiano evidenziato la scarsa trasparenza e talune criticità dei controlli condotti all'interno del territorio nazionale – *in primis* il rischio di profilazione etnica²⁹ – il Giudice dell'Unione ha contribuito a scongiurare che l'art. 23 lett. a) venisse considerato un assegno in bianco potenzialmente deflagrante per la tenuta dello Spazio Schengen.

La giurisprudenza appena accennata acquista ulteriore rilevanza *ex post*, nel contesto della riforma in esame. Infatti, nei primi anni di attuazione del CFS le istituzioni europee guardavano con sospetto al ricorso alle attività ordinarie di polizia in prossimità di zone di frontiera, la cui consacrazione normativa in sede europea appariva un male necessario, ma potenzialmente problematico per la realizzazione di una *borderless area*. La proposta della Commissione consacra invece un cambio di paradigma, anche da parte del Parlamento europeo, istituzione usualmente molto critica rispetto all'operato degli Stati nell'Area Schengen³⁰. Questo cambiamento di approccio ha in particolare il suo compimento nell'espressa qualificazione dell'attività di polizia svolta all'interno del territorio degli Stati membri quale alternativa auspicata al ripristino dei controlli di frontiera, poiché meno lesiva delle istanze di libertà sottese alla dimensione interna dell'Area Schengen. Ciò ha ricadute pratiche di non secondario momento, in quanto l'inadeguatezza degli ordinari controlli di polizia rispetto alla minaccia per l'ordine pubblico e la sicu-

²⁸ Per una dettagliata analisi v. A. DI PASCALE, *Respingimento dello straniero e controlli alle frontiere interne ed esterne dell'UE*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2020, pp. 1-47.

²⁹ V. in proposito Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, *Evitare la profilazione illecita oggi e in futuro: una guida*, Vienna, 2019.

³⁰ V. ad es. la risoluzione del Parlamento europeo dell'8 luglio 2021 sulla relazione annuale sul funzionamento dello spazio Schengen (2019/2196(INI)).

rezza interna rilevata deve essere argomentata e dimostrata dagli Stati membri all'atto di considerare il ricorso alle clausole di ripristino. Parimenti, tale opzione deve essere soppesata in caso di proroghe dei controlli, così come rientra nello spettro del monitoraggio condotto dalla Commissione e della valutazione dell'operato degli Stati membri. Lo stesso si dica per la proposta di riforma dell'art. 28 CFS, che impone alla Commissione di considerare se la minaccia grave in atto possa essere affrontata con gli ordinari strumenti di *law enforcement* in sede nazionale.

In definitiva, la riforma potrebbe accendere ulteriori riflettori sull'operato delle autorità nazionali in materia di ordine pubblico e sicurezza interna: la complementarità e la prossimità funzionale con la governance dell'area senza frontiere rende infatti il delicato bilanciamento tra responsabilità degli Stati, interessi nazionali e ruolo delle istituzioni europee particolarmente strategico per la piena effettività del diritto UE in tema di frontiere interne.

La terza linea direttrice riguarda l'attività di *border policing* a livello transfrontaliero. Come noto, l'*acquis* di Schengen è affiancato da numerosi accordi internazionali – usualmente di carattere bilaterale – volti a disciplinare la cooperazione tra autorità di Stati frontalieri e le procedure di riammissione condotte nei confronti di coloro che abbiano fatto ingresso illegale nel territorio di una delle parti contraenti. Questo articolato e variegato complesso normativo è richiamato all'art. 6, par. 3 della direttiva 2008/115³¹, in forza del quale la disciplina del rimpatrio dei cittadini di Stato terzo irregolarmente presenti nel territorio di uno Stato membro non trova applicazione «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». Peraltro, l'attuazione di tali accordi è non di rado foriera di criticità, a motivo della diffusa prassi di riammissioni informali inconciliabili con le istanze di tutela promosse dal sistema comune di asilo, della scarsa trasparenza dei protocolli operativi delle autorità nazionali e della difficoltà di assicurare uno scrutinio giurisdizionale effettivo su provvedimenti che incidono in maniera significativa sulla sfera giuridica dei migranti, esponendoli ad esempio al rischio di riammissioni a catena.

Al netto di questi rilievi, sin dagli anni '90 la convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen (CAAS) ha disciplinato istituti di cooperazione

³¹ Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

operativa di polizia alla frontiera, quali inseguimenti o pedinamenti transfrontalieri. Tali strumenti costituiscono oggi importanti elementi di un più articolato panorama di forme di collaborazione tra le autorità di *law enforcement* nazionali, a livello investigativo, di intelligence e scambio di dati e di contrasto al crimine. Si assiste così ad una complessa intersezione di fonti di diritto UE, strumenti dell'*acquis* di Schengen, accordi internazionali e diritto interno³². In questo contesto, la riforma si segnala per un primo tentativo di scalfire un ulteriore giardino segreto degli Stati, ovvero la conduzione in via esclusiva di procedure di riammissione.

Infatti, la proposta di introduzione *ex novo* dell'art. 23 *bis* CFS disciplina una procedura di trasferimento semplificato da attuarsi nell'ipotesi in cui un cittadino di Stato terzo sia fermato nelle immediate vicinanze di una frontiera interna, all'esito di un pattugliamento congiunto di polizia ai sensi delle cd. decisioni Prüm³³, ove si abbia fondato motivo di ritenere che «sia arrivato direttamente da un altro Stato membro». Almeno in ragione della sua attuale configurazione, la proposta evidenzia talune criticità, già puntualmente rilevate in dottrina³⁴, a cominciare da condizioni cumulative per la sua attivazione tali da inficiare in partenza reali prospettive di un suo utilizzo diffuso. Allo stesso tempo, essa si segnala come primo tentativo di aprire una breccia nel *dominium* esclusivo degli Stati membri in merito alle riammissioni e, soprattutto, alla prassi delle riammissioni informali. La previsione di una procedura più chiara e trasparente, di un necessario rimedio giurisdizionale – seppur sotto più profili non in linea con i crismi dell'art. 47 della Carta – e l'obbligo in capo allo Stato di provenienza di procedere ad un rimpatrio ai sensi della direttiva 2008/115 – con il relativo divieto di proseguire la catena di riammissioni informali – sono progressi che meritano di essere sottolineati e che, ancora una volta, rispondono ad una tendenza verso l'erosione della sfera di esclusivo controllo delle autorità nazionali.

Si segnala peraltro come questo aspetto della proposta di riforma del CFS si inserisca nel quadro di un più ampio tentativo della Commissione eu-

³² Per un quadro di insieme v. C. BILLET, A. TURMO (a cura di), *Coopération opérationnelle en droit pénal de l'Union européenne*, Bruxelles, 2021.

³³ Decisione 2008/615/GAI del Consiglio, del 23 giugno 2008, sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera, e decisione 2008/616/GAI del Consiglio, del 23 giugno 2008, relativa all'attuazione della decisione 2008/615/GAI.

³⁴ E. PISTOIA, *Verso la riforma del Codice Frontiere Schengen: Le frontiere interne alla prova della nuova centralità delle riammissioni informali*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2022, pp. 38-64.

ropea di sistematizzare la disciplina UE in materia di cooperazione operativa di polizia³⁵. Infatti, a fronte della crescente rilevanza di questi strumenti di *law enforcement*, il panorama normativo europeo è fortemente incoerente e frammentato³⁶.

4. Conclusioni

La realizzazione dello Spazio Schengen rappresenta un esempio ineguagliato di neutralizzazione della “ossessione” per le frontiere tradizionalmente nutrita dagli Stati³⁷. Come da tempo osservato in dottrina, le frontiere interne «*n’ont interet qu’en vertu de leur desaparution*»³⁸. Eppure, gli Stati membri paiono aver perso l’originario afflato alla base dell’Accordo di Schengen e della successiva consolidazione di un significativo *acquis*. Essi hanno progressivamente piegato le regole a presidio dello spazio senza frontiere a beneficio di interessi nazionali, veicolati attraverso generose letture dei concetti di ordine pubblico e sicurezza interna.

La riforma del CFS proposta dalla Commissione nel dicembre del 2021 si inserisce in questo contesto e mira a fronteggiare lo iato tra la teoria e la realtà dello Spazio Schengen. L’analisi condotta ha argomentato come l’iniziativa dell’istituzione guardiana dei Trattati evidenzi due principali elementi conduttori.

In primo luogo, si rileva la volontà di codificare almeno in parte la prassi esistente in tema di ripristino dei controlli, rafforzando al contempo il corredo di strumenti a garanzia della compliance degli Stati e del monitoraggio sul loro operato, pur nella persistente mancanza di meccanismi di carattere cogente. A prima vista queste modifiche appaiono una soluzione al ribasso e formalizzano uno sviluppo funzionale delle regole che governano le reintroduzioni dei controlli. Al contempo, l’esercizio di realismo ad esse sotteso po-

³⁵ Nel dicembre del 2021, la Commissione europea ha proposto l’adozione di un “Codice europeo di polizia”, che prevede un programma di riforme – in particolare in tema di scambio di dati – ed una raccomandazione del Consiglio. Per maggiori dettagli: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_6645.

³⁶ M. WEISSEINSTEINER, *Cross-border police cooperation and ‘secondary movements’: on re-configurations in enforcing differential mobility rights within the spatial-legal Schengen space*, in *Utrecht Law Review*, n. 4/2021, pp. 73-88.

³⁷ M. FOUCHER, *L’obsession des frontières*, Paris, 2012.

³⁸ C. BLUMANN, *Les frontières de l’Union européenne. Rapport introductif général*, in C. BLUMANN (a cura di), *Les frontières de l’Union européenne*, Bruxelles, 2013, p. 3.

trà dare i suoi frutti solo se tutti gli attori in gioco dimostreranno di volersi adeguare al contesto normativo eventualmente riformato.

In secondo luogo, vari elementi della riforma portano a considerare che la Commissione voglia, sotto vari profili e con diversa intensità, insinuare crepe nel muro a protezione delle sfere decisionali esclusive e unilaterali degli Stati. Tra le varie sollecitazioni presentate nel paragrafo che precede, la riconsiderazione del ruolo dell'Unione e delle autorità nazionali e del loro rispettivo bilanciamento trova una manifestazione elettiva nella nuova clausola di ripristino dei controlli *ex art. 28 CFS*. Infatti, una sua lettura ragionevole ben potrebbe far ricadere nel suo campo di applicazione varie situazioni che, negli ultimi anni, gli Stati hanno addotto a giustificazione delle proprie decisioni unilaterali di deviare dal pilastro interno di Schengen. Alla delimitazione del margine discrezionale in capo alle autorità nazionali farebbe seguito, dunque, un corrispondente incremento del ruolo delle istituzioni europee e di un approccio realmente coordinato e condiviso alla materia.

In definitiva, benché persistano elementi di criticità, la proposta della Commissione prospetta soluzioni che meritano considerazione e che, se opportunamente valorizzate dalle autorità nazionali e dalle istituzioni europee, potrebbero contribuire a contenere i casi di ripristino dei controlli alle frontiere e, a livello strutturale, a ricondurre entro ipotesi di fisiologiche e comprovate esigenze di tutela di interessi nazionali o europei la dinamica tra regola ed eccezione nello Spazio Schengen. A questo riguardo, anche laddove le difficoltà negoziali portassero al fallimento della proposta o ad un suo sensibile ridimensionamento – ipotesi che nell'attuale contesto occorre tenere in debita considerazione – parte del contenuto dell'iniziativa in esame potrebbe costituire un utile punto di partenza per il futuro del CFS.

LA PROTEZIONE TEMPORANEA:
SPUNTI DI RIFLESSIONE ALLA LUCE
DELLA SUA PRIMA ATTIVAZIONE E IN VISTA DELLA RIFORMA
DEL SISTEMA EUROPEO COMUNE DI ASILO*

Simone Marinai^{**}

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La genesi della direttiva 2001/55: primo tassello verso la creazione di un sistema europeo di asilo comune. – 3. Il meccanismo di attivazione della protezione temporanea a confronto con quello della prospettata protezione immediata. – 4. L'ambito di applicazione personale della protezione. – 5. La libera scelta esercitata dagli sfollati dall'Ucraina quale spunto in vista della riforma del sistema europeo di asilo comune.

1. *Premessa*

Nell'ambito della prima sessione del Convegno ADiM, intitolata “Il quadro legislativo UE: tra riforme mancate e riforme silenziose”, mi è stato chiesto di svolgere alcune osservazioni traendo spunto dalla relazione che Rossana Palladino ha presentato in merito alla protezione temporanea¹. In particolare, la domanda di fondo su cui si è sviluppata la predetta relazione e, di conseguenza, le mie considerazioni, riguarda la possibilità di ritenere che la protezione temporanea possa rappresentare un punto di svolta per la politica di asilo dell'Unione europea e permettere quindi un superamento delle soluzioni in proposito proposte con il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo².

* Il presente contributo rientra anche tra le attività del Centro di Eccellenza Jean Monnet “*Migration and Human Rights in Europe's External Borders*”, con il supporto del Programma Erasmus+ dell'Unione Europea (587177-EPP-1-2017-1-ES-EPPJMO-CoE), e del Progetto di R&S finanziato dal Ministero spagnolo dell'Economia e della Competitività “*Maritime Immigration, Security Strategy and Protection of European Values in the Region of the Strait of Gibraltar*” (PID2020-114923RB-100, p.i. Prof. M.A. Acosta).

** Professore associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa.

¹ Direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi, in GUCE L 212 del 7 agosto 2001, p. 12.

² V. COM (2020) 609 final, del 20 settembre 2020, comunicazione della Commissione al

In merito all'interrogativo in questione, posso fin d'ora anticipare che sarebbe certo auspicabile che la prassi maturata con la prima attivazione della protezione temporanea, in conseguenza dei flussi massicci di sfollati provenienti dall'Ucraina dopo l'invasione da parte della Russia³, potesse imprimere una svolta nella politica europea di asilo. D'altra parte, va anche subito sottolineato che la particolarità della situazione cui si è cercato di far fronte con l'attivazione della protezione in questione, rende quanto meno difficile una riproposizione, su base più generalizzata, di soluzioni che sono state accettate proprio in considerazione della peculiarità del caso specifico cui si riferiscono.

In questo breve contributo vorrei soffermarmi su quattro aspetti che sono stati toccati dalla relazione di Rossana Palladino: la genesi della direttiva

Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo, Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo.

³ V. Decisione di esecuzione (UE) 2022/382 del Consiglio, del 4 marzo 2022, che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 2001/55/CE e che ha come effetto l'introduzione di una protezione temporanea, in GUUE L 71 del 4 marzo 2022, p. 1. Tra i contributi a commento della decisione con cui è stata attivata per la prima volta la protezione temporanea e della conseguente prassi applicativa, si vedano, tra gli altri: S. CARRERA, M. INELI CIGER, L. VOSYLIUTE, L. BRUMAT, *The EU grants temporary protection for people fleeing war in Ukraine. Time to rethink unequal solidarity in EU asylum policy*, in *CEPS Policy Insights*, n. 9/2022; A. CRESCENZI, *La crisi ucraina e l'attivazione della Direttiva 55/2001 sulla protezione temporanea: trattamenti preferenziali e doppi standard*, in *OIDU*, 2022, p. 1160; V. DI COMITE, *La protezione temporanea accordata dall'Unione europea alle persone in fuga dall'Ucraina: aspetti positivi ed elementi critici della decisione (UE) 2022/382*, in *La Comunità internazionale*, 2022, p. 493; M. DI FILIPPO, M.A. ACOSTA SÁNCHEZ, *La protezione temporanea, da oggetto misterioso a realtà operativa: aspetti positivi, criticità, prospettive*, in *OIDU*, 2022, p. 926; G. MORGESE, *L'attivazione della protezione temporanea per gli sfollati provenienti dall'Ucraina: Old but Gold?*, in *BlogDUE*, 9 marzo 2022; B. NASCIMBENE, *Situazioni di crisi e protezione internazionale. Quale ruolo per il diritto dell'Unione europea*, in *I Post di AISDUE*, 29 ottobre 2022; E. PISTOIA, *Dalla protezione temporanea alla protezione immediata. L'accoglienza degli sfollati dall'Ucraina come cartina tornasole della proposta di trasformazione*, in *Freedom Security & Justice: European Legal Studies*, n. 2/2022, p. 101; M. PORCHIA, *Direttiva 2001/55/CE e diritto al soggiorno degli sfollati ucraini negli Stati membri ospitanti: quali prospettive alla cessazione della protezione temporanea?*, in *Eurojus.it*, n. 4/2022, p. 112; M. SAVINO, F.L. GATTA, *On the Brink of a New Refugee Crisis: Temporary protection as a paradigm shift?*, in *VerfBlog*, 10 marzo 2022; D. VITIELLO, *The Nansen Passport and the EU Temporary Protection Directive: Reflections on Solidarity, Mobility Rights and the Future of Asylum in Europe*, in *European Papers*, 2022, p. 15.

2001/55; il meccanismo di attivazione della protezione temporanea; l'ambito di applicazione personale; la libera scelta lasciata agli sfollati provenienti dall'Ucraina in ordine allo Stato membro sul cui territorio beneficiare della protezione temporanea.

2. *La genesi della direttiva 2001/55: primo tassello verso la creazione di un sistema europeo di asilo comune*

La direttiva 2001/55, con la quale sono stati disciplinati i presupposti per l'attivazione della protezione temporanea, rappresenta il primo strumento normativo adottato in materia di asilo dalle istituzioni dell'Unione in virtù delle basi giuridiche che il Trattato di Amsterdam ha previsto in funzione della progressiva creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Tale Trattato attribuiva al Consiglio, entro un periodo di cinque anni dalla sua entrata in vigore, l'onere di stabilire – tra l'altro – norme minime per assicurare protezione temporanea agli sfollati di Paesi terzi che non possono ritornare nel Paese di origine e per le persone che altrimenti necessitano di protezione internazionale⁴. Nell'ambito delle Conclusioni del Consiglio europeo tenutosi a Tampere nel 1999, il Consiglio venne esortato ad intensificare gli sforzi per giungere ad un accordo sulla protezione temporanea degli sfollati, che avrebbe dovuto essere basato sulla solidarietà tra gli Stati membri. La crisi del Kosovo, culminata nei bombardamenti della Nato durante la primavera di tale anno, aveva infatti evidenziato l'esigenza di raggiungere una convergenza per definire criteri comuni in base ai quali consentire l'attivazione della protezione temporanea a fronte di afflussi massicci di persone in fuga da un conflitto armato. La direttiva 2001/55 si inserì in un contesto in cui le istituzioni dell'Unione europea, dando seguito ai punti programmatici definiti nel corso del citato Consiglio europeo di Tampere, nel giro di pochi anni, furono in grado di porre le basi per l'armonizzazione delle politiche di asilo che, fino ad allora, erano state prevalentemente lasciate alla discrezionalità statale. Basti pensare che, di lì a poco, vennero adottate, ad es., la direttiva "qualifiche", la direttiva "procedure", la direttiva "accoglienza", il regolamento "Dublino", strumenti questi che, nel loro complesso, hanno impresso un significativo salto di qualità in funzione della creazione di un sistema europeo comune di asilo.

⁴ V. art. 63, n. 2, lett. a) del Trattato istitutivo della Comunità europea, nel testo risultante a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam.

3. *Il meccanismo di attivazione della protezione temporanea a confronto con quello della prospettata protezione immediata*

L'eccessiva discrezionalità che la direttiva 2001/55 riconosce alle istituzioni dell'Unione ai fini dell'attivazione della protezione temporanea, rappresenta senz'altro una delle principali ragioni della mancata attuazione della protezione in questione prima della crisi ucraina⁵. Le istituzioni dell'Unione, in più occasioni, hanno infatti evitato di farvi ricorso nascondendosi dietro la vaghezza di alcuni presupposti applicativi, quali quello relativo alla sussistenza di un (non meglio definito) afflusso massiccio di sfollati. Il processo decisionale in seno al Consiglio è stato poi bloccato da considerazioni di carattere politico. Gli Stati membri, infatti, hanno temuto che l'attivazione della protezione temporanea potesse rappresentare un *pull factor* in grado di favorire ulteriori arrivi di migranti all'interno del territorio dell'Unione. Inoltre, un ulteriore elemento che ha spinto alcuni Stati membri a vedere con sfavore il ricorso alla protezione temporanea è rappresentato dalla consapevolezza che al meccanismo in questione è collegato un sistema di solidarietà inteso a promuovere l'equilibrio degli sforzi nell'accoglienza degli sfollati.

Già Rossana Palladino, nella sua relazione, si è chiesta se debba essere accolto con favore il nuovo meccanismo di attivazione della protezione per gli sfollati previsto dalla proposta di regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore che, al posto della protezione temporanea, introduce il nuovo *status* di protezione immediata⁶. In particolare, occorre ricordare

⁵ In tal senso, v. ad es. H. BEIRENS, S. MAAS, S. PETRONELLA, M. VAN DER VELDEN, *Study on the Temporary Protection Directive. Fila Report*, Luxembourg, 2016, spec. p. 50 ss.

⁶ V. COM (2020) 613 final, del 23 settembre 2020, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo. Sui caratteri della protezione immediata, v. ad es. C. FRATEA, *La proposta di regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore: un limitato progresso rispetto alla direttiva sulla protezione temporanea*, in *I Post di AISDUE*, III, 2021, Focus "La proposta di Patto su immigrazione e asilo", n. 10/2021, p. 165 e spec. p. 177 ss.; M. INELI-CIGER, *Immediate Protection in the New Pact on Migration and Asylum: A Viable Substitution for Temporary Protection?*, in D. THYM/ODYSSEUS ACADEMIC NETWORK (eds.), *Reforming the Common European Asylum System. Opportunities, Pitfalls, and Downsides of the Commission Proposals for a New Pact on Migration and Asylum*, Baden-Baden, 2022, p. 149; R. PALLADINO, *Il nuovo status di protezione immediata ai sensi della proposta di regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore: luci ed ombre*, in I. CARACCIOLLO, G. CELLAMARE, A. DI STASI, P. GARGIULO (a cura di), *Migrazioni internazionali. Questioni giuridiche aperte*, Napoli, 2022, p. 593.

che, mentre ai fini dell'attivazione della protezione temporanea è necessaria una decisione a maggioranza qualificata del Consiglio previa proposta della Commissione, l'attivazione della nuova protezione immediata avverrebbe direttamente mediante una decisione della Commissione, senza quindi necessità di intervento del Consiglio. È evidente che, demandando l'attivazione della protezione in questione alla Commissione ed eliminando il passaggio in seno al Consiglio, la procedura verrebbe snellita. Ciò nonostante, non va sottovalutata la circostanza che anche la Commissione ha avuto senz'altro una parte di responsabilità nella mancata attivazione della protezione temporanea prima della crisi ucraina. Fin dai significativi flussi di migranti giunti in Europa nel contesto delle primavere arabe, infatti, alcuni Stati membri (tra cui ad esempio l'Italia) hanno in più occasioni richiesto l'attivazione della protezione temporanea, senza peraltro ottenere dalla Commissione la disponibilità ad elaborare la relativa proposta. Non può dimenticarsi che la Commissione non è propriamente un'istituzione di carattere tecnico. La stessa, infatti, pur agendo nell'interesse dell'Unione, opera spesso sulla base di valutazioni di carattere politico. Proprio considerazioni di carattere politico sono quelle che, dopo l'invasione dell'Ucraina da parte della Russia, hanno permesso di trovare, nel giro di pochi giorni, l'accordo – anche in seno al Consiglio – necessario all'attivazione della protezione temporanea.

Va poi considerato che anche la proposta di protezione immediata, se da una parte sposta il potere decisionale dal Consiglio alla Commissione, dall'altra prevede comunque un meccanismo di controllo da parte degli Stati membri⁷. Secondo la citata proposta, infatti, la Commissione deve raccogliere un parere da parte di un comitato dei rappresentanti degli Stati membri⁸. Qualora tale parere fosse negativo, la decisione di esecuzione non potrebbe essere adottata dalla Commissione. Solo a fronte di imperativi motivi di urgenza debitamente giustificati, la decisione di esecuzione potrebbe essere adottata senza previa consultazione del comitato degli Stati membri. Quest'ultimo sarebbe comunque chiamato, a posteriori, a dare il proprio pa-

⁷ In proposito, v. E. PISTOIA, *Dalla protezione temporanea alla protezione immediata. L'accoglienza degli sfollati dall'Ucraina come cartina tornasole della proposta di trasformazione*, cit., pp. 110-111.

⁸ V. artt. 11, par. 1, e 12, par. 1, della proposta COM (2020) 613, cit., che rinviano alla procedura di esame disciplinata dall'art. 5 del regolamento (UE) n. 182/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, che stabilisce le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione.

rere che, se negativo, avrebbe l'effetto di costringere la Commissione a disattivare il meccanismo di protezione immediata già attivato. È possibile prevedere, quindi, che difficilmente gli Stati membri – anche qualora la protezione immediata dovesse sostituire la protezione temporanea – rinunceranno ad esercitare una forma di controllo sulla decisione relativa all'attivazione della protezione in questione.

4. *L'ambito di applicazione personale della protezione*

Ulteriore spunto di riflessione offerto dalla relazione di Rossana Palladino è quello relativo alla possibilità di mettere a confronto l'ambito di applicazione personale della protezione temporanea con quello invece previsto per la protezione immediata, oggetto della già citata proposta di regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore. La scelta compiuta nell'ambito di tale proposta è chiaramente quella di restringere il novero dei potenziali destinatari della protezione in questione. Ciò si ricava, innanzitutto, dal fatto che la protezione immediata potrà applicarsi solo a fronte di una situazione di crisi che, secondo la medesima proposta, sussiste in caso di afflusso massiccio di cittadini di Paesi terzi o di apolidi arrivati in modo irregolare in uno Stato membro o sbarcati sul suo territorio a seguito di operazioni di ricerca e soccorso la cui entità rende inefficace il sistema di asilo, accoglienza o rimpatrio dello Stato membro in questione e può avere gravi conseguenze sul funzionamento del sistema europeo comune di asilo⁹. Secondo quanto precisato dall'art. 10 della proposta, però, non tutte le persone giunte nel contesto di una situazione di crisi possono beneficiare della protezione immediata. Piuttosto, potenziali beneficiari sono solo gli sfollati di Paesi terzi esposti a elevati rischi di subire violenza indiscriminata, in situazioni eccezionali di conflitto armato, che non sono in condizione di ritornare nel loro Paese di origine.

La proposta di circoscrivere in simili termini l'ambito di applicazione personale della protezione immediata ha, come conseguenza, che la stessa non potrebbe essere utilizzata in casi analoghi a quelli che hanno riguardato gli sfollati dall'Ucraina a seguito dell'invasione russa del 24 febbraio 2022. Con particolare riferimento ai cittadini ucraini, infatti, bisogna ricordare che gli stessi, in virtù dell'esenzione dal visto per soggiorni di breve durata¹⁰,

⁹ V. l'art. 1, par. 2, lett. a) richiamato dall'art. 10 della proposta COM (2020) 613, cit.

¹⁰ V. allegato II del regolamento (UE) 2018/1806 del Parlamento europeo e del Consi-

avevano già la possibilità di fare regolare ingresso sul territorio dell'Unione e di rimanervi per un periodo di 90 giorni. Non si tratta, quindi, di cittadini di Paesi terzi arrivati in modo irregolare, presupposto questo che, invece, è richiesto ai fini della nuova protezione immediata¹¹. Questa nuova forma di protezione non potrebbe quindi coprire quanti invece hanno diritto a beneficiare della protezione temporanea. Ritenendo invece senz'altro positiva (anche se migliorabile) la risposta che l'Unione europea ha offerto a fronte dei flussi massicci di sfollati provenienti dall'Ucraina, occorre evitare che le modifiche del quadro giuridico comportino un peggioramento dei meccanismi di protezione, senza tener conto degli elementi emersi dalla recente prassi applicativa.

5. *La libera scelta esercitata dagli sfollati dall'Ucraina quale spunto in vista della riforma del sistema europeo di asilo comune*

Un ultimo aspetto su cui voglio soffermarmi attiene alla possibilità che l'esperienza maturata alla luce della crisi ucraina e la libera scelta che in tale contesto è stata garantita in ordine allo Stato membro in cui beneficiare della protezione temporanea, possano essere elementi su cui riflettere in vista della riforma del sistema europeo comune di asilo.

Come ho sopra ricordato, i cittadini ucraini godono dell'esenzione dal visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne dell'Unione tanto che, una volta ammessi sul territorio di quest'ultima, hanno avuto la possibilità di circolarvi liberamente per un periodo di 90 giorni. In questo modo, dopo lo scoppio del conflitto con la Russia, è stata loro garantita la facoltà di scegliere liberamente lo Stato membro dell'Unione in cui recarsi ed all'interno del quale usufruire dei diritti connessi alla protezione temporanea¹².

glio, del 14 novembre 2018, che adotta l'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e l'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo, p. 39.

¹¹ In proposito, v. già v. E. PISTOIA, *Dalla protezione temporanea alla protezione immediata. L'accoglienza degli sfollati dall'Ucraina come cartina tornasole della proposta di trasformazione*, cit., pp. 117.

¹² Sul rilievo che la libertà di scelta ha avuto per gli sfollati dall'Ucraina che hanno beneficiato della protezione temporanea, v. ad es. M. DI FILIPPO, M.A. ACOSTA SÁNCHEZ, *La protezione temporanea, da oggetto misterioso a realtà operativa*, cit., p. 939 ss.; E. KÜÇÜK, *The odd couple: Free choice of asylum and temporary protection*, in *EU Law Analysis*, 16 maggio

Secondo Rossana Palladino, una simile libertà di scelta può essere annoverata tra le “riforme silenziose” rispetto al quadro giuridico esistente.

Non vi è dubbio che la prassi inaugurata sia quanto meno potenzialmente in grado di orientare la discussione in vista della riforma del sistema europeo comune di asilo e, più in particolare, dei meccanismi che consentono di individuare quale sia lo Stato membro competente a pronunciarsi su una domanda di protezione internazionale. Il riferimento è, evidentemente, alla revisione del regolamento Dublino. I criteri da questo dettati finiscono, nella maggior parte dei casi, per far ricadere sugli Stati membri di primo ingresso gli oneri collegati alla gestione delle domande volte ad ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato o di titolare della protezione sussidiaria, alla successiva accoglienza di quanti hanno visto accolta la loro domanda o, in alternativa, alle procedure di rimpatrio di quanti non hanno titolo per rimanere sul territorio dell'Unione. Nell'ambito del sistema vigente, lo spazio per la libertà di scelta dell'interessato è assai ridotto. Bisogna ricordare, infatti, che alla base del regolamento Dublino è l'obiettivo di assicurare l'efficienza del sistema e che viene ritenuto essenziale, in tale ottica, scoraggiare il *forum shopping* da parte dei richiedenti protezione internazionale ed i loro movimenti secondari all'interno dell'Unione¹³. Di fatto, quindi, all'interessato viene consentito di scegliere dove godere della protezione internazionale solo a condizione che sia in grado di fare il suo ingresso nell'Unione recandosi direttamente nello Stato membro sul cui territorio intende presentare la relativa domanda. Nella più gran parte dei casi, però, ciò non è materialmente possibile.

La Commissione, già in passato, nel corso del processo di revisione del sistema Dublino, ha sottolineato che permettere ai richiedenti asilo di far trattare le domande di protezione internazionale dallo Stato membro di loro scelta costituirebbe un *pull factor*, cioè a prescindere dal fatto che le condizioni di accoglienza ed il trattamento delle domande di asilo siano equivalenti nei diversi Stati membri¹⁴. Secondo la Commissione, inoltre, un meccanismo improntato ad una simile libertà non consentirebbe di realizzare la solidarietà e l'equa ripartizione delle responsabilità che sono invece richieste dai Trat-

2022; D. THYM, *Temporary Protection for Ukrainians: the Unexpected Renaissance of 'Free Choice'*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 7 marzo 2022.

¹³ In tal senso, v. ad es. conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi, del 25 luglio 2018, *Fathi*, C-56/17, ECLI:EU:C:2018:621, punto 16.

¹⁴ V. COM (2016) 197 final, del 6 aprile 2016, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa, p. 7.

tati istitutivi. Anche la proposta di riforma elaborata nell'ambito del Patto sulla migrazione e l'asilo del 2020 lascia sostanzialmente inalterata la logica alla base del regolamento Dublino e non comporta miglioramenti significativi dal punto di vista della libertà di scelta riconosciuta all'interessato in ordine allo Stato membro sul cui territorio godere della protezione internazionale¹⁵. Anzi, per fugare ogni possibile dubbio, nella proposta sulla gestione dell'asilo viene ribadito che gli interessati non hanno diritto di scegliere lo Stato membro in cui presentare la domanda, tanto che da ciò viene fatto conseguire, a titolo sanzionatorio nei confronti di quanti abbiano compiuto spostamenti non autorizzati, che i richiedenti protezione internazionale potranno godere del diritto alle condizioni materiali di accoglienza solo nel luogo in cui sono tenuti a soggiornare¹⁶.

Garantire agli interessati la facoltà di scegliere lo Stato membro di fronte al quale presentare domanda di protezione internazionale viene da tempo ritenuta una prospettiva importante al fine di massimizzare la fiducia dei richiedenti asilo e diminuire invece il carattere coercitivo delle previsioni attualmente vigenti¹⁷. Visto che queste ultime non hanno impedito la presenza di movimenti secondari, valorizzare le preferenze degli interessati potrebbe rappresentare una soluzione più semplice e meno costosa, considerato che in questo modo si eviterebbero agli Stati membri i lunghi e dispendiosi meccanismi di rimpatri attualmente previsti dal regolamento Dublino. Certo, è già stato da più parti sottolineato che un sistema basato sul riconoscimento di un'ampia libertà di scelta ai richiedenti protezione internazionale presenterebbe anche indubbi difetti. Ad esempio, non si può escludere la conseguenza di innescare una corsa al ribasso, da parte degli Stati membri, che potrebbero cioè essere indotti a rendere i propri sistemi di accoglienza sempre meno attraenti al fine di disincentivare gli interessati a sceglierli come propria destinazione¹⁸. A ciò si aggiunga, poi, che un meccanismo che desse esclusi-

¹⁵ V. COM (2020) 610 final, del 23 settembre 2020, 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].

¹⁶ V. COM (2020) 610, cit. p. 25.

¹⁷ In tal senso, v. ad es. ECRE, *Sharing Responsibility for Refugee Protection in Europe: Dublin Reconsidered*, Brussels, 2008; PROASYL ET AL., *Memorandum. For a free choice of host country in the EU. Respecting refugees' interests*, 2015, in: <https://www.proasyl.de>.

¹⁸ In tal senso, v. ad es. F. MAIANI, *The Reform of the Dublin III Regulation*, Study for the LIBE Committee, PE 571.360, Brussels, 2016, p. 48.

vo rilievo alle preferenze degli interessati potrebbe rischiare di condurre ad un sistema “anarchico” che avrebbe ripercussioni negative sulle finanze statali e quindi anche sul contesto socioeconomico dei Paesi di accoglienza, con conseguenti tensioni politiche tra gli Stati membri dell’Unione¹⁹.

Nel contesto della crisi ucraina, la libera scelta ha dimostrato di poter funzionare. Già in occasione dell’adozione della decisione di esecuzione del Consiglio n. 2022/382, con cui la protezione temporanea è stata attivata, era stato tenuto conto del fatto che lasciare agli interessati la possibilità di scegliere lo Stato membro in cui godere della protezione in questione avrebbe permesso agli stessi di raggiungere i familiari e gli amici attraverso le importanti reti esistenti in tutta l’Unione²⁰. Non c’è dubbio, però, che su simili considerazioni abbia inciso la consapevolezza della presenza di una consistente comunità ucraina già regolarmente residente in molti Stati membri dell’Unione prima dello scoppio della crisi e del fatto che ciò avrebbe rappresentato un significativo elemento di supporto per i nuovi arrivati.

Ulteriori elementi che hanno caratterizzato la posizione dell’Unione a fronte dei flussi massicci di sfollati provenienti dall’Ucraina sono rappresentati dall’esigenza di assumere una forte risposta contro la flagrante violazione del diritto internazionale posta in essere da parte della Russia e della conseguente necessità di mostrare piena solidarietà al popolo ucraino.

Si tratta di circostanze che rendono del tutto peculiare il caso ucraino e che, al contempo, spingono a ritenere che sia altamente improbabile che gli Stati membri siano disposti, in un’ottica di riforma strutturale del sistema Dublino, ad accettare un meccanismo in cui la libertà di scelta da parte degli interessati rappresenti il principio informatore sulla base del quale determinare lo Stato membro responsabile a pronunciarsi sulle domande di protezione internazionale. Ciò, soprattutto, alla luce anche delle più recenti posizioni ribadite in occasione del Consiglio europeo del febbraio 2023, nel corso del quale, ancora una volta, le esigenze primarie in vista della riforma del sistema europeo comune di asilo, appaiono quelle di assicurare il rafforzamento delle frontiere esterne dell’Unione e garantire rapide procedure di rimpatrio dei migranti irregolari²¹. Esigenze, queste, del tutto in linea anche

¹⁹ V. M. DI FILIPPO, *The allocation of competence in asylum procedures under EU Law: The need to take the Dublin bull by the horns*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2018, p. 41 e spec. p. 72.

²⁰ V. considerando n. 16 della decisione di esecuzione n. 2022/382, cit.

²¹ V. Riunione straordinaria del Consiglio europeo, Conclusioni, EUCO 1/23 del 9 febbraio 2023, spec. punto 19 ss.

con la posizione della Presidente della Commissione europea che, pur auspicando che i meccanismi di solidarietà volontaria si trasformino in solidarietà effettiva, ha nuovamente ribadito l'importanza del contrasto ai movimenti secondari all'interno dell'Unione, da perseguire mediante una corretta attuazione del meccanismo di Dublino²². Nessun margine viene quindi previsto per le preferenze dei richiedenti protezione internazionale.

²² V. *Opening remarks by President von der Leyen at the joint press conference with President Michel following the special meeting of the European Council of 9 February 2023*, Brussels, 10 febbraio 2023, Statement/23/761.

FRONTEX E I RISCHI PER LA TUTELA
DEI DIRITTI FONDAMENTALI DEI MIGRANTI:
“PRATICHE DEL PASSATO” O OMBRE NEL FUTURO?

Salvatore Fabio Nicolosi*

SOMMARIO: 1. Osservazioni preliminari. – 2. I rischi in tema di tutela dei diritti fondamentali alla luce del mandato evolutivo di Frontex. – 3. Frontex e gli insufficienti meccanismi di controllo del rispetto dei diritti fondamentali. – 4. Accesso alla giustizia e amministrazione europea integrata: le possibili soluzioni. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Osservazioni preliminari*

Il rapporto tra l’Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (Frontex)¹ e la tutela dei diritti fondamentali si è rivelato piuttosto complesso e problematico sin dalla stessa creazione dell’agenzia nel 2004², culminando nelle recenti inchieste da parte dell’Ufficio Europeo Antifrode (OLAF)³, riguardanti tre membri del personale di Frontex, compreso il pre-

* Assistant Professor, Utrecht University, Ricercatore presso l’Utrecht Centre for Regulation and Enforcement in Europe (RENFORCE), Adjunct Professor, Vrije Universiteit Brussels (VUB).

¹ Regolamento (UE) 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2019, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea e che abroga i regolamenti (UE) n. 1052/2013 e (UE) 2016/1624.

² Regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio, del 26 ottobre 2004, che istituisce un’Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell’Unione europea. In letteratura la questione è stata ampiamente affrontata, cfr. in particolare M. FINK, *Frontex and Human Rights Responsibility in ‘Multi-Actor Situations’ under the ECHR and EU Public Liability Law*, Oxford, 2018; R. MUNGIANU, *Frontex and Non-Refoulement. The International Responsibility of the EU*, Cambridge, 2016; I. INGRAVALLO, *Il rispetto dei diritti fondamentali nell’azione dell’Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera*, in I. CARACCILO, G. CELLAMARE, A. DI STASI, P. GARGIULO (a cura di), *Migrazioni internazionali. Questioni giuridiche aperte*, Napoli, pp. 111-139.

³ Regolamento (UE, Euratom) 883/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 settembre 2013, relativo alle indagini svolte dall’Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF) e che abroga il regolamento (CE) n. 1073/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (Euratom) n. 1074/1999 del Consiglio.

cedente Direttore esecutivo dell’Agenzia, Fabrice Leggeri⁴. Tale Rapporto ha portato alle dimissioni di quest’ultimo⁵, ha mosso il Parlamento europeo al rifiuto di approvare lo scarico del bilancio di Frontex per il 2020⁶ ed ha “scioccato” la Commissaria europea per gli Affari interni, Ylva Johansson⁷.

Sulla scorta di tale Rapporto, il presente contributo mirerà a rispondere a tre questioni principali, volte a valutare rispettivamente in che misura le attività di Frontex risultano problematiche sul piano della tutela dei diritti fondamentali dei migranti che interagiscono con l’Agenzia; se tali aspetti problematici sono accompagnati da adeguate garanzie di tutela e misure di accesso alla giustizia per i migranti; infine, se è possibile superare gli ostacoli in materia di tutela dei diritti fondamentali, proponendo un nuovo modello di accesso alla giustizia, in linea con i più recenti sviluppi istituzionali in tema di controllo alle frontiere esterne che assegnano ad agenzie dell’UE come Frontex un ruolo progressivamente più operativo⁸.

Occorre premettere che, pur riconoscendo l’esito delle gravi condotte scorrette addebitate ai suoi funzionari, le misure correttive interne, quali modifiche procedurali, adottate dal Consiglio di amministrazione di Frontex per far sì che questi illeciti siano solo ‘pratiche del passato’⁹ non sono sufficienti a dissipare le ombre che queste pratiche gettano sul futuro del sistema di controllo e gestione delle frontiere esterne dell’UE.

⁴ Ufficio europeo Anti-Frode (OLAF), Final Report on Frontex, Case No OC/2021/0451/A1, il Rapporto è stato reso pubblico sulla piattaforma FragDenStaat in: <https://fragdenstaat.de/dokumente/233972-olaf-final-report-on-frontex/>.

⁵ Commissione europea, *Statement on the resignation of Fabrice Leggeri*, 29 aprile 2022, disponibile in: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/statement_22_2751.

⁶ Parlamento europeo, Press Release, Sessione plenaria, 18 ottobre 2022, disponibile in: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20221014IPR43210/frontex-meps-refuse-to-discharge-eu-border-agency-over-its-management-in-2020>.

⁷ Parlamento europeo, Dibattito, Sessione plenaria, 17 ottobre 2022, disponibile in: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CRE-9-2022-10-17-ITM-013_EN.html.

⁸ Sul punto si veda anche D. VITIELLO, *Poteri operativi, accountability e accesso alla giustizia nella gestione integrata delle frontiere esterne dell’Unione europea. Una prospettiva sistemica*, in *I Post di AISDUE*, V, 2023. Più in generale si veda D. FERNÁNDEZ-ROJO, *EU Migration Agencies: The Operation and Cooperation of Frontex, EASO, and Europol*, Cheltenham, 2021.

⁹ Agenzia Europea della guardia di frontiera e costiera (Frontex), the European Border and Coast Guard Agency Statement of Frontex Executive Management following publication of OLAF report, 14 Ottobre 2022, disponibile in: <https://frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/statement-of-frontex-executive-management-following-publication-of-olaf-report-amARYy>.

2. *I rischi in tema di tutela dei diritti fondamentali alla luce del mandato evolutivo di Frontex*

Un rapido *excursus* dei profili istituzionali di Frontex consente di sottolineare come il regolamento istitutivo originario 2004 sia stato modificato diverse volte nel 2011¹⁰, nel 2016¹¹ e infine nel 2019¹². In particolare, com'è stato osservato¹³, il Regolamento del 2016 ha determinato una revisione significativa, istituendo la Guardia di frontiera e costiera europea, quale organismo composto dalle autorità di frontiera nazionali, e Frontex, riunendo pertanto all'interno di un unico sistema organizzativo le autorità nazionali, sottoponendole ad un maggiore ruolo di coordinamento a livello europeo tramite Frontex. In questa cornice vale la pena evidenziare che gli Stati membri mantengono la responsabilità principale nella gestione dei rispettivi segmenti delle frontiere esterne, da attuarsi nell'interesse comune di tutti gli Stati membri¹⁴. Frontex assume il ruolo di sostenere gli Stati membri nell'attuazione della gestione delle frontiere con competenze, personale, attrezzature e risorse finanziarie.¹⁵

Tuttavia, l'evoluzione del mandato di Frontex nell'ottica di un potenziamento dei poteri operativi dell'Agenzia soprattutto nelle attività di monitoraggio degli attraversamenti irregolari delle frontiere, identificazione e rimpatrio dei migranti, ha progressivamente amplificato i rischi di interferenza con i diritti individuali dei migranti. Al di là delle prove riportate dal Rapporto dell'OLAF, in cui tra l'altro si apprende dei toni dispregiativi da parte di

¹⁰ Regolamento (UE) n. 1168/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, recante modifica del regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio che istituisce un'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea.

¹¹ Regolamento (UE) 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2016, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea che modifica il regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio e la decisione 2005/267/CE del Consiglio.

¹² In dottrina cf. C. CHEVALLIER-GOVERS, R. TINIERE (dir.), *De Frontex à Frontex. Vers l'émergence d'un service européen des garde-côtes et garde-frontières*, Bruxelles, 2019.

¹³ M. FINK, J. J. RIJPMAN, *The management of the European Union's external borders*, in E. TSOURDI e PH. DE BRUYCKER (a cura di), *Research Handbook on EU Migration and Asylum Law*, Cheltenham, 2022, pp. 418-419.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Regolamento Frontex 2019, Art. 5(3) e 7(4).

membri del Consiglio di amministrazione dell’Agenzia nei confronti del Responsabile per i diritti fondamentali¹⁶, situazioni problematiche sul piano della tutela dei diritti fondamentali si sono riscontrate non solo nelle operazioni di controllo delle frontiere esterne, ma anche nelle attività di supporto alle autorità nazionali, come evidenziato già dalla Corte europea dei diritti dell’uomo (Corte EDU) nel 2014 in relazione al caso *Mohamad c. Grecia*.¹⁷ Il caso, riguardante la detenzione di un minore non accompagnato, offre un esempio delle conseguenze delle attività di Frontex sulla sfera individuale dei migranti. La circostanza, infatti, scaturiva dall’erronea trascrizione dell’età anagrafica da parte del personale di Frontex che ne ha dichiarato la maggiore età. Nonostante il *Greek Council for Refugees* (GCR) avesse comunicato al Direttore del distretto di polizia che l’età fosse inferiore ai 18 anni, il ricorrente è stato mantenuto in stato di detenzione.

La revisione del 2019 ha ulteriormente rafforzato l’Agenzia, mettendo a disposizione un corpo permanente di 10.000 guardie di frontiera che potrà anche esercitare poteri esecutivi¹⁸. Ciò costituisce una trasformazione alquanto rilevante rispetto all’idea originaria di un semplice organismo di supporto e coordinamento. È proprio tale progressiva estensione dei poteri operativi di Frontex che ha moltiplicato i rischi di violazioni di diritti fondamentali¹⁹. Mentre presunte violazioni dei diritti fondamentali durante le operazioni congiunte di Frontex sono state segnalate al largo delle coste greche a partire dal 2011, la situazione è divenuta pubblicamente nota nel 2020 a seguito di un’indagine mediatica che ha documentato sei casi tra marzo e agosto 2020 in cui Frontex sia stata direttamente o indirettamente coinvolta in casi di respingimento²⁰.

Infine, come accennato, il più recente Rapporto dell’OLAF ha concluso circa la fondatezza delle accuse relative a gravi illeciti e irregolarità da parte del personale di Frontex, evidenziando come queste circostanze hanno osta-

¹⁶ OLAF, *Final Report on Frontex*, cit., p. 66.

¹⁷ Corte Edu, sentenza dell’11 dicembre 2014, *Mohamad c. Grecia*, ric. n. 70586/11.

¹⁸ Cf. Regolamento Frontex 2019, Art. 82.

¹⁹ Sul punto si veda M. GKLIATI, *The next phase of the European Border and Coast Guard. Responsibility for returns and push-backs in Hungary and Greece*, in *European Papers*, n. 1/2022, pp. 171-193.

²⁰ Si veda l’inchiesta di N. WATERS, E. FREUDENTHAL, L. WILLIAMS, *Frontex at Fault: European Border Force Complicit in ‘Illegal’ Pushback*, *Bellingcat*, 23 Ottobre 2020, disponibile in: <https://www.bellingcat.com/news/2020/10/23/frontex-at-fault-european-border-force-complicit-in-illegal-pushbacks/>.

colato la capacità dell’Agenzia di adempiere pienamente alle proprie responsabilità in materia di rispetto dei diritti fondamentali sottesi alla Carta dei diritti fondamentali dell’UE²¹.

3. *Frontex e gli insufficienti meccanismi di controllo del rispetto dei diritti fondamentali*

Nel corso degli anni si è assistito nel contesto delle revisioni del Regolamento istitutivo ad una proliferazione di disposizioni normative sugli obblighi di Frontex in materia di protezione dei diritti fondamentali, di cui l’art. 80 del Regolamento del 2019 costituisce la norma generale. Già a partire dalla revisione del 2011, Frontex è stata dotata di organismi preposti a livello interno a monitorare il rispetto dei diritti fondamentali, quali l’istituzione di un Responsabile dei diritti fondamentali e un Forum consultivo sui diritti fondamentali²².

Due più recenti meccanismi contribuiscono, quanto meno sul piano normativo, a monitorare il rispetto dei diritti fondamentali nelle operazioni coordinate dall’Agenzia. Oltre al meccanismo di segnalazione di incidenti gravi (*Serious Incident Report, SIR*) per la segnalazione da parte dei funzionari di Frontex di violazioni dell’acquis dell’UE o del diritto internazionale²³ è stato previsto un meccanismo di denuncia individuale, introdotto nel 2016, e ora regolato dall’art. 111 del Regolamento del 2019. Questi meccanismi interni di controllo, tuttavia, appaiono insufficienti e inadeguati a garantire un effettivo accesso alla giustizia per varie ragioni, tra cui la scarsa accessibilità del meccanismo di denuncia individuale da parte degli individui. Sul piano dei rimedi esterni, inoltre, si scontano lacune dovute al fatto che il sistema giurisdizionale europeo, come si illustrerà di seguito, non risulta adeguato all’emergente sistema di amministrazione condivisa tra Unione e Stati membri.

Quanto ai meccanismi interni all’Agenzia, in primo luogo, occorre osservare che il meccanismo di segnalazione di incidenti gravi (SIR) è stato attivato in modo molto marginale ed il Forum consultivo sui diritti fondamentali

²¹ Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, 18 dicembre 2000.

²² Sul punto si veda più ampiamente I. INGRAVALLO, *Il rispetto dei diritti fondamentali nell’azione dell’Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera*, cit., p. 127 ss.

²³ Cfr. la più recente Decisione R-ED-2021-51 del Direttore esecutivo del 19 aprile 2021, disponibile in: https://frontex.europa.eu/assets/Key_Documents/SIR_SOP.pdf.

ne ha recentemente raccomandato la sua riforma²⁴. In secondo luogo, il meccanismo per le denunce individuali ha avuto un impatto limitato, come sottolineato dalla Mediatrice europea.²⁵ Inoltre, alla luce della giurisprudenza europea, esso non può essere considerato un rimedio effettivo ai sensi dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, mancando il requisito d'indipendenza tale da assicurare oggettività ed imparzialità²⁶.

Anche a livello esterno, le garanzie di accesso alla giustizia sono molto limitate, come illustrato dai ricorsi pendenti contro Frontex innanzi al Tribunale dell'UE. Una panoramica delle azioni legali intraprese contro l'Agenzia rende l'idea delle difficoltà e dei limiti che caratterizzano il sistema giurisdizionale dell'UE. Diversi ricorsi sono stati promossi sulla base di vari procedimenti, quali l'azione in carenza (*ex art. 365, Trattato sul Funzionamento dell'UE, TFUE*)²⁷, il ricorso di annullamento (*ex art. 263 TFUE*) e l'azione risarcitoria (*ex art. 340 (2) TFUE*). Queste azioni sono il risultato di una serie di iniziative intraprese da varie organizzazioni della società civile e integrano le indagini avviate a livello istituzionale dall'OLAF, dalla Corte dei conti europea²⁸, dal Parlamento europeo e dalla Mediatrice europea²⁹. Infine, va anche menzionato che ci sono due azioni presentate al Pubblico ministero della Corte Penale Internazionale per indagare su presunti crimini contro l'umanità dovuti a respingimenti in mare rispettivamente nel 2021 e nel 2019³⁰.

²⁴ Frontex Forum consultivo sui diritti fondamentali, IX Rapporto Annuale, 2021, disponibile in: <file:///C:/Users/Nicol020/Downloads/cf-annual-report-2021-final.pdf>.

²⁵ Mediatore europeo, Decisione nel caso OI/5/2020/MHZ relativa al funzionamento del meccanismo per il trattamento delle denunce dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (Frontex) per presunte violazioni dei diritti fondamentali e al ruolo del responsabile dei diritti fondamentali, 15 giugno 2021.

²⁶ Cfr. in particolare, CGUE, sentenza del 2 marzo 2021, *H. K.*, C-746/18, EU:C:2021:152, punto 53.

²⁷ Versione consolidata del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), 26 ottobre 2012.

²⁸ Cfr. Corte dei conti UE, Relazione speciale, Il sostegno di Frontex alle frontiere esterne non è stato, finora, abbastanza efficace, n. 8/2021, del 29 aprile 2021, disponibile in: https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR21_08/SR_Frontex_IT.pdf.

²⁹ Sul punto si veda quanto precedentemente riportato in S. NICOLOSI, *Frontex and Migrants' Access to Justice. Drifting Effective Judicial Protection?*, in *Verfassungsblog – On Matters Constitutional*, 7 settembre 2022.

³⁰ Communication to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court: The Situation in Greece: Systematic human rights abuses against refugees on Greek territory and at reception and identification centres on the Aegean islands, 2021; Communication to

Tali iniziative, a nostro avviso, illustrano in modo sorprendente la mancanza di vie chiare per l'accesso alla giustizia per i migranti. I limiti di queste azioni legali soprattutto a livello europeo diventano maggiormente evidenti alla luce della natura costituzionale di questi rimedi. In *SS e ST*, primo caso, su cui il Tribunale si è pronunciato con un ordine di inammissibilità³¹, concerne la mancata adozione da parte del Direttore esecutivo di Frontex di una decisione ai sensi dell'art. 46 (4) del Regolamento del 2019, al fine di prevenire le violazioni dei diritti fondamentali, durante l'Operazione congiunta Poseidon nel Mar Egeo³². Tuttavia, nel dichiarare il ricorso irricevibile, il Tribunale ha chiarito che l'art. 265 TFUE si riferisce all'omissione, nel senso di omessa decisione o presa di posizione, e non all'adozione di un provvedimento o di una posizione diversi da quelli ritenuti necessari dai ricorrenti.³³ Infatti, su richiesta dei ricorrenti, con una lettera, il cui contenuto è stato ritenuto dai ricorrenti “*perplexing, irrelevant, and abstract*”³⁴, il Direttore esecutivo aveva provveduto ad informare i ricorrenti che le condizioni per l'adozione di una decisione, ex art. 46 (4), non erano soddisfatte³⁵.

In *SS e ST*, il Tribunale ha fornito, comunque, chiarimenti utili dal punto di vista dei rimedi giurisdizionali. In sostanza il Tribunale ha indicato che la mancanza di chiarezza o adeguata motivazione circa la posizione di Frontex avrebbe potuto costituire la base di un ricorso in annullamento, ai sensi dell'art. 263 TFUE³⁶. Tale suggerimento appare alquanto controverso alla luce dei tradizionali limiti che rendono un'azione del genere particolarmente

the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Pursuant to the Article 15 of the Rome Statute, EU Migration Policies in the Central Mediterranean and Libya (2014-2019).

³¹ Tribunale, ordinanza del 7 aprile 2022, *SS e ST*, T-282/21.

³² Ai sensi dell'Art. 46 (4) del Regolamento Frontex del 2019, «Il direttore esecutivo, dopo aver consultato il responsabile dei diritti fondamentali e informato lo Stato membro interessato, revoca il finanziamento di qualsiasi attività dell'Agenzia, oppure sospende o cessa, interamente o parzialmente, qualsiasi attività dell'Agenzia se ritiene che vi siano violazioni dei diritti fondamentali o degli obblighi in materia di protezione internazionale di natura grave o destinate a persistere correlate all'attività in questione».

³³ Tribunale dell'UE, *SS e ST*, cit., par. 22.

³⁴ Front-LEX, Testo del ricorso presentato al Tribunale dell'UE, disponibile in: https://www.front-lex.eu/_files/ugd/fd60d6_88edad3813d849abb6d7e61e96ed4591.pdf, par. 285.

³⁵ Tribunale, *SS e ST*, cit., par. 31.

³⁶ *Ibidem*, par. 33.

farragginosa per i singoli, persone fisiche o giuridiche³⁷. Inoltre, la natura delle attività di Frontex è problematica dal punto di vista di un ricorso di annullamento, perché l'esecuzione di compiti di gestione delle frontiere si manifesta spesso sotto forma di condotte di fatto che non comportano l'adozione di atti giuridicamente vincolanti³⁸. Infine, nonostante le sue potenzialità, anche l'azione risarcitoria presenta dei limiti abbastanza rigidi per i ricorrenti, inclusa la necessità di stabilire che il comportamento illecito sia imputabile chiaramente a Frontex³⁹. Si tratta di un requisito particolarmente difficile nel contesto di complesse operazioni che coinvolgono diversi attori e più attori contestualmente in varie fasi, in cui, accanto al personale di Frontex, sono coinvolti gli agenti degli Stati membri. Inoltre, il mandato operativo di Frontex non esplicita chiaramente ed in maniera dettagliata quali sono i compiti dello staff dell'Agenzia. In pratica è spesso difficile determinare se e in quale misura il personale di Frontex sia coinvolto in una particolare violazione dei diritti fondamentali⁴⁰.

Nel complesso queste azioni legali devono essere valutate favorevolmente nella misura in cui offrono alla Corte la possibilità di pronunciarsi e creare giurisprudenza volta a comprendere meglio i limiti dei poteri di Frontex. Ciò non offre una soluzione inequivocabile, per la quale una riforma di più ampia portata è necessaria, anche se difficilmente realizzabile, in quanto richiederebbe una revisione dei trattati, attualmente difficile da compiere. Alcune opzioni alternative saranno, tuttavia, valutate nel successivo paragrafo.

4. *Accesso alla giustizia e amministrazione europea integrata: le possibili soluzioni*

Gli aspetti problematici sottesi all'emergente sistema di amministrazione

³⁷Cfr. CGUE, sentenza del 15 luglio 1963, *Plaumann*, C-25/62, EU:C:1963:17.

³⁸ Sulla rilevanza delle condotte di fatto si veda in particolare N. XANTHOULIS, *Administrative factual conduct: Legal effects and judicial control in EU law*, in *Review of European Administrative Law*, n. 1/2019, pp. 39-73.

³⁹ Attualmente risultano pendenti innanzi al Tribunale dell'UE due azioni risarcitorie contro Frontex: *WS e altri*, T-600/21, ricorso proposto il 20 settembre 2021; *Hamoudi*, T-136/22, ricorso proposto il 10 marzo 2022.

⁴⁰ Si veda sul punto M. FINK, *The Action for Damages as a Fundamental Rights Remedy: Holding Frontex Liable*, in *German Law Journal*, n. 3/2020, pp. 532-548.

europea condivisa, di cui Frontex costituisce l'aspetto paradigmatico, lasciano spazio a limitate, benché rilevanti, soluzioni atte a garantire un effettivo accesso alla giustizia. Si tratta in taluni casi di soluzioni *de jure condendo* ma che vale la pena tenere in debita considerazione in un'ottica di revisione quanto meno del Regolamento istitutivo di Frontex.

Una prima soluzione mirerebbe a sfruttare la potenzialità dell'art. 263 (5) TFUE, il quale consente alle agenzie decentrate dell'UE di prevedere condizioni e modalità relative alle azioni promosse da persone fisiche o giuridiche contro gli atti di tali organismi destinati a produrre effetti giuridici nei loro confronti. Questa disposizione, piuttosto ambigua, è stata specialmente intesa nel senso di assicurare piena tutela dei diritti contro le decisioni produttive di effetti giuridici da parte delle agenzie⁴¹. In questa prospettiva, la disposizione ha costituito la base giuridica per stabilire apposite Commissioni di ricorso in seno alle agenzie decentrate di diritto dell'UE. Non essendo pienamente indipendenti, com'è stato rilevato in dottrina, la loro attività non può essere ritenuta tuttavia di natura puramente giurisdizionale⁴². Tuttavia, l'accesso a tali commissioni di ricorso aggiunge un livello procedurale propedeutico e necessario all'eventuale ricorso dinanzi al Tribunale dell'UE. Inoltre, occorre osservare che tali commissioni sono state istituite per quelle agenzie che sono in grado di adottare decisioni vincolanti⁴³. Per quanto interessante sul piano normativo, questa interpretazione solleva la questione preliminare se Frontex sia un'Agenzia capace di adottare atti vincolanti o produttivi di effetti giuridici sulle persone fisiche o giuridiche. Di certo, l'impianto originario di Frontex, imperniato su funzioni di mero coordinamento, giustificava l'assenza di una possibile commissione di ricorso, in quanto nessuna decisione, ai sensi dell'art. 263 TFUE, era da imputarsi all'Agenzia. Tale impostazione non è del tutto esente da critiche, poiché *in primis*, la stessa azione di coordinamento delle operazioni congiunte richiede

⁴¹ P. CHIRULLI, L. DE LUCIA, *Rimedi amministrativi ed esecuzione diretta del diritto europeo*, Torino, 2018, p. 117 ss.

⁴² Per tale ragione in dottrina sono anche state qualificate come "inbetweeners", cf. J. ALBERTI, *The Position of Boards of Appeal: Between Functional Continuity and Independence*, in M. CHAMON, A. VOLPATO, M. ELIANTONIO (a cura di), *Boards of Appeal of EU Agencies: Towards Judicialization of Administrative Review?*, Oxford, 2022, p. 245 ss.; mentre la loro attività è stata definita come "para-giurisdizionale", cf. C. TOVO, *Le agenzie decentrate dell'Unione europea*, Napoli, 2016.

⁴³ M. CHAMON, *Boards of Appeal of EU Agencies at a Crossroads*, in *REALaw - European and comparative administrative law*, 3 settembre 2021.

anche un certo livello di *decision-making*, inoltre, per quanto scevra da effetti vincolanti *de jure*, non si può escludere che tale attività di *decision-making* si produca in misure che sul piano della prassi sortiscano *de facto* effetti vincolanti, come illustrato precedentemente nel citato caso *Mohamad c. Grecia*. A tal uopo, è stato anche osservato in dottrina come sia gli atti giuridici sia le condotte materiali siano entrambi mezzi per esercitare i pubblici poteri, tuttavia, la giustiziabilità delle condotte materiali rimane una questione aperta e complessa specialmente nei casi in cui non è possibile identificare un atto normativo di base a fondamento di tali condotte materiali⁴⁴.

Un'altra strategia per consolidare l'accesso alla giustizia nel sistema amministrativo integrato europeo consiste nel garantire un coordinamento più stretto con i giudici nazionali. L'esercizio congiunto dei poteri esecutivi da parte delle autorità nazionali e delle agenzie dell'UE ha creato lacune di responsabilità che il sistema di rimedi dell'UE da solo non è in grado di colmare. Sebbene il controllo da parte dei giudici sovranazionali sia spesso essenziale, questi non si trovano nella posizione migliore per svolgere appropriate indagini sui fatti a livello nazionale e sono effettivamente distanti sia in termini di accertamento dei fatti che di procedimenti legali⁴⁵. Occorre, infatti, ricordare che i giudici nazionali sono anche giudici europei nell'articolazione multilivello dell'ordinamento giuridico dell'UE ed il loro ruolo è essenziale sotto un duplice profilo⁴⁶. Al di là dei poteri investigativi di cui è meglio dotato, il sistema giurisdizionale nazionale offre maggiori garanzie sul piano di accesso a rimedi adeguati e misure di compensazione, di cui sono carenti i meccanismi interni di Frontex e lo stesso apparato giudiziario dell'UE, salvi gli aspetti riguardanti l'azione risarcitoria. Anche in questo caso, però, sussistono ostacoli rilevanti legati al difficile riparto di competenze tra l'Agenzia e le autorità nazionali che operano nel quadro di un'operazione congiunta coordinata da Frontex. Eventuali ricorsi possono infatti essere promossi a livello nazionale contro il contingente nazionale, in quanto l'Agenzia gode di immunità dalla giurisdizione⁴⁷. Pertanto, sarebbe *in primis* necessario chiarire soprattutto nei Piani operativi conclusi tra l'Agenzia e lo Stato membro quali attività sarebbero da attribuire all'Agenzia e quali alle autorità nazionali.

⁴⁴ N. XANTHOULIS, *Administrative factual conduct*, cit., p. 53 ss.

⁴⁵ E. GUILD, *The Frontex Push-Back Controversy: What Oversight for Frontex?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy Blog*, 19 aprile 2021.

⁴⁶ Si veda sul punto U. JAREMBA, *National Judges as EU Law Judges: The Polish Civil Law System*, The Hague, 2014.

⁴⁷ Cfr. Regolamento Frontex 2019, Art. 96.

A parte gli aspetti prettamente legati ai rimedi giurisdizionali, la prospettiva nazionale in tema di amministrazione integrata sarebbe da esplorare anche alla luce del controllo democratico che i Parlamenti nazionali esercitano sulle attività territoriali delle agenzie. Uno spunto interessante in tal senso è stato recentemente fornito dalla Corte costituzionale federale tedesca che lo scorso 22 ottobre 2022 ha chiarito come, ai sensi dell'art. 23 (2) della Legge fondamentale⁴⁸, il governo federale ha l'obbligo di notificare al *Bundestag* le questioni relative all'UE in modo completo e tempestivo. Su questi presupposti normativi, la Corte ha ritenuto che il governo federale non avesse adempiuto a tale dovere d'informazione su questioni relative all'Operazione Sophia dell'UE, i cui obiettivi contemplano la prevenzione della migrazione irregolare, l'interruzione delle reti di trafficanti e l'addestramento delle guardie costiere libiche⁴⁹.

Infine, l'attenzione non dovrebbe essere riservata soltanto all'accesso ad una giustizia *ex post*, al contrario, elementi di buon governo, quali trasparenza, democraticità e controllo politico, dovrebbero essere integrati nel sistema di amministrazione quali garanzie preventive e complementari ad un sistema di rimedi efficaci. Elementi di buon governo e buona amministrazione includono soprattutto la necessità di assicurare piena trasparenza alle attività svolte da Frontex. Lacune in tal senso si traducono, infatti, in ostacoli circa l'accesso ai rimedi da parte dei singoli e la possibilità di controllo da parte degli organi di controllo. Al fine di assicurare maggiore trasparenza è fondamentale circoscrivere meglio il mandato operativo dell'Agenzia. Tale necessità deriva dalla lettera dell'art. 41 della Carta, disposizione che stabilisce come ogni persona, compresi i cittadini di Paesi terzi, debbano avere pieno accesso a tutti i documenti e ai fascicoli relativi al proprio caso. La stessa disposizione stabilisce in combinato disposto con l'art. 296 TFUE, l'obbligo per qualsiasi amministrazione di motivare le proprie decisioni. A tal riguardo va menzionato il ruolo della Mediattrice europea, che ha recentemente individuato diverse aree in cui Frontex potrebbe migliorare la sua governance, pubblicando ad esempio i Piani operativi e assicurando una formazione co-

⁴⁸ Legge fondamentale (*Grundgesetz*) per la Repubblica federale germanica, promulgata il 23 Maggio 1949, testo originale disponibile in: <https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz>.

⁴⁹ Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), Casi riuniti 2 BvE 3/15 e 2 BvE 7/15, sentenza del 26 ottobre 2022, in: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2022/10/es20221026_2bve000315en.html. Sul punto si veda L. SALZANO, *Unexploited Monitoring Opportunities: Exercising oversight on Frontex through National Parliaments*, in *Verfassungsblog – On Matters Constitutional*, 28 ottobre 2022.

stante agli Osservatori dei diritti fondamentali reclutati sulla base del Regolamento⁵⁰. La Mediattrice europea ha inoltre richiesto di pubblicare la risposta da parte dell'Agenzia a ogni parere negativo del Responsabile dei diritti fondamentali e di garantire la presenza di esperti culturali durante le attività di screening dei migranti⁵¹.

Tali iniziative richiedono una chiara ripartizione dei compiti affinché i singoli sappiano con quale autorità si stanno interfacciando. L'art. 41 si fonda appunto sull'esistenza dell'Unione in quanto comunità di diritto⁵², le cui caratteristiche sono state sviluppate dalla giurisprudenza che ha consacrato segnatamente la buona amministrazione come principio generale di diritto, complementare al diritto ad un ricorso effettivo, *ex art. 47* della Carta.

5. Osservazioni conclusive

Gli aspetti problematici sottesi all'emergente sistema di amministrazione europea condivisa, che assegna un ruolo progressivamente più incisivo alle agenzie decentrate di diritto dell'UE, quali Frontex, ha più recentemente costituito l'oggetto di studio di buona parte del dibattito accademico⁵³. Pur ravvisando il potenziale sostegno ad attività tradizionalmente svolte dalle autorità nazionali, l'emergente sistema di amministrazione integrata di cui Frontex è l'esempio più evidente presenta profili di criticità sul piano della tutela dei diritti fondamentali.

Le indagini svolte a livello istituzionale, in particolare dall'OLAF, nonché la serie di azioni legali intraprese, testimoniano da una parte l'esistenza di una coscienza civica europea sensibile verso le istanze dei migranti e volta a segnalare gli aspetti problematici legati all'esercizio del mandato operativo di agenzie, quali Frontex. D'altra parte, queste iniziative mettono in luce le

⁵⁰ Regolamento Frontex 2019, Art. 110.

⁵¹ Mediatore europeo, Decisione nel caso 2273/2019/MIG riguardante il registro pubblico dei documenti dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (Frontex), 3 febbraio 2021. Bisogna, tuttavia, menzionare che il Tribunale dell'UE, nel caso T-31/18, *Izuzquiza e Semsrott c. Frontex*, 27 novembre 2019, ha giustificato il diniego di accesso a documenti dell'Agenzia dovuto all'esigenza di evitare rischi per la sicurezza pubblica.

⁵² CGUE, sentenza del 23 aprile 1986, *Parti écologiste "Les Verts"*, C-294/83, EU:C:1986:166, par. 23.

⁵³ Cfr. M. SCHOLTEN, A. BRENNINKMEIJER (a cura di), *Controlling EU Agencies. The Rule of Law in a Multi-jurisdictional Legal Order*, Cheltenham, 2020.

carenze strutturali in tema di accesso alla giustizia e tutela effettiva dei diritti fondamentali che caratterizzano il sistema di amministrazione integrata. Nonostante i meccanismi piuttosto articolati di cui Frontex si è dotata negli ultimi anni, sul piano pratico le recenti indagini rivelano una duplice carenza. In primo luogo, i meccanismi interni di tutela dei diritti fondamentali risultano inadeguati e pressoché inaccessibili, la loro configurazione tenderebbe a minare più che assicurare maggiori garanzie di tutela. In secondo luogo, il sistema giurisdizionale dell'UE non appare pienamente in linea con gli sviluppi in tema di amministrazione integrata. Questo duplice profilo di criticità impone la necessità di soluzioni che trascendono la questione relativa all'individuazione di un foro giudiziario competente. Un pieno accesso alla giustizia, infatti, richiede l'incorporazione di elementi di buon governo, quali trasparenza e controllo democratico sul mandato operativo delle agenzie operative dell'UE, quali Frontex, al fine di sviluppare una cultura istituzionale ed operativa imperniata sul rispetto dei diritti fondamentali, al di là delle disposizioni normative che risultano spesso disattese.

In altre parole, non è sufficiente la proliferazione di meccanismi interni di tutela o cambiamenti ai vertici del Consiglio di amministrazione, per far sì che le accuse di violazioni di diritti fondamentali risultino pratiche del passato. Senza una chiara volontà anche di natura politica, guidata da scelte strategiche del legislatore europeo, tali pratiche rischiano di proiettare ombre anche sul futuro del sistema di amministrazione integrata europea.

RESPONSABILITÀ E ACCOUNTABILITY DELLA NUOVA FRONTEX NELLO SVOLGIMENTO DI ATTIVITÀ OPERATIVE

Ivan Ingravallo*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le criticità che caratterizzano l’Agenzia derivanti da fattori endogeni. – 3. *Segue*: e da fattori esogeni. – 4. Il controllo sulle attività operative dell’Agenzia. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

La violazione (e, più in generale, un insufficiente livello di tutela) dei diritti umani nelle attività condotte dall’Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (anche nota come nuova Frontex)¹ è stata denunciata da numerosi soggetti, sia all’interno dell’Unione europea, sia al suo esterno². Il presente contributo intende svolgere alcune osservazioni in merito a tale questione, dal peculiare angolo visuale della responsabilità.

La prospettiva che si assumerà è duplice, avendo riguardo alle nozioni di responsabilità in senso stretto, intesa in senso di illecito giuridico, e di re-

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

¹ Nel presente contributo saranno utilizzate di preferenza queste denominazioni, al fine di marcarne la differenza rispetto al modello originario di Frontex ed evitare così possibili fraintendimenti.

² A. SPAGNOLO, *La tutela dei diritti umani nell’ambito dell’attività di Frontex*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3-4/2014, pp. 32-63; M. FINK, *Frontex and Human Rights. Responsibility in ‘Multi-Actor Situations’ under the ECHR and EU Public Liability Law*, Oxford, 2018; C. HRUSCHKA, *Frontex and the Duty to Respect and Protect Human Rights*, in *verfassungsblog.de*, 27 febbraio 2020; I. ATAC, N. DIEYNABA, *L’Agence Frontex: la police européenne aux frontières au défi du respect des droits humains des migrants*, in *Revue québécoise de droit international*, 2020, pp. 369-393; E. GUILD, *The Frontex Push-Back Controversy: What Oversight for Frontex? (part II)*, in *eumigrationlawblog.eu*, 22 aprile 2021; B. SCHOTTEL, *EU Operational Powers and Legal Protection: A Legal Theory Perspective on the Operational Powers of the European Border and Coast Guard*, in *German Law Journal*, 2021, pp. 625-649; I. INGRAVALLO, *Il rispetto dei diritti fondamentali nell’azione dell’Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera*, in I. CARACCILO, G. CELLAMARE, A. DI STASI, P. GARGIULO (a cura di), *Mi-grazioni internazionali. Questioni giuridiche aperte*, Napoli, 2022, pp. 111-139; e S. NICOLOSI in questo volume.

sponsabilità in senso ampio, anche qualificabile come *accountability*, che affianca alla responsabilità giuridica quella di tipo politico e morale. Entrambe le prospettive sono applicabili alle organizzazioni intergovernative, inclusa l'Unione europea, organizzazione sovranazionale per eccellenza, che però mantiene nei suoi caratteri fondamentali la matrice internazionalistica.

Per quel che qui rileva, l'azione svolta dalla nuova Frontex rientra nei numerosi ambiti in cui l'Unione europea, in quanto soggetto internazionale distinto dai suoi Stati membri, può essere chiamata a rispondere di una violazione di un proprio obbligo internazionale³. Su un piano diverso, l'azione dell'Agenzia può essere valutata nella prospettiva della *accountability* dell'Unione europea⁴, che pertiene a un profilo reputazionale, comunque rilevante per una organizzazione che include, tra i suoi valori fondanti, il rispetto della dignità umana e dei diritti umani (art. 2 TUE).

2. *Le criticità che caratterizzano l'Agenzia derivanti da fattori endogeni*

Le critiche mosse nei confronti dell'Agenzia in relazione alla violazione dei diritti umani sono numerose e riguardano in particolare il ruolo da essa

³ Al riguardo, un autorevole punto di riferimento è il Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali, approvato dalla Commissione del diritto internazionale nel 2011 sulla base dei rapporti presentati dal Relatore speciale Giorgio Gaja. Il Progetto del 2011 ricalca nella sua struttura fondamentale il precedente Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per illecito internazionale, approvato nel 2001 dalla stessa Commissione. Il Progetto del 2011 è stato ampiamente commentato in dottrina, con valutazioni ambivalenti. V., *ex multis*, G. HAFNER, *Is the Topic of Responsibility of International Organizations Ripe for Codification? Some Critical Remarks*, in *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, 2011, pp. 695-717; P. PUSTORINO, *La responsabilità delle organizzazioni internazionali*, in A. DEL VECCHIO (a cura di), *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Napoli, 2012, pp. 315-356; M. MÖLDNER, *Responsibility of International Organizations, Introducing the ILC's DARIO*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2012, pp. 281-328; P. KLEIN, *Les articles sur la responsabilité des organisations internationales. Quel bilan tirer des travaux de la CDI?*, in *Annuaire français de droit international*, 2012, pp. 1-27; nonché i numerosi contributi raccolti in M. RAGAZZI (ed.), *Responsibility of International Organizations. Essays in Memory of Sir Ian Brownlie*, Leiden, 2013.

⁴ R. MUNGIANU, *Frontex and Non-refoulement. The International Responsibility of the EU*, Cambridge, 2016. I vari tipi di *accountability* dell'Agenzia sono stati efficacemente messi in luce dall'ECRE, *Holding Frontex to Account, ECRE's Proposals for Strengthening Non-Judicial Mechanisms for Scrutiny of Frontex*, Policy paper 7, maggio 2021.

svolto in alcune vicende occorse al confine tra Grecia e Turchia, nonché nel Mediterraneo centrale (con riferimento a migranti provenienti dalla Libia). In queste situazioni, essa è accusata, tra l'altro, di aver collaborato con autorità statali (di Stati UE e non-UE) in respingimenti illegali e di complicità nel maltrattamento di migranti⁵.

Al fine di valutare queste accuse e le loro conseguenze, è opportuno tenere conto che il contesto in cui la nuova Frontex agisce è caratterizzato da molteplici criticità, che sono tanto esogene quanto endogene, cioè tanto proprie, quanto esterne ad essa. Proviamo a esaminarle sinteticamente, partendo dalle seconde.

Innanzitutto, un elemento di difficoltà che l'Agenzia incontra nell'azione di verifica e contrasto dell'immigrazione illegale è dovuto alla presenza dei trafficanti, che favoriscono il fenomeno migratorio e vi speculano. Si tratta di individui e organizzazioni criminali che si muovono al di fuori delle regole e agiscono senza farsi scrupoli per la dignità e le vite dei migranti. In alcune realtà, in particolare in quella libica, queste organizzazioni riescono a svolgere agevolmente le loro azioni criminali, approfittando dell'assenza di una autorità statale capace di esercitare in modo effettivo il potere di governo nei confronti della comunità territoriale.

In secondo luogo, la nuova Frontex talora ha a che fare con autorità statali dell'Unione europea che o mal sopportano il suo intervento e lo rendono quindi meno efficace, oppure attribuiscono strumentalmente all'Agenzia la responsabilità di determinate azioni od omissioni, al fine di evitare di imputarle alle guardie di frontiera e costiera nazionali. In talune circostanze sembra esserci una voluta ambiguità e confusione nel riparto di compiti e responsabilità, che non consente di individuare con precisione "chi fa cosa".

Infine, occorre segnalare criticamente il comportamento di alcuni Stati non membri dell'Unione europea, che adoperano la migrazione come strumento della propria politica estera e, quindi, mostrano maggiore o minore propensione ad aprire o chiudere – in maniera arbitraria – i confini verso il territorio degli Stati dell'Unione, assecondando determinate convenienze e cercando di ottenere dei vantaggi, di ordine politico e/o economico. Il Marocco e la Turchia offrono gli esempi più noti, ma non gli unici, a tale riguardo; basti pensare alla situazione della Tunisia nel 2023. A ciò si affianca la tendenza dell'Unione europea, anche tramite l'azione dell'Agenzia, a

⁵ Si v. D. VITIELLO, *Poteri operativi, accountability e accesso alla giustizia nella gestione integrata delle frontiere esterne dell'Unione europea. Una prospettiva sistemica*, in *I Post di AISDUE*, 8 febbraio 2023, p. 233 ss.; nonché S. NICOLSI in questo volume.

esternalizzare le sue frontiere stipulando trattati internazionali con Stati extra-UE, nei quali gli impegni a tutela dei diritti umani dei migranti non sempre emergono con chiarezza⁶.

3. Segue: e da fattori esogeni

Passando a considerare le criticità che caratterizzano l'approccio dell'Agenzia in relazione alla tutela dei diritti umani sul versante c.d. esogeno, ossia interno all'Unione e alle regole e procedure che sono proprie della nuova Frontex, la prima riguarda la circostanza che essa ha cambiato più volte "natura" nel corso di un lasso limitato di tempo (il primo regolamento fu approvato nel 2004, l'ultimo nel 2019)⁷. Il mandato dell'Agenzia è stato pro-

⁶ V. l'ampia analisi di G. CAMPESI, *Policing Mobility Regimes. Frontex and the Production of the European Borderscape*, Abingdon, 2022. In merito a questi accordi e ai c.d. "accordi di lavoro" dell'Agenzia con i Paesi terzi, definiti "opachi", v. F. COMAN-KUND, *The Territorial Expansion of Frontex Operations to Third Countries: On the Recently Concluded Status Agreements in the Western Balkans and Beyond...*, in *Verfassungsblog – On Matters Constitutional*, 6 febbraio 2020; D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, Bari, 2020, p. 117; T. LUJIC, F. SCHARDEY, *European Union-Extraterritorialisation in the Western Balkans: The Case of the Frontex-Serbia Status Agreement*, in F. CASOLARI, M. GATTI (eds.), *The Application of EU Law beyond Its Borders*, CLEER Papers 2022/3, The Hague, 2022, pp. 111-128. Il testo del modello di accordo tra l'Agenzia e gli Stati terzi è allegato alla COM(2021) 829 final, del 21 dicembre 2021, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Modello di accordo sullo status di cui al Regolamento (UE) 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2019, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea e che abroga i regolamenti (UE) n. 1052/2013 e (UE) 2016/1624.

⁷ Dal 2004 si sono succeduti i seguenti atti relativi a Frontex: regolamento (CE) n. 2007/2004, del 26 ottobre 2004, del Consiglio, che istituisce un'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea; regolamento (CE) n. 863/2007, dell'11 luglio 2007, del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce un meccanismo per la creazione di squadre di intervento rapido alle frontiere e modifica il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio limitatamente a tale meccanismo e disciplina i compiti e le competenze degli agenti distaccati; regolamento (UE) n. 1168/2011, del 25 ottobre 2011, del Parlamento europeo e del Consiglio, recante modifica del regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio che istituisce un'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea; regolamento (UE) 2016/1624, del 14 settembre 2016, del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea che modifica il regolamento (UE)

gressivamente rafforzato e le originarie funzioni di assistenza, coordinamento, studio e monitoraggio sono state affiancate da un ruolo operativo, per realizzare il quale essa può attualmente disporre di cospicue risorse umane, finanziarie e strumentali. L'emergere della questione delle possibili violazioni dei diritti fondamentali da parte dell'Agenzia è una diretta conseguenza di ciò, in quanto vi è una difficoltà propria della stessa nel cambiare ruolo più volte nel corso degli anni, nell'assumerne uno operativo con un approccio securitario alla migrazione⁸. Ciò induce a qualche cautela nel formulare giudizi definitivi in merito all'azione dell'Agenzia.

Il secondo elemento c.d. endogeno riguarda il contenuto del regolamento 2019/1896, che risulta alquanto farraginoso e compromissorio sotto vari aspetti, inclusi quelli relativi alle competenze operative dell'Agenzia, al personale, all'azione esterna, ai meccanismi di tutela dei diritti umani⁹. Per adempiere alle sue funzioni la nuova Frontex dispone del corpo permanente della guardia di frontiera e costiera europea, che include quattro categorie di personale operativo: quello statutario, quello distaccato dagli Stati membri a

2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio e la decisione 2005/267/CE del Consiglio; Regolamento (UE) 2019/1896, del 13 novembre 2019, del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea e che abroga i regolamenti (UE) n. 1052/2013 e (UE) 2016/1624. La base giuridica del regolamento 2019/1896 è data dagli articoli 77, par. 2, lett. b) e lett. d) («il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure riguardanti: [...] b) i controlli ai quali sono sottoposte le persone che attraversano le frontiere esterne; [...] d) qualsiasi misura necessaria per l'istituzione progressiva di un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne») e 79, par. 2, lett. c), TFUE («il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure nei seguenti settori: [...] c) immigrazione clandestina e soggiorno irregolare, compresi l'allontanamento e il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare»).

⁸ Sull'evoluzione dell'Agenzia v. l'ampia analisi di D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, cit., p. 93 ss.; nonché J. SANTOS VARA, *La transformación de Frontex en la Agencia europea de la guardia de fronteras y costas: ¿hacia una centralización en la gestión de las fronteras?*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2018, pp. 143-186; i contributi raccolti in C. CHEVALLIER-GOVERS, R. TINIÈRE (sous la direction de), *De Frontex à Frontex. Vers l'émergence d'un service européen des garde-côtes et garde-frontières*, Bruxelles, 2019; C. MOSER, *A Very Short Introduction to Frontex – Unravelling the Trajectory of One of the EU's Key Actors*, in *Verfassungsblog – On Matters Constitutional*, 3 febbraio 2020.

⁹ In tema sia consentito il rinvio a I. INGRAVALLO, *Il rispetto dei diritti fondamentali nell'azione dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera*, cit., p. 116 ss.

lungo termine (per 24 mesi, prorogabili fino al doppio), quello messo a disposizione dell’Agenzia per un impiego di breve durata (di regola per 4 mesi in un anno) e, infine, la c.d. riserva di reazione rapida, che include personale degli Stati membri mobilitabile in caso di emergenza per interventi rapidi alle frontiere esterne¹⁰. L’allegato I al regolamento 2019/1896 indica, a partire dal 2021, la capacità del corpo permanente in 6500 effettivi, da aumentare a 10000 nel 2027, tramite l’incremento delle prime tre categorie e l’eliminazione dell’ultima¹¹.

Al fine di rafforzare il rispetto dei diritti umani dei migranti nello svolgimento delle sue attività operative occorre puntare su un efficace utilizzo di alcuni strumenti già esistenti, piuttosto che ipotizzare ulteriori modifiche e riforme¹².

In primo luogo, intervenire sulla formazione del personale di Frontex, che sempre di più sarà proprio dell’Agenzia e non più inviato dagli Stati membri. La formazione del personale statutario include la materia dei diritti fondamentali (art. 55, par. 3, regolamento 2019/1896)¹³. Sarebbe opportuno che la formazione del personale impiegato nelle squadre – quelle per la gestione delle frontiere, per il rimpatrio e di sostegno per la gestione della migrazione – sia effettiva, seria, valida, rigorosa per quanto riguarda la tutela dei diritti fondamentali.

Sotto il profilo operativo, l’art. 55, par. 4, del regolamento 2019/1896 stabilisce che l’Agenzia assicura che i membri delle squadre «assolvano alle loro funzioni [...] secondo gli standard più elevati e nel pieno rispetto dei

¹⁰ In tema v. D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell’Unione europea*, cit., p. 107 ss.

¹¹ Ai sensi dell’art. 59 del regolamento 2019/1896 quest’ultima categoria potrà essere eliminata dal corpo permanente a seguito di una valutazione complessiva del medesimo, che la Commissione europea è chiamata a svolgere entro la fine del 2023.

¹² D. VITIELLO, *Poteri operativi, accountability e accesso alla giustizia nella gestione integrata delle frontiere esterne dell’Unione europea*, cit., p. 253 ss., parla, a tale riguardo, di «*accountability* “by design”».

¹³ Il successivo art. 62, par. 2, ribadisce che l’Agenzia garantisce che, «prima del suo impiego iniziale nelle attività operative organizzate dall’Agenzia, tutti i membri del personale statutario che saranno impiegati quali membri delle squadre abbiano ricevuto un’adeguata formazione sul pertinente diritto dell’Unione e internazionale, compresi i diritti fondamentali, l’accesso alla protezione internazionale [...]». V. anche il par. 5, che prevede un obbligo simile per il personale impiegato nelle operazioni di rimpatrio, nonché il par. 6, che affida all’Agenzia il compito di creare e sviluppare un programma comune di base per la formazione del personale in materia di diritti fondamentali.

diritti fondamentali»¹⁴. Il personale delle squadre, nello svolgimento dei suoi compiti, è quindi tenuto a rispettare pienamente i diritti fondamentali e la dignità umana, specie delle persone vulnerabili, conformemente ai principi di proporzionalità e di non discriminazione, intesi in senso assai ampio¹⁵. In caso di violazione, esso è soggetto alle misure disciplinari previste dallo Statuto dei funzionari UE o dalle regole dello Stato di appartenenza, a seconda del suo inquadramento come personale statuario alle dipendenze dell'Agenzia o come personale non statuario.

Nella medesima prospettiva, occorre migliorare l'applicazione dei meccanismi interni all'Agenzia, relativi alla tutela dei diritti fondamentali nelle sue attività operative. Il riferimento è al meccanismo di denuncia individuale e al c.d. *serious incident reporting*, che hanno natura amministrativa e non giudiziaria.

Il meccanismo di denuncia, indipendente ed efficace, volto a monitorare e assicurare il rispetto dei diritti fondamentali in tutte le attività della nuova Frontex, è disciplinato dall'art. 111 del regolamento 2019/1896, il quale dispone che qualsiasi individuo che ritenga di aver subito una violazione dei suoi diritti fondamentali è legittimato a presentare una denuncia per iscritto all'Agenzia, o a farla presentare da un proprio rappresentante. La gestione delle denunce, per le quali è stato predisposto dal Responsabile dei diritti fondamentali dell'Agenzia (e reso disponibile sul suo sito *web*) anche uno specifico modulo standardizzato, è affidata allo stesso Responsabile, che ne esamina la ricevibilità. Una volta registrate le denunce ricevibili, il Responsabile inoltra al Direttore esecutivo dell'Agenzia quelle riguardanti il personale della stessa, raccomandandogli il seguito appropriato, mentre informa gli Stati membri di appartenenza in merito a quelle relative ai componenti nazionali delle squadre¹⁶. Gli Stati membri sono tenuti ad assicurare a queste

¹⁴ Cfr. l'art. 82, par. 3, regolamento 2019/1896: «Nello svolgimento dei loro compiti e nell'esercizio delle loro competenze, i membri delle squadre assicurano pienamente il rispetto dei diritti fondamentali e osservano il diritto dell'Unione e quello internazionale, e la legislazione nazionale dello Stato membro ospitante». Per il personale distaccato a lungo termine e per quello di breve durata si prevede invece genericamente che la violazione delle norme applicabili, tra le quali pare coerente includere quelle a tutela dei diritti fondamentali, costituisca valido motivo di rifiuto da parte dell'Agenzia alla designazione da parte degli Stati membri.

¹⁵ Art. 31, par. 4, regolamento 2019/1896.

¹⁶ Il meccanismo e il ruolo in esso svolto dal responsabile dei diritti fondamentali sono stati oggetto di un'indagine avviata di propria iniziativa dal Mediatore europeo il 10 novembre 2020 (indagine OI/5/2020/MHZ, How the European Border and Coast Guard Agency (Fron-

denunce un'adeguata trattazione. Il Responsabile monitora il comportamento dell'Agenzia e degli Stati membri interessati nel dare seguito alla denuncia registrata e nella sua relazione annuale dà conto del funzionamento del meccanismo di denuncia, anche attraverso «riferimenti specifici ai risultati e al seguito dato alle denunce da parte dell'Agenzia e degli Stati membri»¹⁷.

L'altro meccanismo interno alla nuova Frontex è il *serious incident reporting*, relativo a eventi occorsi durante operazioni congiunte e finalizzato a informare le autorità nazionali e il Consiglio di amministrazione dell'Agenzia in merito a possibili rischi per la sicurezza del personale impiegato, così come per le funzioni o la reputazione dell'Agenzia, incluse possibili violazioni dei diritti fondamentali. Esso è disciplinato da una decisione del suo Direttore esecutivo, non accessibile al pubblico¹⁸. Si segnala che il 26 dicembre 2020 il Consiglio di amministrazione dell'Agenzia ha istituito un gruppo di lavoro per i diritti fondamentali e gli aspetti giuridici e operativi delle operazioni¹⁹, in particolare per indagare sulle accuse di respingimenti nel Mediterraneo Orientale nel 2020, integrare gli altri elementi del sistema di monitoraggio indipendente sul rispetto dei diritti fondamentali nel corso delle attività ope-

tex) deals with complaints about alleged fundamental rights breaches through its 'Complaints Mechanism'. Quest'ultimo, nella decisione approvata il 15 giugno 2021, pur non riscontrando un caso di cattiva amministrazione e non ritenendo giustificata alcuna ulteriore indagine, alla luce della circostanza che alcune modifiche sono già in fase di realizzazione, ha nondimeno segnalato il permanere di criticità del meccanismo di denuncia, come l'esiguo numero di denunce presentate (nessuna delle quali nei confronti dell'Agenzia) e la difficoltà per gli individui coinvolti di identificare i presunti responsabili e capire, quindi, a chi denunciare presunte violazioni. Il Mediatore ha inoltre accertato alcune carenze nel meccanismo di denuncia e ha segnalato scarsa trasparenza e ritardi nel suo funzionamento, formulando alcune raccomandazioni nei confronti dell'Agenzia, al fine di migliorare tanto l'accessibilità del meccanismo, quanto il trattamento e il seguito dato alle denunce.

¹⁷ Nella più recente relazione annuale (Annual Report, 2022, del 6 luglio 2023, p. 31 s.), il Responsabile dei diritti fondamentali comunica che nel 2021 sono state presentate 69 denunce, 6 delle quali sono state ritenute ricevibili e, quindi, registrate.

¹⁸ Decisione n. 2014/55, del Direttore esecutivo, on the adoption of the Frontex Standard Operating Procedure on Serious Incident Reporting, del 28 luglio 2014. Rileva altresì la decisione n. 2012/87, del Direttore esecutivo, on the adoption of the Frontex Standard Operating Procedure to ensure respect of Fundamental Rights in Frontex joint operations and pilot projects, del 19 luglio 2012.

¹⁹ Cfr. decisione n. 39/2020, del Consiglio di amministrazione, on the establishment of the Management Board Working Group on Fundamental Rights and Legal and Operational Aspects of Operations, del 26 novembre 2020.

rative dell’Agenzia e valutare il meccanismo di *serious incident reporting*, anche al fine della sua modifica²⁰.

4. *Il controllo sulle attività operative dell’Agenzia*

I meccanismi e le procedure di controllo attivabili nei confronti dell’Agenzia sono numerosi e diversi tra loro per caratteristiche e livelli di efficacia. Nella prassi è dimostrato come i meccanismi giudiziari risultino alquanto difficili da utilizzare²¹, mentre notevolmente più efficaci sono (e sono stati in passato) quelli di controllo politico-amministrativo, che rientrano nella più ampia nozione di *accountability* e che si affiancano a quelli interni all’Agenzia, poc’anzi esaminati.

Nel corso degli anni l’Agenzia è stata sottoposta allo scrutinio di numerosi soggetti che agiscono nell’ambito della struttura istituzionale dell’Unione europea. Senza pretesa di completezza, sia qui sufficiente ricordare come, alle numerose indagini del Mediatore europeo²², si sia aggiunto il recente rapporto critico dell’Ufficio europeo antifrode (OLAF) sulle operazioni di respingimento²³. Per quanto concerne la Corte dei conti, in una relazione speciale approvata nel 2021 *ex art. 287*, par. 4, co. 2, TFUE²⁴, essa ha osser-

²⁰ Sia il rapporto del gruppo di lavoro (del 1° marzo 2021), sia le conclusioni con cui il Consiglio di amministrazione accoglie i risultati delle attività svolte dal gruppo di lavoro (del 5 marzo 2021) sono reperibili *online* al sito della nuova Frontex.

²¹ Si v. I. INGRAVALLO, *Il rispetto dei diritti fondamentali nell’azione dell’Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera*, cit., p. 132 ss.; D. VITIELLO, *Poteri operativi, accountability e accesso alla giustizia nella gestione integrata delle frontiere esterne dell’Unione europea*, cit., p. 238 ss.; S. NICOLOSI in questo volume. In particolare, non sembra convincente la proposta di utilizzare l’art. 263, co. 5, TFUE, il quale prevede ricorsi proposti da persone fisiche o giuridiche contro “atti” di organi o organismi UE destinati a produrre effetti nei loro confronti; nel caso della nuova Frontex, infatti, sarebbe necessaria un’interpretazione eccessivamente flessibile per arrivare a qualificare come atto quello che è un comportamento.

²² Cfr., *ex multis*, oltre a quella citata in nota 16, le indagini: OI/5/2012/BEH-MHZ, *Implementation by FRONTEX of its fundamental rights obligations*, del 6 marzo 2012; OI/9/2014/MHZ, *Ensuring respect for fundamental rights in joint operations for the forced return of irregular third-country migrants*, del 20 ottobre 2014.

²³ Il rapporto dell’OLAF è stato reso noto da FragDenStaat (un soggetto non-governativo) ed è consultabile *online* sul sito <https://fragdenstaat.de/dokumente/233972-olaf-final-report-on-frontex>.

²⁴ Cfr. Corte dei conti UE, Relazione speciale, *Il sostegno di Frontex alle frontiere esterne non è stato, finora, abbastanza efficace*, n. 8/2021, del 29 aprile 2021.

vato, tra l'altro, che, a pochi anni di distanza dall'adozione del regolamento 2016/1624, la Commissione ne ha proposto la riforma, realizzatasi con il regolamento 2019/1896, senza condurre una valutazione di impatto della nuova legislazione. Le preoccupazioni espresse dalla Corte dei conti sono state condivise dal Parlamento europeo nella risoluzione approvata nel 2021, che accompagna la decisione di disarcio per l'Agenzia riferita al bilancio 2019²⁵, e ancor più in quella del 2022, con cui il Parlamento non ha concesso il disarcio per l'esecuzione del bilancio dell'Agenzia per l'esercizio 2020²⁶. Per quanto riguarda il Parlamento europeo²⁷, degno di menzione è anche il rapporto presentato il 14 luglio 2021 dal gruppo di lavoro per il controllo di Frontex (Frontex Scrutiny Working Group) della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE), istituito nel febbraio 2021. Esso ha concluso che, pur non essendoci prove di un'azione diretta dell'Agenzia nei respingimenti o nelle espulsioni collettive, essa è stata nondimeno consapevole delle violazioni di diritti fondamentali dei migranti in alcuni Stati membri e ha mancato di prevenirle e di impedire che si ripropongano in futuro²⁸.

Le osservazioni critiche contenute nei documenti approvati da queste istituzioni e organi europei, spesso accompagnate e affiancate dai mezzi di informazione e dalle organizzazioni non governative – secondo un modello virtuoso di collaborazione tra soggetti istituzionali e gruppi della società civile – sono state utili sia per orientare il regolamento istitutivo dell'Agenzia in senso maggiormente favorevole alla tutela dei diritti umani sia per rendere più trasparente il suo funzionamento. Esse hanno altresì favorito l'emergere di una consapevolezza nell'opinione pubblica riguardo alle carenze

²⁵ Cfr. la decisione del Parlamento europeo del 21 ottobre 2021 sul disarcio per l'esecuzione del bilancio dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera per l'esercizio 2019, P9_TA(2021)0442.

²⁶ Cfr. la decisione del Parlamento europeo del 18 ottobre 2022 sul disarcio per l'esecuzione del bilancio dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera per l'esercizio 2020, P9_TA(2022)0362.

²⁷ In senso più dettagliato v. M. DEL MONTE, K. LUYTEN, *European Parliament scrutiny of Frontex*, European Parliamentary Research Service, Briefing PE 698.816, settembre 2022.

²⁸ Cfr. LIBE, Working document, Report on the fact-finding investigation on Frontex concerning alleged fundamental rights violations (rapporteur Tineke Stirk), del 14 luglio 2021, sul quale v. M. GKLIATI, *The First Steps of Frontex Accountability: Implications for its Legal Responsibility for Fundamental Rights Violations*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 13 agosto 2021.

dell'Agenzia e alla sua ancora insufficiente attenzione ai profili di tutela di quei diritti, sia nell'elaborazione dei mandati delle sue operazioni, sia nello svolgimento delle stesse.

5. Conclusioni

In ultima analisi, la nuova Frontex è uno strumento certamente perfezionabile, ma al fine di perfezionarlo e di migliorarne il funzionamento è utile soffermarsi non solo sullo strumento in sé, ma intervenire e puntare chi lo utilizza (o non lo utilizza). La combinazione tra le segnalate criticità, esogene ed endogene, che connotano l'Agenzia nello svolgimento delle sue attività operative, induce a ritenere preferibile investire sui profili di *accountability*, piuttosto che di responsabilità per illecito in senso stretto.

L'esame della prassi dimostra che, nell'azione dell'Agenzia, si sono indubbiamente verificati episodi di violazione dei diritti umani dei migranti, ma anche che si è trattato di casi isolati e che, in merito agli stessi, sia le istituzioni e gli organi competenti, sia numerose organizzazioni non governative e gruppi della società civile, anche grazie al ruolo svolto dai mezzi di informazione, hanno svolto un opportuno ed efficace controllo. Può invece escludersi l'esistenza di una sistematica violazione dei diritti umani da parte dell'Agenzia, che la esporrebbe a una significativa responsabilità da illecito internazionale²⁹.

Alla luce dell'analisi fin qui condotta, nel valutare prospetticamente l'azione della nuova Frontex in relazione alla tutela dei diritti umani, a pochi anni dalla riforma occorsa con il regolamento 2019/1986, considerata la difficoltà di proporre ricorsi giurisdizionali nei confronti della stessa per eventuali violazioni commesse durante le attività operative, sembra preferibile continuare a migliorare il funzionamento di quello che c'è, attraverso una più efficace applicazione delle regole e dei molteplici strumenti e meccanismi di controllo già esistenti – secondo un approccio reputazionale ispirato all'esigenza di assicurarne l'*accountability* –, invece di auspicare ulteriori modifiche del regolamento istitutivo.

²⁹ Sotto il diverso profilo della responsabilità per crimini internazionali dell'individuo, appare quindi giuridicamente poco fondata la proposta di I. KALPOUZOS, I. MANN, *Banal Crimes Against Humanity: The Case of Asylum Seekers in Greece*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2015, pp. 1-28, di invitare il Procuratore della Corte penale internazionale a investigare sui crimini commessi nei confronti dei migranti nel Mediterraneo.

**Il dialogo tra le Corti di Strasburgo e Lussemburgo:
convergenze e divergenze**

I MIGRANTI DAVANTI ALLA CORTE DI STRASBURGO*

Guido Raimondi**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’apertura della Corte costituzionale italiana al diritto internazionale dei diritti umani. – 3. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo su asilo e migrazioni. Collegamento al diritto internazionale generale e ad altri strumenti pattizi. – 4. Valutazioni contrapposte sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo in tema di asilo e migrazione. – Conclusione.

1. *Introduzione*

I temi dell’asilo e dell’immigrazione, è un’ovvietà, sono sempre di bruciante attualità, e provocano tensioni nel dibattito politico nazionale, con serie ripercussioni sulle relazioni internazionali.

La prima considerazione che mi sembra opportuno fare, proprio per questa valenza della materia, è quella sulla necessità per il giurista di non farsi trascinare dalle emozioni, e di mantenere uno sguardo sereno su questa realtà così difficile. Questo però non vuol dire che nella prospettiva di un’analisi giuridica che, per quanto mi riguarda, affronterei dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali, la dimensione umana di questa realtà debba essere trascurata. Al contrario, penso che gli aspetti umani debbano essere proprio il punto di partenza del ragionamento del giurista in questa materia.

La seconda considerazione che mi pare utile porre a premessa del mio breve intervento è quella sull’importanza, nel discorso che si fa su asilo e migrazioni, del diritto internazionale, in particolare del diritto internazionale dei diritti umani e, ancora più in particolare, della Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

Recentemente, il 1° novembre 2022, è apparso sul *Corriere della Sera* un articolo di Sabino Cassese piuttosto scettico sulle possibilità del diritto internazionale. Addirittura, si parla in questo contributo di fallimento del diritto

* Intervento alla Tavola rotonda del Convegno “Asilo e immigrazione tra tentativi di riforma e supplenza dei giudici: un bilancio quinquennale”, Viterbo, Università degli Studi della Tuscia, 17 - 18 novembre 2022.

** Già Presidente della Corte europea dei diritti dell’uomo.

internazionale¹. Certamente queste pessimistiche considerazioni, così autorevolmente espresse, sono state originate dalla constatazione della difficoltà, per non dire dell'impossibilità, per le istituzioni che la comunità internazionale si è data per l'applicazione del diritto internazionale, di agire efficacemente nel quadro della crisi determinata dall'invasione dell'Ucraina, compresa l'impotenza delle tre Corti che avrebbero competenza nella materia, cioè la Corte internazionale di giustizia, la Corte penale internazionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Credo per la verità che il diritto internazionale abbia un grande ruolo da svolgere al servizio di quello che è il suo fine ultimo, cioè la pace, e che in particolare questo sia vero nel contesto del tema dell'asilo e delle migrazioni. Corollario di ciò è che quanto più le corti nazionali, specie quelle supreme e costituzionali, saranno aperte all'applicazione del diritto internazionale, tanto meglio i diritti individuali saranno protetti.

In questo quadro mi sembra perciò utile svolgere qualche sintetica considerazione dal punto di vista del giudice europeo dei diritti umani, precedute da qualche osservazione sulla sensibilità dimostrata dalla nostra Corte costituzionale verso il diritto internazionale dei diritti umani, in particolare verso la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Non c'è bisogno di sottolineare l'importanza di questo aspetto. Le convenzioni internazionali e la giurisprudenza dei giudici internazionali rischierebbero di restare lettera morta se non trovassero riscontro nelle decisioni nazionali. Vale per tutti i giudici nazionali, ma è evidente che vale in modo particolare per la Corte costituzionale, che è l'interlocutore naturale dei giudici internazionali dei diritti umani, specie della Corte europea dei diritti dell'uomo.

2. *L'apertura della Corte costituzionale italiana al diritto internazionale dei diritti umani*

Dico subito che non solo l'apertura al diritto internazionale, in particolare al diritto internazionale dei diritti umani, ma anche la sensibilità alla dimensione umana delle questioni che ad essa sono sottoposte sono ormai presenti in modo sistematico nella giurisprudenza della nostra Corte costituzionale. Si tratta di un elemento fondamentale, anche dal punto di vista della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, le cui prospettive di corretta ap-

¹ S. CASSESE, *Diritto e guerra: l'ordine mondiale in crisi*, in *Corriere della Sera*, 1° novembre 2022.

plicazione, come si accennava, sarebbero scarse o nulle senza la collaborazione delle corti nazionali, specie di quelle costituzionali.

Sotto il primo profilo credo sia fondamentale la sentenza n. 388 del 1999, che ha stabilmente sciolto, nel senso dell'apertura, il nodo dell'interpretazione dell'art. 2 della Costituzione, che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, come norma "chiusa", cioè riferita esclusivamente ai diritti protetti dalla Carta costituzionale ovvero "aperta", cioè suscettibile di essere integrata anche da principi e valori contenuti nelle Carte internazionali poste a tutela dei diritti umani. In questa decisione la Corte costituzionale ha osservato che, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti presenti in queste Carte, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione.

Sotto il secondo profilo va ricordata la giurisprudenza della Corte costituzionale che ha affermato la necessità di superare il criterio della titolarità o meno della cittadinanza nei casi in cui vengano in considerazione diritti che siano riconducibili alla persona in quanto essere umano, come si è detto per esempio nella sentenza n. 432 del 2005.

Credo che queste considerazioni ci debbano assicurare. Il nostro Paese è dotato di un organo-guardiano della Costituzione, e quindi dei valori fondanti della Repubblica, un organo che si è dato strumenti adeguati ad impedire possibili derive. Anche in quest'ottica, direi che l'ancoraggio della giurisprudenza costituzionale al diritto internazionale, compreso il diritto europeo dei diritti dell'uomo – non in modo acritico, beninteso, e con un occhio vigile sulla tutela dei valori costituzionali nazionali – sia stata una scelta saggia.

3. *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo su asilo e migrazioni. Collegamento al diritto internazionale generale e ad altri strumenti pattizi*

Naturalmente vorrei dire qualcosa sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di asilo e migrazioni.

Sarebbe evidentemente vano ogni tentativo da parte mia di offrirne una sintesi nel tempo limitatissimo di questo breve intervento, ma qualche osservazione è possibile.

Come si sa, anche se i ricorsi in tema di asilo e di migrazioni che raggiungono la Corte di Strasburgo sono moltissimi, tanto che si parla di una Corte europea delle migrazioni, il testo della Convenzione del 1950 è silente su questi argomenti. Solo il Protocollo n. 4, aperto alla firma nel 1963, ha intro-

dotto nel sistema il tema del divieto delle espulsioni collettive di stranieri e quello della libertà di movimento degli stranieri legalmente residenti.

Come dicevo, nonostante questo quasi assoluto silenzio, moltissimi migranti e richiedenti asilo si sono rivolti alla Corte di Strasburgo, e prima ancora alla Commissione europea dei diritti dell'uomo, sollevando temi relativi al loro ingresso in Europa, alla loro volontà, se residenti in un Paese europeo, di non esserne espulsi per essere rinviiati nei Paesi di origine, e alla loro eguaglianza di trattamento con i membri delle comunità che li ospitano.

Per dare risposta a queste domande di protezione, i giudici di Strasburgo hanno fatto ricorso a diversi articoli della Convenzione, come l'art. 2, che protegge il diritto alla vita, l'art. 3, che vieta la tortura e le altre pene o trattamenti disumani o degradanti, l'art. 8, che protegge la vita privata e familiare, l'art. 9 in materia di libertà di religione, l'art. 13, che impone agli Stati di offrire un rimedio effettivo a chi lamenti una violazione della Convenzione, l'art. 14 in tema di divieto di discriminazione e ovviamente il divieto di espulsioni collettive di cui al Protocollo n. 4.

In questo modo la Corte di Strasburgo ha potuto occuparsi delle diverse vicende che interessano i migranti e i richiedenti asilo: il loro trattamento al momento del loro ingresso in Europa, la protezione del loro diritto al cosiddetto *non-refoulement*, la tutela del loro diritto alla vita familiare quale ostacolo alla esecuzione di provvedimenti di estradizione o di espulsione, o anche la condizione dei migranti permanentemente residenti quanto al rispetto in generale dei loro diritti civili, politici, sociali e culturali.

Quale valutazione si può dare di questa giurisprudenza essenzialmente pretoria?

Innanzitutto, credo che lo sviluppo di questo *corpus* giurisprudenziale esprima la fedeltà della Corte di Strasburgo al fondamentale principio ispiratore della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, della quale la Convenzione europea è dichiaratamente figlia, cioè l'universalità dei diritti umani. I diritti umani sono tendenzialmente universali, perché tutti traggono origine dalla dignità umana, concetto non privo di ambiguità e praticamente impossibile da definire, lo si deve riconoscere, ma del quale non è possibile fare a meno. Non bisogna mai dimenticare che un patrimonio – minimo quanto si vuole – di diritti spetta in ogni caso a qualunque essere umano, indipendentemente dalla sua nazionalità, o anche assenza di nazionalità, e dal suo comportamento.

Qui entra in gioco un'altra considerazione, cioè quella, presente in tutti i settori della giurisprudenza di Strasburgo, del collegamento tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il diritto internazionale inteso in senso

ampio. La Corte non si stanca di ripetere che la Convenzione non è un atto isolato e non va interpretata nel vuoto, quindi gli altri strumenti convenzionali pertinenti, e anche le norme consuetudinarie, sono da tenere presenti nell'interpretazione della Convenzione.

È vero che normalmente i doveri degli Stati nei confronti dei migranti e dei richiedenti asilo sono delimitati dagli impegni convenzionali che essi hanno assunto, ma esiste un nucleo irriducibile di doveri, che corrisponde ai diritti minimi che gli Stati sono obbligati a rispettare, in ogni circostanza, tempo e luogo, indipendentemente dalle convenzioni che essi abbiano sottoscritto, che hanno un ambito generale, giacché si tratta di regole di diritto internazionale consuetudinario, ugualmente applicabili agli immigrati irregolari. Mi riferisco a ciò che la Corte internazionale di giustizia ha chiamato nel caso dello Stretto di Corfù, nel 1949, «considerazioni elementari dell'umanità»². Non c'è unanimità nel definire cosa si debba intendere per questo *standard* minimo, ma con una certa approssimazione si può ritenere che esso sia costituito da diritti inviolabili, inerenti alla dignità della persona: diritto alla vita, all'integrità fisica e morale, incluso il diritto a non essere sottoposto a schiavitù o servitù, il diritto a un processo imparziale, alla legalità e alla non retroattività del diritto penale, alla capacità giuridica, al diritto di creare una famiglia e alla libertà di pensiero, coscienza e religione. Si tratta di una tela di fondo che la Corte tiene ben presente quando si occupa di migranti e di richiedenti asilo.

Sul piano del diritto pattizio un esempio importante è costituito dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989, ai cui principi la giurisprudenza della Corte di Strasburgo attinge largamente quando si tratta di questioni relative a migranti minori.

4. *Valutazioni contrapposte sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di asilo e migrazioni. Conclusione*

Non stupisce, data l'importanza che la questione migratoria ha assunto nel dibattito politico europeo, che ci siano valutazioni contrapposte sull'azione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo in questa materia.

Da una parte, essenzialmente da parte dei governi degli Stati contraenti convenuti nelle procedure della Corte, si tende a dire che la giurisprudenza

² CIG, parere consultivo del 9 aprile 1949, *Albania c. Regno Unito*, p. 22.

della Corte europea è eccessivamente generosa nei confronti dei migranti e dei richiedenti asilo. Dall'altra parte, in particolare da quel settore della dottrina più sollecita della protezione dei migranti e dei richiedenti asilo, non mancano le critiche su quello che viene considerato un atteggiamento eccessivamente rispettoso della sovranità statale e deferente rispetto alle esigenze degli Stati contraenti.

Un esempio del primo tipo è dato dalla reazione del Governo danese in seguito alla sentenza pronunciata dalla Corte europea nel caso *Biao c. Danimarca*³. In questo caso la Corte aveva trovato una violazione dell'art. 14 (divieto di discriminazione) combinato con l'art. 8 della Convenzione (protezione della vita privata e familiare). Si trattava di un caso di riunificazione familiare. Il signor Biao è un cittadino danese di origine togolese sposato con una cittadina ghanese. La coppia ha un figlio pure cittadino danese. Il permesso di soggiorno richiesto per la signora Biao a titolo di riunificazione familiare venne negato sulla base della legislazione danese che riservava il diritto di richiedere la riunificazione familiare ai cittadini danesi per nascita, mentre per quelli che avevano acquisito la cittadinanza danese occorreva l'ulteriore requisito della residenza in Danimarca per almeno 28 anni. La Corte ha ritenuto che vi fosse una discriminazione indiretta su base etnica.

Le autorità danesi hanno reagito a questa decisione in un modo che si potrebbe definire "vigoroso". Certo dell'ingiustizia di questa sentenza, il governo danese, in vista dell'inizio della propria presidenza del Consiglio d'Europa, nel mese di novembre 2017, lanciò un'azione diplomatica volta a ridefinire i poteri della Corte europea in tema di soggiorno degli stranieri. L'azione non ebbe successo, a causa dell'opposizione, anch'essa vigorosa, di diversi Stati contraenti, in primo luogo la Germania, ma anche dell'Italia, che dopo qualche tentennamento si allineò poi alla maggioranza, ma ci mostra il segno dell'insofferenza di alcuni Stati contraenti di fronte a quello che viene ritenuto "attivismo" della Corte in tema di migrazioni, un attivismo considerato lesivo di prerogative sovrane che vengono percepite come essenziali.

Sul versante opposto si riconosce come la giurisprudenza della Corte europea abbia consentito una tutela notevole dei migranti e dei richiedenti asilo, come ad esempio nel caso *Soering c. Regno Unito*⁴, che ha fissato, pur non avendo la Corte competenze dirette in tema di asilo e di applicazione della

³ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 24 maggio 2016, *Biao c. Danimarca*, ric. n. 38590/10.

⁴ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, ric. n. 14038/88.

Convenzione di Ginevra del 1951 sui rifugiati, il fondamentale principio del *non-refoulement*, in quello *M.S.S. c. Belgio e Grecia*⁵, che ha messo in crisi il sistema di Dublino per la gestione della protezione internazionale in Europa, o nel caso *Hirsi Jamaa c. Italia*⁶, che ha esteso la responsabilità degli Stati per il *non-refoulement* e per il divieto di espulsioni collettive alle intercettazioni di migranti clandestini in alto mare, o anche *Kblaifia c. Italia* del 2016 sulla gestione dell'accoglienza e la tutela giurisdizionale della libertà personale dei migranti, che pure ha escluso la violazione dell'art. 3 della Convenzione e quella del Protocollo n. 4⁷. Si tende però a dire da parte di questa dottrina che la Corte europea dei diritti dell'uomo affronta i casi in materia di migrazione e di asilo con un pregiudizio favorevole al rispetto della sovranità statale, quindi con un'attitudine di base non particolarmente benevola verso i migranti, e una tendenza a limitare i loro diritti, riconoscendo agli Stati un *margin di apprezzamento* che, nella prospettiva di questa dottrina, è decisamente troppo ampio⁸. In un'ottica comparativa, si tende anche a dire che, invece, è immune da questo vizio la giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani, la quale sarebbe contraddistinta da un approccio assolutamente *pro homine*⁹.

Diversi esempi vengono citati a testimonianza di questo atteggiamento considerato come troppo restrittivo dei diritti dei migranti.

Uno di questi è il caso *Maaouia c. Francia* con il quale la Corte di Strasburgo ha escluso dalla tutela del giusto processo di cui all'art. 6 della Convenzione i procedimenti in materia di immigrazione¹⁰.

Ancora, si sottolinea come, in qualche modo bizzarramente, quando la Corte affronta questioni legate al perdurante diritto degli stranieri di soggiornare in uno Stato contraente, per esempio in caso di espulsione, essa non

⁵ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ric. n. 30696/09.

⁶ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa c. Italia*, ric. n. 27765/09.

⁷ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 15 dicembre 2016, *Kblaifia c. Italia*, ric. n. 16483/12.

⁸ V., ad. es, M.-B. DEMBOUR, *The Migrant Case Law of the European Court of Human Rights: Critique and Way Forward*, in B. ÇALI, L. BIANKU, I. MOTOC (eds), *Migration and the European Convention on Human Rights, European Society of International Law Series*, Oxford, 2021, pp. 19-40.

⁹ M.-B. DEMBOUR, *Op. cit.*, pp. 36-38.

¹⁰ Corte Edu, sentenza del 5 ottobre 2000, *Maaouia c. Francia*, ric. n. 39652/98.

inizia il suo ragionamento a partire dal diritto del ricorrente per poi controllare se questo diritto sia stato limitato o soppresso in modo conforme alla Convenzione, ma enuncia in primo luogo il principio secondo cui gli Stati, secondo il diritto internazionale, e nei limiti dei loro obblighi pattizi, hanno il diritto di controllare l'ingresso ed il soggiorno degli stranieri nei loro territori¹¹. Vero è che questo principio viene affermato costantemente a partire dal primo caso nel quale la Corte ebbe ad occuparsi di riunificazione familiare, cioè *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, del 1985, ma in quel contesto il principio venne citato come una considerazione tra le altre, per contestualizzare il particolare ambito, quello migratorio, nel quale la Corte era chiamata ad affrontare la violazione della vita privata e familiare che era stata denunciata con quei ricorsi¹², mentre nella giurisprudenza successiva, come nel caso *Üner*, il principio del potere degli Stati di controllare l'ingresso degli stranieri sul loro territorio viene posto a base del ragionamento, il che tende a fare dei migranti, nel contesto convenzionale, una sorta di figli di un dio minore, in contrasto con l'universalismo dei diritti umani, su cui pure la giurisprudenza della Corte europea insiste. Ovviamente sentenze recenti, come *N.D. e N.T. c. Spagna* del 2020, che ha fornito una nozione restrittiva di respingimento, sono sembrate indice di una eccessiva sensibilità della giurisprudenza della Corte europea per le ragioni degli Stati¹³.

Dov'è la verità? Il discorso sarebbe lungo. Per ora mi limito a dire che a mio sommo giudizio è bene che la Corte continui nella sua riflessione permanente sulla tutela dei migranti e dei richiedenti asilo senza mai perdere di vista la sua missione, che è quella, nei limiti del mandato che ad essa è stato affidato, di tutelare la dignità umana.

¹¹ Ad es., Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 18 ottobre 2006, *Üner c. Paesi Bassi*, ric. n. 46410/99, § 54.

¹² Corte Edu, sentenza del 28 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, ricc. nn. 9214/80, 9473/81 e 9474/81, § 67.

¹³ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 13 febbraio 2020, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ricc. nn. 8675/15 e 8697/15.

SOLIDARIETÀ E RESPONSABILITÀ NELLA GIURISPRUDENZA DI LUSSEMBURGO

Francesco Buonomenna*

SOMMARIO: 1. Piano dell'indagine. – 2. Il principio di solidarietà nell'evoluzione dei Trattati. – 3. Sentenza della Corte (Grande sezione) 6 settembre 2017. – 4. Il contributo della giurisprudenza in materia di energia. “Assonanze” o “dissonanze” con le conclusioni in materia di ricollocamento di migranti. – 5. Profili conclusivi.

1. *Piano dell'indagine*

Uno dei temi particolarmente rilevanti, vista la reale incidenza nei rapporti fra Stati all'interno dell'Ue, che si sta profilando negli ultimi anni, attiene alla portata del principio di solidarietà. Come è noto gli ambiti in cui ha assunto una caratterizzazione significativa sono quelli relativi alla gestione dei flussi migratori e sicurezza ed approvvigionamento energetico.

Entrambi gli ambiti pur rispondendo a logiche distinte, riflettono le criticità delle stesse normative¹. Non si tratta, invero, di “vuoti” normativi dettati

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Salerno.

¹ Con particolare riferimento alle criticità del sistema normativo dell'Unione in materia di asilo ed immigrazione cfr. i numerosi contributi contenuti nel numero monografico, *Verso un quadro comune europeo ed una nuova Governance della migrazione e dell'asilo*, presentazione di A. DI STASI, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 2/2021. Cfr., inoltre *ex multis*, P. DE PASQUALE, *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, in *I Post di AISDUE*, n. 2/2020, Focus “La proposta di Patto su immigrazione e asilo”, p. 1 ss.; A. DI PASCALE, *Il nuovo Patto per l'immigrazione e asilo: scontentare tutti per accontentare tutti*, in *Segnalazioni di Eurojus.it*, 28 settembre 2020; D. THYM, *European Realpolitik: Legislative Uncertainties and Operational Pitfalls of the 'New' Pact on Migration and Asylum*, in *Eumigrationlablog.eu*, 28 settembre 2020; A. DI PASCALE, *Il nuovo patto europeo per la migrazione e l'asilo: scontentare tutti per accontentare tutti*, in *Eurojus.it*, 28 settembre 2020; G. CAMPESI, *The EU Pact on Migration and Asylum and the dangerous multiplication of 'anomalous zones' for migration management*, in *ASILE blog*, 27 novembre 2020; C. FAVILLI, *Il Patto europeo sulla migrazione e l'asilo: “c'è qualcosa di nuovo, anzi di antico”*, in *Questione giustizia*, 2 ottobre 2020; M. BORRACETTI, *Il nuovo Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo: continuità o discontinuità col passato?* in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2021, p. 1 ss.; ID., *Le vie legali di accesso all'Unione nel nuovo Patto su asilo e migrazione della Commissione europea*, in *I Post di*

da sovrapposizioni legislative o di altra natura propria della tecnica legislativa, ma trattasi di criticità riconducibili al modello di Unione europea che sconta la sua incidenza ed intervento al di fuori dell'ambito applicativo delle competenze esclusive.

Da ciò, il richiamo al principio di solidarietà che assolve ad una doppia funzione, non solo di intervento a favore degli Stati nei casi presupposti o emergenziali, ma anche di bilanciamento in favore degli obiettivi che le specifiche politiche dell'Unione intendono perseguire².

Fin dalla sua codificazione nei Trattati, tuttavia, il concetto di solidarietà ha sollevato un conflitto interpretativo, insito nella natura stessa del valore, obbligo giuridico e/o obbligo morale. Rispetto a ciò un ruolo significativo ha assunto la Corte, che in una prima fase ha richiamato il principio di solidarietà, ma senza determinarne le connotazioni in termini generali³.

Diversamente, l'indagine che segue, muoverà dall'analisi della recente giurisprudenza in materia di ricollocamento dei migranti. L'ambito materiale nel quale si evidenzia l'utilizzo della nozione di solidarietà da parte della Corte, in quanto elemento fondamentale per l'interpretazione del Trattato, è quello relativo alle politiche in materia di immigrazione, asilo e controllo delle frontiere (art. 80 TFUE). Utile, e funzionale all'indagine, si può presentare

AISDUE, n. 2/2020, Focus "La proposta di Patto su immigrazione e asilo", p. 97 ss.; R. PALLADINO, *Patto sulla migrazione e l'asilo: verso nuove regole sui rimpatri*, in *I Post di AISDUE*, n. 2/2020, Focus "La proposta di Patto su immigrazione e asilo", p. 63 ss.; S. CARRERA, *Whose Pact? The Cognitive Dimensions of the New EU Pact on Migration and Asylum*, in *CEPS Policy Insights*, settembre 2020; S. PEERS, *First analysis of the EU's new asylum proposals*, in *EU Law Analysis*, 25 settembre 2020; T. RUSSO, *Quote di ricollocazione e meccanismi di solidarietà: le soluzioni troppo "flessibili" del Patto dell'Unione europea su migrazione e asilo*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 2/2021, p. 281 ss.; D. VITIELLO, *Il diritto d'asilo in Europa e l'eterogenesi dei fini*, in *ADiM Blog, Editoriale*, aprile 2022.

² Parte della dottrina individua tre declinazioni della solidarietà: la prima di carattere "responsabilizzante", che attraversa tutto l'ordinamento e si pone alla base del mutuo rispetto da parte di Istituzioni e Stati membri del complesso di diritti e obblighi discendenti dall'appartenenza all'UE; la seconda, "riequilibratoria", che ha a che fare con la mutua azione orientata, appunto, a riequilibrare le diverse condizioni di partenza e/o attenuare le difficoltà che sorgono dall'applicazione del diritto UE; e la terza, "emergenziale", che ha riguardo alla mutua assistenza in situazioni di elevata difficoltà contingente o di vera e propria crisi. Così, da ultimo, G. MORGESE, *La "nuova" solidarietà europea in materia di asilo e immigrazione: molto rumore per poco?*, in *Federalismi.it*, n. 35/2020, pp. 16-47, in part. p. 20.

³ In una prima fase la Corte ha fatto riferimento al principio nel contesto di controversie vertenti su misure statali contrarie a detto principio.

l'analisi della recente giurisprudenza in materia di solidarietà energetica di cui al richiamo dell'art. 194 TFUE. Trattasi di un raffronto che può presentarsi altresì specularmente all'indagine, sia perché le pronunce sono coeve tra loro, sia in quanto sussistono persistenti elementi di assonanza.

2. *Il principio di solidarietà nell'evoluzione dei Trattati*

Com'è noto, nei Trattati istitutivi il principio di solidarietà non ha trovato un'affermazione forte, considerato che solo nel Preambolo del Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio vi era un mero riferimento⁴. In modo diverso, ma allo stesso tempo non strutturato, si è collocato il principio nel Trattato che istituisce la Comunità economica europea. Oltre ad avere una mera enunciazione nel Preambolo, soltanto in poche norme settoriali si è prefigurato un richiamo. A volte tale richiamo non ha comportato un'espressa denominazione del principio, ma un riferimento al perseguimento di un interesse comune⁵.

Ulteriore richiamo implicito si rinveniva in caso di difficoltà o grave minaccia nella bilancia dei pagamenti di uno Stato membro, provocate da uno squilibrio globale della bilancia o dal tipo di valuta di cui esso disponeva, e capaci di compromettere il funzionamento del mercato comune o l'attuazione della politica commerciale comune⁶.

A partire dal Trattato di Maastricht, si assiste ad una nuova fase dell'inquadramento del principio di solidarietà⁷.

⁴ Il riferimento non era rivolto alla solidarietà quale valore, ma quale obiettivo: «l'Europa non si potrà costruire altro che mediante concrete realizzazioni che creino innanzitutto una solidarietà di fatto, e mediante l'instaurazione di basi comuni di sviluppo economico».

⁵ Quest'ultimo riferimento emergeva in particolare nella disciplina dell'approvvigionamento di determinati prodotti. In caso di difficoltà di approvvigionamento, il Trattato, nel prevedere una procedura di intervento, declinava la politica congiunturale degli Stati membri come una questione di interesse comune.

⁶ Nell'ipotesi di sussistenza di tale fattispecie era prevista nell'originaria disposizione di cui all'art. 108 TCE una procedura di intervento reciproco che poteva assumere anche la forma di concessione di crediti da parte degli altri Stati membri.

⁷ Va segnalato che anche dal punto di vista della giurisprudenza della Corte di giustizia formatasi nella fase di evoluzione dei Trattati non emerge un chiaro indirizzo sulla "operatività" del principio di solidarietà. Nella specie, pur essendo richiamato, è stato sempre collegato a norme che svolgono la loro funzione indipendentemente dall'incidenza del principio stesso. Di particolare rilievo cfr. CGUE, sentenza del 29 giugno 1978, *Benzine en petroleum handelsmaatschappij BV ed a c. Commissione*, C-77/77, ECLI:EU:C:1981:141. La Corte, pur dichiara-

Da un lato, infatti, viene rappresentato come principio in settori nuovi, dall'altro ha assunto una diversa prospettiva in quei settori nevralgici per la costruzione del percorso comunitario, giungendo perfino ad istituzionalizzare clausole di eccezione, per evitare che l'applicazione generalizzata di tale principio potesse mettere in discussione *ex ante* il senso di responsabilità della gestione dei singoli Stati.

Certamente significativa nel percorso evolutivo dei Trattati si è posta la procedura prevista nel Trattato di Amsterdam (*ex art. 73 L*, secondo comma), introducendo per la prima volta un meccanismo di solidarietà a favore di quegli Stati membri che si trovavano a dover affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di Paesi terzi.

La procedura, a dire il vero, non ha trovato nella prassi ampio riscontro, in quanto, a differenza delle “nuove” soluzioni normative proposte nel Patto, riconosceva alla Commissione “soltanto” una funzione propulsiva a cui seguiva necessariamente l'intervento a maggioranza qualificata del Consiglio⁸.

Con il Trattato di Lisbona, il principio assume un valore “costituzionale”, considerata la collocazione dello stesso tra i valori dell'Unione e gli obiettivi da perseguire (artt. 2 e 3 del TUE)⁹, senza trascurare un espresso richiamo nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali¹⁰.

rando la solidarietà quale principio fondamentale dell'allora Comunità, non prende in considerazione gli effetti negativi sullo stesso principio nella misura in cui non si era giunti ad adottare una decisione del Consiglio sulla base dell'allora art. 103 CEE.

In relazione al fondamento normativo del principio cfr. CGUE, sentenza del 7 febbraio 1979, *Commissione c. Regno Unito*, C-128/78, ECLI:EU:C:1979:32. Altri richiami al principio si rinvencono in particolare in CGUE, sentenza del 18 marzo 1980, *SpA Ferriera Valsabbia e altri. c. Commissione*, C-154, 205, 206, 226 a 228, 263 e 264/78, 39, 31, 83 e 85/79, ECLI:EU:C:1980:81, punto 59; Tribunale, sentenza del 15 settembre 1998, *Breda Fucine Meridionali e altri c. Commissione*, T-126/96 e T-127/96, ECLI:EU:T:1998:207, punto 101.

⁸ Per una valutazione ricostruttiva cfr. M. MESSINA, *Il fallimento della solidarietà nella gestione dei flussi migratori: la responsabilità degli Stati membri con la complicità delle Istituzioni dell'Unione?*, in A. DI STASI, L.S. ROSSI (a cura di), *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, 2020, p. 477; M.I. PAPA, *Crisi dei rifugiati, principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2016, p. 295.

⁹ Resta, in ogni caso, da evidenziare il limite di fondo del detto principio, consistente nel fatto che l'affermazione, anche di valore costituzionale, necessita di un completamento dettato proprio dalle norme settoriali. Nel Trattato di Lisbona, diversi sono i settori in cui il predetto principio viene, non solo richiamato, ma allo stesso viene attribuita una portata significativa per la soluzione di problematiche tra Unione e Stati membri.

¹⁰ Ovviamente il significato da attribuire al richiamo della solidarietà quale valore indivi-

Viene confermata, ed allo stesso tempo allargata, la prospettiva funzionalistica della solidarietà, in materia di politica estera e di sicurezza comune. La lettura combinata degli artt. 21 e 24 TUE si pone al centro di questo sistema, sia nella rappresentazione dei valori che delle azioni da perseguire. Quest'ultimo articolo, in particolare, ai suoi commi secondo e terzo, declina la solidarietà nel settore PESC: da una parte, viene definita come fondamento della politica estera dell'Unione, dall'altra, come lo spirito che deve caratterizzare l'azione degli Stati membri durante il sostegno a tale politica. Degne di nota si presentano due disposizioni, una riguardante il comma 7 dell'art. 42 TUE e l'altra contenuta nell'art. 222 TFUE, intese quali clausole generali di solidarietà. Com'è noto, la prima disposizione impone un dovere di aiuto e di assistenza reciproca fra Stati membri, nel caso in cui uno Stato sia oggetto di un'aggressione armata nel proprio territorio¹¹. La seconda, diversamente, impone all'Unione e agli Stati membri di agire congiuntamente qualora uno di questi sia oggetto di un attacco terroristico o di una calamità naturale o provocata dall'uomo¹².

sibile e universale sul quale l'Unione si fonda, richiamo espresso contenuto nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali, è da ritenersi inclusivo anche per lo specifico titolo IV alla solidarietà dedicato. Per una lettura "valoriale" delle disposizioni della Carta, cfr. F. PAPPALARDO, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 3 ss.

¹¹ La clausola di mutua difesa collettiva ex art. 42, par., 7 del TUE prevede segnatamente che: «Qualora uno Stato membro subisca un'aggressione armata nel suo territorio, gli altri Stati membri sono tenuti a prestargli aiuto e assistenza con tutti i mezzi in loro possesso, in conformità dell'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite. Ciò non pregiudica il carattere specifico della politica di sicurezza e di difesa di taluni Stati membri. Gli impegni e la cooperazione in questo settore rimangono conformi agli impegni assunti nell'ambito dell'Organizzazione del trattato del Nord-Atlantico che resta, per gli Stati che ne sono membri, il fondamento della loro difesa collettiva e l'istanza di attuazione della stessa».

¹² Ai sensi dell'art. 222 TFUE: «l'Unione e gli Stati membri agiscono congiuntamente in uno spirito di solidarietà qualora uno Stato membro sia oggetto di un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo. L'Unione mobilita tutti gli strumenti di cui dispone, inclusi i mezzi militari messi a sua disposizione dagli Stati membri, per: a) prevenire la minaccia terroristica sul territorio degli Stati membri; proteggere le istituzioni democratiche e la popolazione civile da un eventuale attacco terroristico; prestare assistenza a uno Stato membro sul suo territorio, su richiesta delle sue autorità politiche, in caso di attacco terroristico; b) prestare assistenza a uno Stato membro sul suo territorio, su richiesta delle sue autorità politiche, in caso di calamità naturale o provocata dall'uomo». Le due clausole non solo presentano presupposti diversi ai fini della loro applicazione, ma hanno anche un conte-

Al di là della disciplina specifica riguardante i settori a cui fanno riferimento le norme da ultimo richiamate, con queste due clausole il Trattato di Lisbona valorizza l'esigenza di una attivazione da parte degli Stati nei confronti di quelli in difficoltà¹³. Non da ultimo, un chiaro riferimento al principio di solidarietà si rinviene in materia di politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione (art. 80 TFUE), e di politica energetica (art. 194 TFUE). Come evidenziato, l'attenzione che segue si focalizzerà in particolare sull'applicazione dell'art. 80 TFUE nella misura in cui prevede che «le politiche dell'Unione di cui al presente Capo [politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione] sono governate dal principio di solidarietà».

3. *Sentenza della Corte (Grande sezione) 6 settembre 2017*

La ben nota fattispecie giurisprudenziale¹⁴, nelle diverse articolazioni, si

nuto diverso. In effetti, l'art. 42, par. 7, TUE può condurre sino all'utilizzo delle forze militari dei Paesi membri dell'UE e al conseguente coinvolgimento del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. Un'interpretazione, questa, confortata dall'inquadramento di tale norma nella parte del TUE dedicata alla politica di difesa e sicurezza comune e dal riferimento all'art. 51 della Carta dell'ONU. Per un inquadramento della portata della menzionata clausola *ex art.* 222 TFUE cfr. *ex multis* T. RUSSO, *Natural and Man-Made Disaster: Solidarity among Member States*, in C. JIMENEZ PIERNAS, L. PASQUALI, F. PASCUAL VIVES (eds.), *Solidarity and Protection of Individuals in E.U. Law. Addressing new challenges of the Union*, Torino, 2017, pp. 3-25.

¹³ Resta da chiedersi se vi è un obbligo di attivazione. Il tenore letterale delle due disposizioni menzionate, farebbe propendere per tale soluzione, che viene nel concreto messa in discussione nell' art. 42 TUE. La stessa disposizione si inserisce in un contesto di autodifesa collettiva che non trova nella prassi di diritto internazionale particolare pregio. Da qui una giustapposizione tra il tenore letterale, che farebbe propendere verso un obbligo, rispetto alle modalità pratiche, "degradando" lo stesso obbligo ad un sistema permissivo.

¹⁴ CGUE (Grande sezione), sentenza del 6 settembre 2017, *Repubblica Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*, cause riunite C-643/15 e C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631. Diversi sono stati i commenti a tale decisione. Cfr. *ex multis*, A. CIRCOLO, *Il principio di solidarietà tra impegno volontario e obbligo giuridico. La pronuncia della Corte di giustizia (GS) nel caso Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*, in *DPCE on line*, 2018, p. 165 ss.; B. DE WITTE, E. (L.) TSOURDI, *Confrontation on relocation - The Court of Justice endorses the emergency scheme for compulsory relocation of asylum seekers within the European Union: Slovak Republic and Hungary v. Council*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 1457 ss.; L. RIZZA, *Obbligo di solidarietà e perdita di valori*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2/2018; H. LABAYLE, *Solidarity is*

presenta di rilievo nella misura in cui pone in raffronto l'art. 78 comma 3, con il principio di solidarietà, nel contesto giuridico delle situazioni di emergenza, dettate da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi, che hanno riguardato in particolare l'Italia e la Grecia.

La vicenda trae origine dall'emanazione da parte del Consiglio di due Decisioni, la prima del 14 settembre 2015, (2015/1523/UE), relativa alla ricollocazione dalla Grecia e dall'Italia di 40.000 persone in evidente bisogno di protezione internazionale, la seconda del 22 settembre (2015/1601/UE), che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia¹⁵.

Tali decisioni si sono poste come espressione di un accordo all'interno dell'Unione sul ricollocamento temporaneo ed eccezionale, per un periodo di due anni nei confronti di richiedenti asilo che avessero presentato domanda di protezione internazionale nei due Paesi.

Sulla base del predetto accordo, gli Stati membri avrebbero dovuto, a intervalli regolari, almeno ogni tre mesi, indicare il numero di richiedenti in grado di ricollocare nei propri territori. A tale meccanismo, basato anche sul riparto obbligatorio di quote, potevano sottrarsi gli Stati soltanto per fondati motivi di pericolo per la sicurezza nazionale o ordine pubblico, o in presenza

not a value: Provisional relocation of asylum-seekers confirmed by the Court of Justice (6 September 2017, Joined Cases C-643/15 and C-647/15 Slovakia and Hungary v Council), in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 11 settembre 2017; M. MESSINA, *La Corte di giustizia afferma la validità giuridica del meccanismo provvisorio di ricollocazione obbligatoria dei richiedenti protezione internazionale. A quando la volontà politica di alcuni Stati membri UE di ottemperarvi?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2017, p. 603 ss.; D. OBRADOVIC, *Cases C-643 and C-647/15: Enforcing solidarity in EU migration policy*, in *European Law Blog*, 2 ottobre 2017; S. PEERS, *A Pyrrhic victory? The ECJ upholds the EU law on relocation of asylum-seekers*, in *EU Law Analysis*, 8 settembre 2017; S. PENASA, *La relocation delle persone richiedenti asilo: un sistema legittimo, giustificato e ... inattuato? Brevi riflessioni sulla sentenza Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*, in *DPCE on line*, 2017, p. 735 ss.

¹⁵ Sul punto cfr. *ex multis*, E. GUILD, C. COSTELLO, V. MORENO-LAX, *Implementation of the 2015 Council Decisions establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and of Greece*, EP Study, 2017, reperibile online; M. BORRACCETTI, *"To quota" or "not to quota"? The EU facing effective solidarity in its Asylum Policy*, in *Eurojus*, 31 luglio 2015; M. DI FILIPPO, *Le misure sulla ricollocazione dei richiedenti asilo adottate dall'Unione europea nel 2015: considerazioni critiche e prospettive*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2015, p. 1 ss.; e P. MORI, *La decisione sulla ricollocazione delle persone bisognose di protezione internazionale: un irrituale ricorso al metodo intergovernativo?*, in *DUE online*, Osservatorio europeo, 30 settembre 2015.

di seri motivi per applicare le disposizioni in materia di esclusione dalla protezione internazionale, ovvero qualora lo Stato di ricollocamento si fosse trovato esso stesso in una situazione di emergenza.

Contrariamente alle previsioni normative, le misure da attuare venivano contestate e non eseguite da Polonia, Ungheria e Repubblica Ceca e impugnate. La motivazione principale del ricorso ha riguardato la qualificazione della natura delle Decisioni emanate, in relazione alla base giuridica di cui all'art. 78 comma 3. In altri termini, secondo i ricorrenti, la decisione emanata avrebbe avuto natura sostanziale di atto legislativo, in virtù del contenuto e degli effetti. Di conseguenza, secondo i ricorrenti la procedura da seguire doveva essere quella di adozione degli atti, ossia la procedura legislativa ordinaria o speciale.

A diverse valutazioni è giunta la Corte sulla base di una lettura sistematica dei paragrafi 2 e 3 dell'art. 78 TFUE, ritenendo le misure temporanee adottate *ex art. 78, par. 3 TFUE* atti non legislativi aventi la forza di derogare atti legislativi adottati *ex art. 78, par. 2 TFUE* così da perseguire in modo efficiente gli obiettivi sanciti dalla stessa norma e fissati alle lettere da a) a g).

La Corte di giustizia ha avuto modo di specificare¹⁶ che ciò vale, in modo particolare, per la materia contemplata dall'art. 78, par. 2, lett. e) del TFUE, relativa ai criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di asilo o di protezione sussidiaria, la quale costituisce l'oggetto di un insieme completo di norme, tra le quali figurano in primo piano quelle previste dal regolamento Dublino III.

Ulteriore elemento di valutazione ha riguardato la proporzionalità della misura, consistente nell'imporre un meccanismo di ricollocazione vincolante, quale quello previsto dalla decisione impugnata nel contesto dell'emergenza, e rispondente ad esigenze di solidarietà

In relazione a tale profilo la Corte ha precisato la valenza del principio di solidarietà, proponendo un richiamo dello stesso principio in considerazione dell'urgenza specifica della situazione, sulla base dell'art. 78, par. 3, TFUE.

Nello specifico è stato segnalato che qualora uno o più Stati membri si trovino in una situazione di emergenza, ai sensi dell'art. 78, par. 3, TFUE, gli oneri derivanti dalle misure temporanee adottate in virtù di tale disposizione a beneficio di Stati membri devono, in linea di principio, essere ripartiti tra tutti gli altri Stati membri, conformemente al principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati, dal momento che, ai sensi dell'art. 80 TFUE, tale principio disciplina la politica dell'Unione in materia di asilo¹⁷.

¹⁶ V. par. 76 della richiamata sentenza.

¹⁷ V. par. 293.

La proposizione che la Corte offre del principio è strettamente funzionale al contesto di cui all'art. 78, par. 3, non spingendosi oltre a qualificare il principio come valore dell'Unione.

Diversamente, le Conclusioni dell'Avvocato Generale della Corte Yves Bot del 26 luglio 2017, che hanno preceduto la decisione, hanno offerto un inquadramento più ampio dello stesso principio.

Invero, al par. 17 delle menzionate Conclusioni si legge infatti che «i presenti ricorsi offrono l'occasione per ricordare che la solidarietà è uno dei valori principali dell'Unione e si trova anzi alle basi di quest'ultima. Si pone la questione di come sia possibile approfondire la solidarietà fra i popoli dell'Europa e concepire un'unione sempre più stretta fra tali popoli, come auspica il preambolo del Trattato UE, senza una solidarietà fra gli Stati membri quando uno di essi si trovi a fronteggiare una situazione di emergenza. In un caso del genere, viene toccata la quintessenza di quello che costituisce al contempo la ragion d'essere e la finalità del progetto europeo».

Come è noto, l'inadempimento prolungato della Polonia, Ungheria e Repubblica Ceca, in ordine al dover indicare i migranti da ricollocare nei propri territori, ha comportato un successivo giudizio innanzi la Corte di cui alla pronuncia del 2 aprile 2020, sulla base del ricorso per inadempimento da parte della Commissione. Con la predetta pronuncia la Corte accoglie il ricorso della Commissione, ritenendo non sussistenti ipotesi previste dalle Decisioni volta a legittimare l'inadempimento degli Stati.

4. *Il contributo della giurisprudenza in materia di energia. "Assonanze" o "dissonanze" con le conclusioni in materia di ricollocamento di migranti*

Coeve alle pronunce in materia di ricollocamento, si sono poste le decisioni del Tribunale del 10 settembre 2019, e della Corte di Giustizia del 15 luglio 2021 in ordine alla portata del principio di solidarietà applicato all'approvvigionamento energetico¹⁸.

¹⁸ Tribunale, sentenza del 10 settembre 2019, *Repubblica di Polonia c. Commissione*, T-883/16 e CGUE, sentenza (grande sezione) del 15 luglio 2021, *Commissione europea / Repubblica di Polonia*, C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596. Per un approfondito commento e analisi della cd. solidarietà energetica cfr. T.M. MOSCHETTA, *La solidarietà interstatale, nella politica energetica dell'Unione europea: note a margine della sentenza del tribunale Polonia c. Commissione*, in *I Post di AISDUE*, I, 2019, p. 139 ss.; P. MENGOZZI, *Le regole comuni per il mercato interno del gas naturale ed il principio di solidarietà energetica*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 2/2021 p. 285 ss.

La vicenda ha riguardato l'incidenza di una decisione della Commissione sulla portata e forniture del ben noto gasdotto OPAL. Con l'occasione, sia il Tribunale prima e la Corte poi hanno avuto modo di argomentare sul principio di solidarietà e sul suo perimetro.

La vicenda trae origini nel 2009, allor quando la Commissione europea aveva proceduto ad approvare, a determinate condizioni, la decisione dell'Agenzia federale delle reti tedesca di esentare il gasdotto OPAL dall'applicazione delle norme della direttiva 2003/55 (poi sostituita dalla direttiva 2009/73) sull'accesso dei terzi alle reti di gasdotti e sulla disciplina tariffaria.

Nel 2016, su richiesta segnatamente di Gazprom, l'Agenzia federale delle reti tedesca ha notificato alla Commissione la propria intenzione di modificare alcune disposizioni dell'esenzione concessa nel 2009¹⁹. Ritenendo che la decisione controversa minacciasse la sicurezza degli approvvigionamenti di gas della Polonia, a motivo del trasferimento verso la via di transito Nord Stream 1/OPAL di una parte dei volumi di gas naturale transitanti fino ad allora attraverso gli Stati della regione dell'Europa centrale, tra cui la Polonia, tramite i gasdotti concorrenti di OPAL, la Polonia ha proposto dinanzi al Tribunale dell'Unione europea un ricorso di annullamento avverso la decisione suddetta.

Il Tribunale, accogliendo il ricorso proposto dalla Polonia, ha annullato la decisione controversa per violazione del principio di solidarietà energetica, sancito dall'art. 194, par. 1, TFUE.

Secondo il Tribunale, la Commissione avrebbe dovuto esaminare l'impatto della modifica del regime di sfruttamento del gasdotto OPAL sulla sicurezza degli approvvigionamenti e sulla politica in materia di energia della Polonia.

Significativi si presentano alcuni passaggi del Tribunale riferiti al contenuto del principio ove si afferma che il principio di solidarietà comprende diritti e obblighi tanto per l'Unione quanto per gli Stati membri.

Da un lato, l'Unione è vincolata da un obbligo di solidarietà nei confronti degli Stati membri e, dall'altro, gli Stati membri sono vincolati da un obbligo di solidarietà tra loro e nei confronti dell'interesse comune dell'Unione e delle politiche da essa condotte²⁰.

¹⁹ In sostanza, la modifica prevista doveva permettere di sfruttare il gasdotto OPAL nella sua piena capacità, a condizione che almeno il 50% di tale capacità fosse venduto nell'ambito di aste. Con decisione del 28 ottobre 2016, la Commissione ha approvato tale modificazione a determinate condizioni.

²⁰ V. par. 80 menzionata decisione. Interessante si presenta il richiamo allo sviluppo di

Altresì interessanti si pongono le successive valutazioni dell'Avvocato generale Manuel Campos Sánchez Bordona nelle sue conclusioni presentate il 18 marzo 2021 a seguito dell'impugnativa della sentenza del Tribunale di primo grado da parte della Repubblica Federale di Germania.

Dopo un esame attento della giurisprudenza, con particolari ed espressi riferimenti all'applicazione del principio in materia di ricollocamenti viene evidenziato come la questione fondamentale è se la solidarietà rivesta il rango di principio giuridico e, in caso affermativo, quali ne siano la natura e la portata.

In alternativa, tale nozione avrebbe un valore puramente simbolico, privo di forza normativa. Invero, secondo l'Avvocato generale sebbene il principio di solidarietà presenti aspetti e gradi di concretezza diversi, la sua importanza nel diritto primario, come valore e come obiettivo del processo di integrazione europea, consente di dotarlo di un significato idoneo a comportare conseguenze giuridiche, ed effetti giuridici al di là delle situazioni di crisi di cui all'art. 222 TFUE²¹. Investita di un'impugnazione proposta dalla Germania, la Corte, riunita in Grande Sezione, conferma la sentenza del Tribunale, pronunciandosi sulla natura e sulla portata del principio di solidarietà energetica, in modo non dissimile da quanto sostenuto dal Tribunale.

5. *Profili conclusivi*

Sebbene il principio di solidarietà presenti aspetti e gradi di concretezza diversi, la sua importanza nel diritto primario, come valore e come obiettivo del processo di integrazione europea, consente di dotarlo di un significato idoneo a comportare conseguenze giuridiche. A tali prime conclusioni può giungersi dalla breve analisi della giurisprudenza.

Si è ben consapevoli, invero, che l'intensità degli effetti giuridici per violazione del principio di solidarietà, si presenta variabile e graduale nel siste-

una cd. solidarietà di fatto di cui al par. 73 «Per quanto riguarda più in particolare la politica dell'Unione in materia di energia, ciò implica che l'Unione e gli Stati membri devono cercare, nell'ambito dell'esercizio delle loro competenze a titolo di tale politica, di evitare di adottare misure atte ad incidere sugli interessi dell'Unione e degli altri Stati membri, per quanto riguarda la sicurezza dell'approvvigionamento, della sua sostenibilità economica e politica e della diversificazione delle fonti di approvvigionamento o dell'approvvigionamento, al fine di assumersi la loro interdipendenza e la loro solidarietà di fatto».

²¹ V. par. 64, 70 e 123.

ma del ricollocamento dei migranti, sistema che necessita di un rinnovato ripensamento normativo da parte dell'Unione.

Nonostante i vari richiami al principio di solidarietà, e nonostante la previsione di diversi meccanismi, succedutisi, ispirati a tale principio (farraginosi o su base volontaria), non si è giunti ad una chiara determinazione risolutiva²².

Se una rivisitazione del sistema non dovesse avvenire, come è accaduto con altri principi del diritto dell'Unione, la valutazione degli interessi alla luce del principio di solidarietà dovrà delinearsi nel tempo, passando attraverso l'esame della Corte, e presenterà un carattere evolutivo, sul quale influirà anche il futuro sviluppo della politica di asilo ed immigrazione.

²² Predetti profili vengono messi bene in luce *ex multis* in G. MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, 2018, spec. p. 63 ss.; ID., *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione europea*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione*, Torino, 2014, p. 365 ss.; M. MESSINA, *Il principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri nella politica d'immigrazione UE: la continua ricerca di una sua declinazione concreta*, in ID. (a cura di), *I valori fondanti dell'Unione europea a 60 anni dai trattati di Roma*, Napoli, 2017, p. 127 ss.; S. MORANO-FOADI, *Solidarity and Responsibility: Advancing Humanitarian Responses to EU Migratory Pressures*, in *European Journal of Migration and Law*, 2017, p. 223 ss.; D. THYM, L. TSOURDI, *Searching for solidarity in the EU asylum and border policies: constitutional and operational dimensions*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 5/2017, p. 605 ss.; M.I. PAPA, *Crisi dei rifugiati e principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2016, p. 287 ss.; e H. GRAY, *Surveying the Foundations: Article 80 TFEU and the Common European Asylum System*, in *Liverpool Law Review*, 2013, p. 175.

TRE DOMANDE IN CERCA DI RISPOSTE SUL PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ

Giuseppe Morgese*

SOMMARIO: 1. Quale principio di solidarietà? – 2. Quali indicazioni trarre dalla giurisprudenza della Corte di giustizia? – 3. Quali sviluppi è lecito attendersi?

1. *Quale principio di solidarietà?*

Parlare di solidarietà nella politica di asilo dell'UE significa cercare di rispondere ad almeno tre domande sul significato da attribuire all'art. 80 TFUE, sulle indicazioni che è possibile trarre dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e, infine, sugli sviluppi che è lecito attendersi in futuro.

Anzitutto, ci si deve chiedere se il principio di solidarietà dell'art. 80 TFUE svolga un ruolo, e quale, nella definizione della politica di asilo. Si ricorda che, secondo tale norma primaria, «[l]e politiche dell'Unione [concernenti le frontiere, l'asilo e l'immigrazione] e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. Ogniqualvolta necessario, gli atti dell'Unione adottati in virtù del presente capo contengono misure appropriate ai fini dell'applicazione di tale principio».

Il primo passo per dare applicazione a tale principio dovrebbe essere quello di individuarne il contenuto: operazione, tuttavia, di difficile attuazione in quanto è lo stesso concetto di solidarietà nei Trattati a essere “sfuggente”. Esso, infatti, assume molte forme e richiede, di conseguenza, che le si dia una curvatura attraverso precise scelte delle Istituzioni. Queste ultime, in particolare, hanno al riguardo un significativo margine di discrezionalità anche perché sono rinvenibili nei Trattati non una ma (almeno) tre diverse declinazioni del concetto di solidarietà, con presupposti e conseguenze differenti tra loro.

La prima è quella della *solidarietà preventiva-responsabilizzante*, fondata sulla reciproca assistenza tra Istituzioni UE e Stati membri nel rispetto di diritti e obblighi discendenti dall'appartenenza all'UE e finalizzata a evitare

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea, *Jean Monnet Chair*, Università degli studi di Bari Aldo Moro.

che quei soggetti si trovino in difficoltà per le “mancanze” altrui. Così intesa, la solidarietà è strettamente connessa al dovere di leale cooperazione dell’art. 4, par. 3, TUE e assume una connotazione orizzontale che innerva l’intero ordinamento, come più volte evidenziato dai giudici del Lussemburgo (*infra*).

La seconda declinazione è quella della *solidarietà riequilibratoria*, intesa come mutua azione finalizzata a riequilibrare le diverse condizioni di partenza o ad attenuare le difficoltà che possono sorgere in capo ad alcuni Stati dall’applicazione del diritto dell’UE. Essa valorizza maggiormente le specificità del nostro concetto rispetto al dovere di leale collaborazione, così avvicinandosi alla “solidarietà sociale” accolta negli ordinamenti nazionali; tuttavia, il vincolo che pone risulta più o meno forte a seconda dei settori considerati e dei soggetti destinatari. Ad es., la solidarietà riequilibratoria è forte nella politica di coesione economica, sociale e territoriale (ove la condivisione di parte delle risorse statali è diretta alla loro redistribuzione verso Stati e regioni europee più svantaggiati); è anche forte nello strumento dell’UE per la ripresa o *Next Generation EU*, programma economico temporaneo adottato per contribuire a sollevare le economie degli Stati colpiti dalla crisi pandemica del 2020; tale vincolo è invece oggi meno forte del passato per quanto riguarda il livello delle prestazioni sociali non contributive fornite dagli Stati membri ai cittadini di altri Stati membri, anche per via di una certa giurisprudenza restrittiva della Corte di giustizia; infine, esso è ancora abbastanza debole proprio nell’ambito delle politiche di asilo, per la perdurante operatività degli attuali criteri del sistema Dublino che impediscono una redistribuzione “strutturale” dei richiedenti protezione internazionale tra tutti gli Stati membri.

Infine, la *solidarietà emergenziale* si riferisce alla mutua assistenza in casi, per l’appunto, di emergenza e l’intensità del suo vincolo varia a seconda dei settori presi in esame: ed es., essa è forte nelle due clausole di mutua difesa (art. 42, par. 7, TUE) e di solidarietà (art. 222 TFUE), da cui emerge un dovere di assistenza in situazioni di emergenza; al contrario, è debole nell’Unione economica e monetaria in quanto soggetta a divieti e condizioni (es. articoli 122 e 136, par. 3, TFUE) e circondata da obblighi “di non solidarietà” (articoli 123, 124 e 125 TFUE); ed è debole anche nella politica di asilo, visto che i meccanismi dell’art. 78, par. 3, TFUE e della direttiva 2001/55 sulla protezione temporanea degli sfollati pongono solo una facoltà in capo alle Istituzioni (*rectius*, al Consiglio) circa l’adozione di misure emergenziali anche solidaristiche.

L’estrema difficoltà di individuare un contenuto unico e preciso della so-

lidarietà nell'UE si riflette nell'analogia impossibilità di definire il "principio" di solidarietà dell'art. 80 TFUE. Questa norma, a ben vedere, non fornisce un'autonoma base giuridica per l'adozione di atti delle Istituzioni né pone specifici obblighi di azione solidaristica. Secondo la sua formulazione, le Istituzioni godono di un margine di discrezionalità talmente ampio nel decidere se adottare atti solidaristici ("ove necessario") da impedire agli Stati che si ritengono, per così dire, "in credito di solidarietà" di eccepire la mancanza di quest'ultima, così come di ottenere la censura di atti e comportamenti ritenuti anti-solidaristici. Dunque, l'esistenza di un "principio" in materia non pare sufficiente a fondare diritti e obblighi solidaristici in capo a chicchessia prima che le Istituzioni dell'UE convengano sulla necessità di agire in senso solidaristico: così, la mancanza di un'azione solidaristica che si concretizzi in atti dell'UE ci sembra preclusiva di qualunque "diritto alla solidarietà" nelle politiche qui considerate.

Se ciò è vero, gli unici obblighi positivi ricavabili dalla lettera dell'art. 80 TFUE non attengono all'*an* degli interventi solidaristici ma solo al *quomodo*. Laddove, cioè, le Istituzioni dell'UE ritengano necessario adottare atti solidaristici, e solo allora, le misure ivi contenute devono dare applicazione al principio dell'art. 80 TFUE in modo appropriato, ad es. ripartendo i nuovi maggiori oneri tra tutti gli Stati meno onerati per aiutare quelli più onerati sia per riequilibrare le condizioni di partenza sia per dare sostanza a interventi emergenziali. Ma, lo ribadiamo, solo dopo una decisione del tutto discrezionale delle Istituzioni.

Questa conclusione ci pare confermata *a contrario* dalla prassi, ove Stati membri come l'Italia che, da anni, chiedono la modifica dei criteri del sistema Dublino per introdurre meccanismi di ricollocazione strutturale dei richiedenti protezione internazionale a volte hanno ottenuto interventi emergenziali vincolanti di carattere temporaneo (come le due decisioni 2015/1523 e 2015/1601) ma, più spesso, si sono scontrati con l'inazione delle Istituzioni dell'UE e con la necessità di concordare misure solidaristiche volontarie direttamente con questo o quello Stato membro. Quanto questa prassi sia lontana dal riconoscimento dell'esistenza di un vero e proprio principio vincolante di solidarietà nella politica di asilo, ci sembra fin troppo facile a dirsi.

2. Quali indicazioni trarre dalla giurisprudenza della Corte di giustizia?

Le nostre conclusioni sembrano trovare conferma nella giurisprudenza della Corte di giustizia avente a oggetto le decisioni 2015/1523 e 2015/1601,

prima ricordate, che hanno disposto in via emergenziale, tra il 2015 e il 2017, la ricollocazione dei richiedenti protezione internazionale in tutti gli Stati membri, in deroga al sistema Dublino e a vantaggio di Italia e Grecia.

Nella sentenza del 6 settembre 2017, cause riunite C-643 e 647/15, *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio*, concernente la validità della decisione 1601, il giudice sovranazionale ha affermato che «[q]ualora uno o più Stati membri si trovino in una situazione di emergenza, ai sensi dell'art. 78, par. 3, TFUE, gli oneri derivanti dalle misure temporanee adottate in virtù di tale disposizione a beneficio di questo o di questi Stati membri devono, in linea di principio, essere ripartiti tra tutti gli altri Stati membri, conformemente al principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri, dal momento che, ai sensi dell'art. 80 TFUE, tale principio disciplina la politica dell'Unione in materia di asilo» (punto 291). Nella successiva pronuncia del 2 aprile 2020, cause riunite C-715, 718 e 719/17, *Commissione c. Polonia, Ungheria e Repubblica ceca*, sulla procedura di infrazione contro quegli Stati che si erano opposti alla ricollocazione di emergenza, il giudice di Lussemburgo ha ribadito in maniera forse più chiara che «gli oneri derivanti dalle misure temporanee previste dalle decisioni 2015/1523 e 2015/1601, essendo state esse adottate in forza dell'art. 78, par. 3, del TFUE al fine di aiutare la Repubblica ellenica e la Repubblica italiana ad affrontare meglio una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi nel loro territorio, devono, in linea di principio, essere ripartiti tra tutti gli altri Stati membri, conformemente al principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri, dal momento che, ai sensi dell'art. 80 TFUE, tale principio disciplina la politica dell'Unione in materia di asilo» (punto 80).

Emerge, dal ragionamento della Corte, che la decisione di ricollocare in altri Stati membri un certo numero di richiedenti protezione internazionale giunti in Italia e Grecia – così derogando al sistema Dublino che invece avrebbe radicato la competenza a esaminare i richiedenti in capo a questi ultimi due Paesi – derivava non dall'applicazione del principio di solidarietà dell'art. 80 TFUE in sé considerato, bensì dalle determinazioni discrezionali prese dal Consiglio nella decisione 2015/1601 sulla base emergenziale dell'art. 78, par. 3, TFUE. In altri termini, il rispetto degli obblighi di condivisione degli oneri è stato (correttamente) fatto discendere dalla decisione con cui il Consiglio aveva ritenuto necessario disporre l'intervento emergenziale solidaristico e che l'inottemperanza a tali obblighi si era configurata come violazione non dell'art. 80 TFUE ma del più generale dovere di leale cooperazione. Solo dopo aver compiuto questo passaggio logico (che appare

più chiaro nella sentenza del 2020 rispetto a quella del 2017), la Corte ha applicato il principio di solidarietà dell'art. 80 TFUE ricordando che, una volta stabilita la necessità di ricorrere a misure emergenziali di carattere solidaristico (*l'an*), il carico degli oneri di ricollocazione va ripartito tra tutti gli Stati non in situazione di emergenza e non solo tra alcuni di essi (il *quomodo*).

Del resto, solo intendendo l'art. 80 TFUE come principio per la ripartizione proporzionale degli oneri solidaristici tra gli Stati, *destinato a operare solo dopo che un intervento solidaristico sia stato ritenuto necessario* dalle Istituzioni, possiamo conciliare la giurisprudenza appena ricordata con altre pronunzie in cui la Corte di giustizia ha confermato l'impianto complessivo del sistema europeo comune di asilo anche in caso di situazioni eccezionali e/o laddove risulti poco solidaristico.

Si ricorda, infatti, che, ad es., nella sentenza del 27 settembre 2012, causa C-179/11, *Cimade e GISTI*, la Corte ha affermato che l'onere finanziario per l'accoglienza di tutti i richiedenti protezione internazionale presenti sul territorio nazionale grava in capo allo Stato della domanda, senza alcun effetto redistributivo automatico improntato alla solidarietà che esuli dagli strumenti finanziari esistenti. Nella nota pronunzia del 7 marzo 2017, causa C-638/16 PPU, *X e X*, concernente il rifiuto opposto dal Belgio ad alcuni cittadini siriani che avevano fatto richiesta, all'ambasciata belga a Beirut, di visti a validità territoriale limitata per motivi umanitari, il giudice sovranazionale ha sostenuto che gli Stati hanno una facoltà e non un obbligo di concedere tali visti, ricordando incidentalmente che «la conclusione contraria equivarrebbe (...) a consentire ai cittadini di paesi terzi di presentare (...) domande di visto finalizzate ad ottenere il beneficio di una protezione internazionale nello Stato membro di loro scelta, il che lederebbe l'impianto generale del sistema istituito dal regolamento [Dublino III]» (punto 48), così peraltro respingendo il ragionamento dell'Avvocato generale che, proprio sulla base dell'art. 80 TFUE, aveva sostenuto l'obbligatorietà del rilascio di quei visti.

Ma è nella sentenza del 26 luglio 2017, causa C-646/16, *Jafari*, che la Corte di giustizia compie un ragionamento decisivo – seppur in maniera indiretta – ai fini dell'affermazione della necessità di una previa decisione delle Istituzioni per introdurre deroghe solidaristiche al sistema vigente. Qui il giudice sovranazionale si è trovato, in buona sostanza, a decidere se la regola della competenza dello Stato di primo ingresso del sistema Dublino dovesse essere rispettata anche in occasione di una crisi eccezionale come quella del 2015-2016, in cui un gran numero di persone entrate nell'UE lungo la rotta turco-greco-balcanica avevano presentato domanda di protezione internazionale in Stati membri diversi da quello “di primo ingresso” che, allora, non

era la Grecia (ove le regole comuni erano temporaneamente inoperanti) ma la Croazia. La Corte ha evitato di introdurre una deroga interpretativa alla predetta regola nonostante l'eccezionalità della situazione, affermando che «[l]a circostanza che l'attraversamento della frontiera abbia avuto luogo in una situazione caratterizzata dall'arrivo di un numero straordinariamente elevato di cittadini di paesi terzi, che intendono ottenere protezione internazionale, non è idonea a influenzare l'interpretazione o l'applicazione [del sistema Dublino]» (punto 93). Ciò equivale a dire, a nostro avviso, che il principio di solidarietà dell'art. 80 TFUE non è sufficiente a rendere il sistema vigente più solidaristico in via interpretativa, essendo a tal fine invece necessario che le Istituzioni adottino atti derogatori in via temporanea o strutturale.

A fronte del quadro così delineato, ci si deve chiedere se obblighi di azione solidaristica in materia di asilo possano farsi discendere non dall'art. 80 TFUE bensì dalla più recente sentenza del 15 luglio 2021, causa C-848/19 P, *Germania c. Polonia*. Al di là della vicenda di merito, concernente la politica energetica, qui la Corte ha riconosciuto per la prima volta l'esistenza di un principio di solidarietà (non ulteriormente aggettivato) che comporta diritti e obblighi reciproci: l'Unione ha doveri di solidarietà nei confronti degli Stati membri e questi hanno analoghi obblighi tra di loro nonché nei confronti dell'interesse comune dell'Unione e delle sue politiche.

In mancanza di una spiegazione più articolata di quella fornita in questa sentenza, a noi pare che l'affermazione della Corte sia poco più che un *obiter dictum* perché davvero troppo sintetica e priva di una minima valutazione delle sue conseguenze sul piano interpretativo e applicativo. Date le tante forme di solidarietà presenti nell'ordinamento dell'UE, infatti, non riusciamo a immaginare se tutte o solo alcune di queste, e quali, possano fungere da parametro di legittimità per gli atti derivati. Come conciliare, ad es., la solidarietà intergenerazionale in materia di ambiente, che richiede il passaggio a fonti energetiche rinnovabili per migliorare le condizioni ambientali a tutela delle future generazioni, con le richieste di solidarietà interstatale in materia economico-energetica avanzate da quegli Stati membri che, dall'abbandono delle fonti fossili, ne ricaveranno un pregiudizio? Quali richieste di solidarietà prediligere, in materia di politica economica, tra quelle avanzate dagli Stati membri in difficoltà o in crisi e quelle di altri Stati membri che, al contrario, si aspettano solidarietà consistente nel rispetto delle regole di bilancio vigenti? Sempre in ambito economico, come scegliere tra la solidarietà consistente nell'assunzione di debito comune per aiutare gli Stati in difficoltà o crisi e la ben diversa solidarietà intergenerazionale verso chi quel debito un giorno dovrà ripagarlo con gli interessi? Dove trovare un punto di equilibrio,

proprio in materia di asilo, tra le richieste di condivisione degli oneri avanzate dagli Stati di frontiera esterna e i richiami alla “solidarietà e responsabilità” per il rispetto del sistema Dublino da parte degli Stati di destinazione dei movimenti secondari?

Non ci pare, quindi, che attraverso l’operare di un principio fondamentale di solidarietà, che stabilisca diritti e obblighi e funga da parametro di legittimità per gli atti derivati, si possa oggi giungere all’annullamento totale o parziale del sistema Dublino, solo perché ritenuto da alcuni Stati poco solidale, in mancanza di una decisione in tal senso delle Istituzioni europee. O perlomeno crediamo che l’affermazione dei giudici sovranazionali debba come minimo essere confermata in successive pronunzie e in ambiti diversi da quello della politica energetica, e possibilmente essere accompagnata da motivazioni meno stringate.

3. *Quali sviluppi è lecito attendersi?*

È ora il caso di chiedersi quali sviluppi ci possiamo attendere per il futuro. Rispondere a una simile domanda non è semplice, non solo per via della prassi degli ultimi tempi, ma anche in ragione delle implicazioni della sentenza *Germania c. Polonia* del 2021.

Partendo dalla prassi, le prospettive non paiono rosee. Guardando alle problematiche che hanno interessato l’attuazione delle due citate decisioni di ricollocazione del 2015, al fallimento del “meccanismo correttivo di assegnazione” della proposta di rifusione Dublino del 2016, ai modesti effetti della c.d. “dichiarazione di Malta” del 2019 e dello schema di ricollocazione volontaria dalla Grecia del 2020, al perdurante stallo negoziale sulle riforme solidaristiche del Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo del 2020 nonché, più di recente, alle tensioni che stanno accompagnando il nuovo meccanismo di solidarietà volontaria del 2022, è evidente la mancanza di volontà degli Stati membri di impostare le politiche di asilo in senso maggiormente solidaristico. Sullo sfondo dei diversi meccanismi che si sono succeduti negli anni rimane, infatti, la tensione tra Stati membri dell’Europa centrosettentrionale, che intendono la solidarietà in senso responsabilizzante come espressione del dovere di leale cooperazione, e quindi spingono per il rispetto integrale del sistema Dublino al fine di limitare i movimenti secondari, e gli Stati membri di frontiera esterna meridionale e orientale per i quali il sistema dovrebbe essere riformato nell’ottica solidaristica riequilibratoria verso una maggiore redistribuzione dei richiedenti protezione internazionale.

Per questi motivi, venendo al secondo punto, sarà interessante vedere se e quali obblighi generali di solidarietà riusciranno in futuro a prevalere nelle politiche di asilo, dato che l'*obiter dictum* della sentenza *Germania c. Polonia* lascia aperta ogni strada. Quel che è certo è che, quanto alla solidarietà riequilibratoria, l'*iter* del più recente tentativo di riforma del sistema Dublino, avviato con il citato Nuovo Patto del 2020, non lascia presagire nulla di buono per quanto attiene ai meccanismi contenuti della c.d. proposta "Gestione", in specie quello connesso agli sbarchi conseguenti a operazioni SAR. Con riguardo alla solidarietà emergenziale, si vedrà se la Corte di giustizia, sulla base del principio fondamentale di solidarietà, vorrà cambiare la giurisprudenza che sinora ha salvaguardato il sistema Dublino (es. *Jafari*) a meno che le Istituzioni non dispongano, anche temporaneamente, una diversa ripartizione degli oneri tra gli Stati membri (*Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio; Commissione c. Polonia, Ungheria e Repubblica ceca*).

Ciò che continua a mancare, inoltre, è una vera solidarietà nei confronti dei cittadini dei Paesi terzi che intendono raggiungere il territorio europeo, che vada cioè oltre la solidarietà interstatale dell'art. 80 TFUE e i pur importanti *status* di protezione sussidiaria e temporanea dell'UE. Sotto questo profilo, il contrasto tra il trattamento dei richiedenti provenienti dall'Africa, dal Medio Oriente e dall'Asia e quello degli sfollati dall'Ucraina in guerra non potrebbe essere più stridente. Per diverse ragioni, a questi sfollati non è stato applicato il "contenimento" del sistema Dublino, essendo stati inquadrati nel diverso canale della protezione temporanea, ma ciò dimostra solo che la libera circolazione anche di un gran numero di cittadini di Paesi terzi, lungi dall'essere un problema insormontabile, potrebbe essere una strada quanto meno da esplorare senza preclusioni ideologiche. Salvo voler affermare che in Europa ormai si distingue tra richiedenti "accettabili" e richiedenti "non accettabili", magari sulla base del colore della pelle e dei capelli: ma ciò richiederebbe un approfondimento non giuridico che esula da questo lavoro.

PARTE II

ASILO E IMMIGRAZIONE IN ITALIA

Il quadro legislativo italiano: riforme e controriforme

IL LAVORO DEI MIGRANTI:
SEMPRE PIÙ URGENTE (MA ANCORA LONTANA)
LA RIFORMA DEL TESTO UNICO IMMIGRAZIONE

Madia D'Onghia*

SOMMARIO: 1. Il lavoro (sfruttato) dei migranti. – 2. I limiti dell'approccio (unicamente) repressivo delle misure di contrasto dello sfruttamento. – 3. La debolezza delle norme del TU immigrazione in tema di assistenza alle vittime di sfruttamento lavorativo. – 4. L'urgenza di una riforma strutturale del Testo unico in materia di immigrazione. – 5. Osservazioni conclusive.

1. *Il lavoro (sfruttato) dei migranti*

La figura centrale dei fenomeni migratori è stata storicamente, e ancora rimane, quella del lavoratore che attraversa le frontiere per cercare lavoro all'estero (si parla, in questo caso, di migrazioni economiche)¹.

Il lavoro, quindi, continua ad essere il principale motore dei flussi di stranieri in ingresso. Tuttavia, la complessa e macchinosa disciplina contenuta nel TU immigrazioni (d.lgs. n. 286/1998 e successive modifiche e integrazioni), che regola l'ingresso degli stranieri nel territorio italiano per motivi di lavoro², da sempre alimenta l'elusione delle regole e genera irregolarità se non proprio clandestinità. La rigida procedura, di fatto, rende quasi impossibile accedere legalmente al mercato del lavoro, tanto da moltiplicare i migranti irregolari³ e le potenzialità di sfruttamento della loro debolezza socio-economica; anzi, la mancanza o la precarietà del permesso di soggiorno rendono, di fatto, la via del ricorso al lavoro irregolare l'unica percorribile.

* Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro, Università di Foggia.

¹ Cfr. M. AMBROSINI, *Sociologia delle migrazioni*, Bologna, 2011 e M. MC BRITTON, *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. Una prospettiva giuslavoristica*, Bari, 2017.

² Per una completa disamina si veda, da ultimo, L. NERI, *Il lavoro*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Rimini, 2021, pp. 201-234 e C. CORSI, S. DELL'OGGIO, *Il quadro normativo*, in P. BONETTI, M. D'ONGHIA, P. MOROZZO DELLA ROCCA, M. SAVINO (a cura di), *Immigrazione e lavoro: quali regole? Modelli, problemi e tendenze*, Napoli, 2022, pp. 395-446.

³ La Fondazione ISMU stima che al 1° gennaio 2020 gli stranieri irregolari sono più di mezzo milione (517mila).

La precarietà è, peraltro, ulteriormente rafforzata dall'intrinseca transitorietà del flusso migratorio – specie in quei settori, agricoltura e turismo, caratterizzati da lavoro stagionale – che rende la relazione tra il cittadino di un Paese terzo e lo Stato ospitante ancor più precario e instabile, incidendo negativamente sulla possibilità dei migranti di raggiungere un livello minimo di integrazione sociale.

A tali dinamiche migratorie si associano, poi, quelle della criminalità organizzata, che spesso svolge il ruolo di intermediario e carnefice di questa forza lavoro; è molto frequente il rischio di infiltrazioni di intermediari “informali” e/o criminali nell'accesso al lavoro, meglio conosciuto con il nome di caporalato. Come testimoniato da numerose ricerche empiriche⁴, il tasso di aggiramento, nella prassi, delle regole sui permessi, attraverso fenomeni più o meno strutturati di compravendita di contratti di lavoro e/o di altra documentazione funzionale o propedeutica al rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno, è davvero notevole. Peraltro, non è neppure detto che il possesso del permesso porti sempre a regolari rapporti di lavoro, vista la massiccia presenza di uno sfaccettato ed inafferrabile caporalato grigio del mercato legale, in cui ai lavoratori assunti regolarmente (senza neppure apparenti condotte di minaccia o violenza) si applicano condizioni di lavoro non conformi alla disciplina lavoristica, con abuso degli schemi contrattuali, in una sorta di “usura del lavoro”. E tutto questo dà luogo a gravi forme di sfruttamento dei lavoratori stranieri, impiegati massicciamente non solo in quei settori produttivi, agricoltura ed edilizia, tradizionalmente individuati come quelli in cui si realizzano fenomeni di para-schiavismo se non proprio di vera schiavitù, ma anche nel settore terziario, della logistica e del lavoro di cura, dove si stanno sviluppando nuove e allarmanti situazioni di emarginazione sociale.

Basti esaminare alcuni dati per avere conferma di come l'intreccio tra migranti e lavoro sia sempre al limite della legalità. L'ultimo Rapporto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali sugli stranieri nel mercato del lavoro in Italia⁵, riporta che in Italia i lavoratori stranieri, pari al 10% degli occupati⁶, sono maggiormente presenti proprio in quei settori in cui

⁴ Si veda, da ultimo, il *VI Rapporto Agromafie e caporalato*, a cura di Osservatorio Placido Rizzotto, Flai Cgil, Roma, 2022.

⁵ Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *XII Rapporto Annuale*, in *Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia*, anno 2022, pp. 32-36.

⁶ Secondo Istat i cittadini non comunitari regolarmente soggiornanti al 1° gennaio 2022 sono a 3.561.540.

l'incidenza di lavoro irregolare è più alta, come in “Altri servizi collettivi e personali”; qui la presenza dei lavoratori stranieri è pari al 34,3% con una preponderanza di forza lavoro extracomunitaria. Resta sempre significativa la loro presenza anche in agricoltura (18,0% del totale), nel settore alberghi e ristoranti (15,3%) e nelle costruzioni (15,5%), tutti settori in cui la forza lavoro straniera è funzionale alla loro tenuta, data la difficoltà di trovare manodopera italiana.

Secondo i dati emersi dalle rilevazioni effettuate dai servizi ispettivi nazionali, citati nell'ultimo Rapporto annuale⁷, i soggetti che prestano la propria opera in condizioni di illegalità/informalità sono prevalentemente lavoratori stranieri extracomunitari senza permesso di soggiorno, maggiormente esposti a sfruttamento proprio per la loro particolare vulnerabilità. Ciò conferma che è proprio la condizione strutturale di questi lavoratori, «sospesi — fra clandestinità e aspettative/promesse di regolarizzazione, a preconstituire il terreno su cui prosperano situazioni di gravissimo sfruttamento»⁸.

Un ulteriore testimonianza di ciò si rinviene dalle pronunce sul reato di caporalato *ex art. 603-bis c.p.* (novellato dalla l. n. 199/2016), laddove, proprio con particolare riferimento ai lavoratori stranieri, i giudici, per giustificare l'elemento dell'approfittamento dello stato di bisogno, hanno utilizzato, quale «congrua motivazione», la loro situazione di «clandestinità» che può indicare la sussistenza *ex se* di un approfittamento del loro stato di bisogno, in quanto tale condizione li rende disposti a lavorare in condizioni disagiate⁹.

Peraltro, gli inquietanti spaccati di assoluto degrado descritti nelle sentenze¹⁰, se, da un lato, raccontano delle condizioni di vita e di lavoro nelle quali si sostanzia lo sfruttamento, dall'altro lato, confermano, indirettamente, la disperazione e, quindi, l'estremo stato di bisogno di coloro che accettano, meglio, sono costretti ad accettare di vivere e lavorare in quel modo. Si legge,

⁷ Cfr. ISPETTORATO NAZIONALE LAVORO (a cura di), *Rapporto annuale dell'attività di vigilanza in materia di lavoro e legislazione sociale. Anno 2022*, in https://www.ispettorato.gov.it/files/2023/05/Rapporto-annuale-2022_20230426-1.pdf.

⁸ M. ROCCELLA, *La condizione del lavoro nel mondo globalizzato fra vecchie e nuove schiavitù*, in *Ragion Pratica*, n. 35/2010, p. 433.

⁹ Cass. Pen., sez. V, sentenza del 12 gennaio 2018, n. 17939, in *Banca dati Pluris*.

¹⁰ Per un approfondimento, sia consentito rinviare a M. D'ONGHIA, S. LAFORGIA, *Lo sfruttamento del lavoro nell'interpretazione giurisprudenziale: una lettura giuslavoristica*, in *Lavoro e diritto*, n. 2/2021, pp. 233-256 e, da ultimo, C. VALBONESI, *Note critiche sulla recente giurisprudenza di legittimità (e di merito) in tema di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 6/2022, pp. 1351-1379.

per esempio: «i locali erano infestati da vermi, topi, blatte ed odori nauseabondi tanto che anche d'inverno venivano aperte le finestre e le porte per poter respirare, la pausa pranzo aveva luogo in un locale vicino alle macchinette del caffè ed era sporco ed inadeguato, mancava qualsiasi dispositivo di protezione, non venivano effettuate visite mediche. [...] (Si riscontrava ndr) un'allarmante situazione in relazione agli effettivi orari di lavoro, alle condizioni igieniche dei locali ove veniva esercitata l'attività lavorativa, alle contribuzioni che non venivano pagate, se non parzialmente, e non tenevano conto degli straordinari svolti e sistematicamente non pagati, oltre ad essere sproporzionate rispetto agli orari svolti e (i lavoratori) rappresentavano di essere obbligati a continuare a lavorare, pur in quelle condizioni così degradanti in ragione delle loro precarie situazioni economiche, stante la necessità di mantenere le famiglie e di onorare i debiti contratti dai primi due anche in relazione al fatto che erano stranieri»¹¹.

L'irregolarità del rapporto di lavoro porta, quindi, i migranti nelle situazioni di più grave svantaggio del mercato nel lavoro e a situazioni di vera e propria emarginazione sociale: la maggiore precarietà, le condizioni di sfruttamento, la mortificazione di una equa retribuzione, la mancanza di alloggi decorosi e di qualunque forma di *welfare* finiscono per rappresentare condizioni di violazione del senso ultimo del lavoro e della dignità del lavoratore. Non è un caso che gli stranieri extra UE siano anche più esposti al rischio di povertà: secondo le stime di ISTAT, oltre il 30% delle famiglie di soli stranieri è in povertà assoluta, contro meno del 6% delle famiglie di soli italiani.

2. *I limiti dell'approccio (unicamente) repressivo delle misure di contrasto dello sfruttamento*

Gli strumenti giuridici predisposti per garantire il lavoratore migrante irregolare sfruttato e/o per sanzionare il datore di lavoro che sfrutta sono prevalentemente di tipo repressivo. La stessa riforma del c.d. reato di caporalato (art. 603-*bis* c.p., introdotto nel 2012 e poi novellato nel 2016) è fondamentalmente incentrata sull'ottica repressiva¹², per di più, non sempre in grado di garantire effettività. Difatti, se è vero che la norma penale ha attribuito maggiori poteri ai giudici consentendo loro, nella maggior parte dei casi, di

¹¹ Cass., Pen., sez. IV, sentenza del 4 dicembre 2019, n. 7569, in *Banca dati Pluris*.

¹² Per un commento, si rinvia, per tutti, a V. TORRE, *Il diritto penale e la filiera dello sfruttamento*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 158/2018, pp. 289-320.

condannare gli sfruttatori, essa non è certo in grado di garantire una tutela effettiva a chi lo sfruttamento lo subisce ed è proprio su questo piano che l'approccio penalistico rivela tutte le sue criticità¹³.

La novella del 2016 si è limitata a prevedere, proprio nei procedimenti per i reati di cui all'art. 603-*bis*, l'applicazione della misura del «controllo giudiziario dell'azienda e rimozione delle condizioni di sfruttamento», uno strumento cui il giudice può ricorrere laddove sussistano i presupposti per l'adozione di un decreto di sequestro preventivo (*ex art. 321, co. 1, c.p.p.*) e, allo stesso tempo, si prospetti il concreto rischio che l'interruzione dell'attività imprenditoriale possa comportare ripercussioni negative sui livelli occupazionali, oppure compromettere il valore economico dell'azienda. Si tratta, dunque, di una misura cui il legislatore attribuisce finalità preventive e di continuità aziendale, anche nell'interesse dei lavoratori sia sul versante occupazionale sia per impedire il protrarsi di forme degradanti di sfruttamento¹⁴. La *ratio* sta, dunque, nel tutelare la posizione lavorativa dei soggetti passivi del reato, evitando che il timore di ripercussioni negative sul futuro dell'azienda freni i lavoratori sfruttati dal denunciare i propri datori o intermediari.

Ma al netto di questa misura, null'altro può fare la norma penale per i lavoratori sfruttati che, in ogni caso, per poter trarre un qualche vantaggio diretto dal processo penale sono tenuti a costituirsi parte civile. È abbastanza superfluo rilevare come la posizione di particolare vulnerabilità dei migranti renda altamente improbabile una loro attivazione processuale. Dimostrare condizioni di sfruttamento e riuscire a far valere i propri diritti non è affatto facile. Oltre a reticenze da parte delle vittime, per timore di ritorsioni e conseguenze legali (basti ricordare le situazioni complesse degli stranieri, in termini, ad esempio, di regolarità del soggiorno, di precedenti e carichi pendenti, di *disempowerment* che minano fiducia e affidabilità), vi è anche una perdurante carenza di consapevolezza dei propri diritti.

¹³ In proposito, sia consentito rinviare a M. D'ONGHIA, S. LAFORGIA, *Lo sfruttamento del lavoro nell'interpretazione giurisprudenziale: una lettura giuslavoristica*, in *Lavoro e diritto*, n. 2/2021, pp. 233-255; sul piano generale si veda anche S. TORDINI CAGLI, *La controversa relazione della sanzione penale con il diritto del lavoro, tra ineffettività, depenalizzazione e istanze populiste*, in *Lavoro e diritto*, n. 3-4/2017, pp. 613-642.

¹⁴ In proposito si veda Trib. La Spezia, sentenza 2 novembre 2020, in *Banca Dati Pluris*, dove il Giudice con la misura del controllo giudiziario, nomina un amministratore giudiziario a cui sono affidati anche precisi poteri per la rimozione delle condizioni di sfruttamento preesistenti, cui egli deve provvedere regolarizzando tutti i lavoratori che al momento dell'avvio del procedimento prestavano la propria attività in assenza di un regolare contratto.

A tutto ciò si aggiunge la difficoltà oggettiva (specie se si tratta di lavoratori che si spostano continuamente) di seguire il complesso *iter* giudiziario da instaurare per ottenere le tutele. Una delle barriere più insormontabili per i migranti sfruttati è costituita proprio dall'accesso alla giustizia, su cui incide negativamente anche l'annosa questione della durata dei processi del lavoro. Come noto, infatti, sono giudizi che possono essere molto lunghi e durare (a seconda dei fori di competenza) anche diversi anni, atteso che il ricorrente (su cui incombe l'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c.) dovrà provare giudizialmente la sussistenza di un rapporto di lavoro e che, spesso, le uniche prove a sua disposizione sono le testimonianze rese dai colleghi di lavoro.

È del tutto evidente, allora, come il diritto penale, da solo, sia strutturalmente inidoneo a governare forme di devianza che assumono una "dimensione sociale" e, dunque, a contrastare lo sfruttamento del lavoro. Servono anche (e soprattutto) interventi di tipo preventivo, anche per rimanere nell'alveo di quel principio di sussidiarietà penale o di complementarità¹⁵, che auspica un sistema integrato di tutela¹⁶, in cui il diritto penale è e deve rimanere soltanto l'ultima possibile soluzione, l'*extrema ratio*¹⁷.

3. *La debolezza delle norme del TU immigrazione in tema di assistenza alle vittime di sfruttamento lavorativo*

Invero, nel TU immigrazioni sono previsti interventi di natura assistenziale volti a rimuovere, o comunque ad attenuare, la condizione di vulnerabilità delle persone offese, specie nella direzione di fornire assistenza alle vittime. Il riferimento è, da un lato, al permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale di cui all'art. 18 del TU immigrazione e, dall'altro, ad un analogo titolo valido per il soggiorno in favore delle vittime di particolare sfruttamento lavorativo *ex art. 22, co 12 quater*, del medesimo testo normativo (introdotto in recepimento dell'art. 13 della direttiva 2009/52/CE).

Benché affini, i due istituti presentano caratteristiche e finalità non so-

¹⁵ Cfr. A. BARATTA, *Il Corpus Juris e la cultura giuridico-penale europea*, in S. MOCCIA (a cura di), *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, Napoli, 2004, pp. 35-36.

¹⁶ Si veda, *ex pluris*, V. MONGILLO, *Forced labour e sfruttamento lavorativo nella catena di fornitura delle imprese: strategie globali di prevenzione e repressione*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, n. 3 - 4/2019, pp. 630-675.

¹⁷ Cfr. G. MARRA, *Extrema ratio ed ordini sociali spontanei. Un criterio di sindacato sulle fattispecie penali eccessive*, Torino, 2018.

vrapponibili. Per quanto riguarda l'art. 18 del TU, esso prevede che «quando, nel corso di operazioni di polizia, di indagini o di un procedimento per taluno dei delitti di cui all'art. 3 della l. 20 febbraio 1958, n. 75, o di quelli previsti dall'art. 380 del codice di procedura penale, ovvero nel corso di interventi assistenziali dei servizi sociali degli enti locali, siano accertate situazioni di violenza o di grave sfruttamento nei confronti di uno straniero, ed emergano concreti pericoli per la sua incolumità, per effetto dei tentativi di sottrarsi ai condizionamenti di un'associazione dedita ad uno dei predetti delitti o delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o del giudizio, il questore, anche su proposta del Procuratore della Repubblica, o con il parere favorevole della stessa autorità, rilascia uno speciale permesso di soggiorno per consentire allo straniero di sottrarsi alla violenza ed ai condizionamenti dell'organizzazione criminale e di partecipare ad un programma di assistenza ed integrazione sociale». Tale permesso – che ha una durata di sei mesi, rinnovabile per un anno o per il maggior periodo occorrente per motivi di giustizia – consente, inoltre, l'accesso ai servizi assistenziali e allo studio, nonché l'iscrizione nelle liste di collocamento e lo svolgimento di lavoro subordinato, fatti salvi i requisiti minimi di età. Tale permesso è, pertanto, astrattamente fruibile da parte delle vittime del reato di cui all'art. 603-bis, co. 2, c.p. Anzi, il suo ottenimento – insieme con la partecipazione a un programma di assistenza e integrazione sociale, che ne costituisce un requisito – sembrerebbe, invero, rappresentare una significativa *chance* per la persona sfruttata. Tuttavia, l'analisi dei dati disponibili rivela una scarsa applicazione di tale permesso e, dunque, una sostanziale ineffettività dell'art. 18, TU immigrazione¹⁸.

L'altra ipotesi di permesso di soggiorno in favore delle vittime di particolare sfruttamento lavorativo, quella regolata dall'art. 22, TU immigrazione, è prevista qualora si proceda per il reato di illecita occupazione di stranieri privi di permesso di soggiorno nella forma aggravata; in questo caso il Questore, su proposta o con il parere favorevole del procuratore della Repubblica, rilascia un permesso di soggiorno allo straniero che abbia presentato denuncia e cooperi nel procedimento penale instaurato nei confronti del datore di lavoro. Tale titolo – che ha durata di sei mesi rinnovabile per un anno o per il maggior periodo occorrente alla definizione del procedimento penale – consente lo svolgimento di attività lavorativa e può essere convertito, alla

¹⁸ Cfr. D. GENOVESE, E. SANTORO, *L'art. 18 (t.u. immigrazione) e il contrasto allo sfruttamento lavorativo: la fantasia del giurista tra libertà e dignità*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 159/2018, pp. 543-579.

scadenza, in permesso di soggiorno per lavoro subordinato o autonomo. In questo caso, dunque, si tratta di una misura premiale, concessa a favore della vittima che cooperi con la giustizia nelle forme della presentazione di una denuncia e del rilascio di dichiarazioni.

Invero, anche questa disposizione è priva di reale effettività¹⁹, poiché risulta applicabile – in virtù di un’interpretazione strettamente aderente al dato letterale – in via esclusiva laddove il datore di lavoro occupi alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno, ovvero il cui permesso sia stato revocato, annullato (ovvero sia scaduto, e del quale non sia stato chiesto, nei termini di legge, il rinnovo); laddove i lavoratori occupati siano in numero superiore a tre; siano minori in età non lavorativa; ovvero, infine, quando gli stessi sono sottoposti alle altre condizioni lavorative di particolare sfruttamento di cui al terzo comma dell’articolo 603-*bis* c.p.

4. *L’urgenza di una riforma strutturale del Testo unico in materia di immigrazione*

Queste brevi considerazioni fanno emergere, proprio in considerazione della particolare vulnerabilità dei cittadini migranti, la necessità di ripensare gli strumenti normativi introdotti dal legislatore ormai quasi un quarto di secolo fa – peraltro in un contesto caratterizzato da uno scenario migratorio profondamente diverso da quello attuale – e, conseguentemente, l’urgenza di interventi mirati per l’emersione del lavoro irregolare e l’inclusione socio-lavorativa.

In questa prospettiva, per rispondere alle sfide di un fenomeno complesso e multidimensionale come l’immigrazione, si ritiene assolutamente prioritario porre in essere una riforma complessiva e coordinata dell’ormai datato TU immigrazione, sul quale si è stratificata una lunga serie di interventi successivi, in molti casi a scapito della linearità, dell’omogeneità, dell’efficienza e dell’efficacia stessa del TU.

È necessario apportare correttivi importanti per allineare le previsioni legislative con la realtà e le prassi che queste dovrebbero regolare, rendendo più efficiente e trasparente l’incrocio tra la domanda e l’offerta di lavoratori stranieri, oltre a rafforzare le misure di contrasto all’irregolarità e ai conse-

¹⁹ Cfr. M. PAGGI, *La tutela degli immigrati irregolari vittime di grave sfruttamento in ambito lavorativo: un percorso ad ostacoli per l’effettivo recepimento della direttiva 52/2009*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 4/2012, pp. 87-104.

guenti fenomeni di sfruttamento e lavoro sommerso, agendo anche sul piano della prevenzione.

Innanzitutto, occorre abbandonare la logica delle periodiche e, spesso, fallimentari sanatorie; l'ultimo provvedimento di regolarizzazione di cui all'art. 103, d.l. n. 34/2020, è stato un vero fallimento, sia perché limitato solo ad alcuni settori (agricoltura e lavoro domestico), sia per un'eccessiva burocratizzazione della procedura che ha portato a regolarizzare pochissimi richiedenti²⁰ (la campagna *Ero straniero* denuncia che fino al 10 maggio 2023 sono stati rilasciati solo 65.166 permessi di soggiorno, pari al 31,5% sul totale delle domande presentate)²¹.

Sarebbe, quindi, necessario introdurre un meccanismo di emersione permanente su base individuale ancorata al lavoro. A tal fine basterebbe introdurre nel TU una norma che permetta allo straniero, presente irregolarmente in Italia da almeno sei mesi, di regolarizzare il proprio *status* giuridico in presenza di un datore di lavoro intenzionato ad assumerlo con un regolare contratto di lavoro. Al contempo, occorrerebbe prevedere la possibilità per lo straniero con precedenti esperienze lavorative in Italia, ma diventato irregolare, di sanare la sua condizione richiedendo (una volta sola nell'arco di tre anni) un permesso temporaneo per ricerca lavoro, non rinnovabile ma convertibile in lavoro a fronte di un contratto di lavoro subordinato ovvero altra documentazione comprovante lo svolgimento di un lavoro in conformità alle previsioni di legge. Tali meccanismi potrebbero risultare funzionali a fare emergere il lavoro sommerso e ad impedire la creazione di nuova irregolarità, in coerenza con le previsioni del d.l. n. 73/2022 (convertito, con modificazioni, in l. n. 122/2022), c che ha introdotto semplificazioni nelle procedure di rilascio del nulla osta al lavoro nell'ambito del decreto flussi 2021²².

Occorre intervenire anche sulla programmazione dei flussi di ingresso. Allo stato attuale, la programmazione dei flussi di ingresso dovrebbe essere realizzata principalmente attraverso l'adozione di un documento programmatico triennale e un decreto flussi annuale coerente con le previsioni. Come noto, per via della complessità nella consultazione degli *stakeholders* coinvol-

²⁰ Per un approfondimento sia consentito rinviare a M. D'ONGHIA, W. CHIAROMONTE, *Migranti, lavoro e pandemia: nuovi problemi, vecchie risposte?*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, I, n. 3/2021, pp. 3-22.

²¹ Cfr. i dati riportati al seguente link: <https://erostraniero.it/regolarizzazione-maggio2023/>.

²² Cfr. C. DE MARTINO, *Il d.l. 73/2022 sul rilascio del nulla osta al lavoro: un'opportunità non priva di rischi*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, luglio 2022.

ti, l'ultimo documento programmatico è stato adottato dalla Presidenza del Consiglio dei ministri per il triennio 2004-2006, e da allora si è proceduto all'adozione di decreti flussi annuali transitori²³.

Si dovrebbe abrogare il documento programmatico triennale e prevedere un decreto triennale sui flussi di ingresso per motivi di lavoro, sentite anche le parti economiche e sociali (dagli enti e le associazioni nazionali maggiormente attivi nell'assistenza e nell'integrazione degli immigrati alle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro maggiormente rappresentative sul piano nazionale) che più di tutti conoscono i fenomeni migratori e le esigenze del mercato del lavoro, oltre che le difficoltà di integrazione dei migranti. Un timido segnale in questa direzione sembra giungere da alcuni recenti provvedimenti approvati dal Consiglio dei Ministri il 6 luglio 2023. Si tratta dello schema di un decreto flussi integrativo al d.P.C.M. del 29 dicembre 2022 (che prevede quote aggiuntive per 40.000 lavoratori extracomunitari stagionali in agricoltura e nel settore turistico-alberghiero) e di un d.P.C.M. triennale, diretto a regolare i flussi di manodopera straniera nel triennio 2023-2025²⁴.

Ma soprattutto occorre favorire l'incrocio della domanda e dell'offerta di lavoro direttamente in Italia, considerato che il rapporto di lavoro è intimamente connotato dall'*intuitu personae*, che rende infungibili tra loro le persone che il datore intende assumere, tanto più in settori in cui è necessario verificare, eventualmente anche attraverso un periodo di prova, le caratteristiche umane e le abilità relazionali del lavoratore, come nei settori del lavoro domestico e di cura alla persona. Si potrebbe prevedere, ad esempio, un nuovo canale di ingresso dedicato alla ricerca di lavoro, reintroducendo la possibilità di ingresso per ricerca del lavoro con il meccanismo dello *sponsor* (abolito dalla l. n. 189/2002). L'idea sarebbe quella di consentire l'ingresso per soggiorno temporaneo per ricerca di lavoro, in un perimetro di quote specifiche riservate nel decreto flussi triennale, a fronte di adeguate garanzie sui mezzi di sussistenza, sulla disponibilità di un alloggio e sul pagamento delle eventuali spese di rimpatrio, prestate dagli attori istituzionali e della società civile che possono candidarsi a fungere da *sponsor*.

²³ L'ultimo è il Dpcm 29 dicembre 2022 che costituisce uno dei primi atti in materia di immigrazione del nuovo Governo Meloni ed è anche il primo "decreto flussi" emanato in seguito alla semplificazione delle procedure ai sensi degli artt. 42, 43, 44 e 45 del d.l. n. 73/2022.

²⁴ Per un primo commento sia consentito rinviare all'editoriale di M. D'ONGHIA e C. DE MARTINO, *Lavoro e immigrazione una nuova stagione nella regolamentazione dei flussi di ingresso?*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, luglio 2023.

Sul versante, poi, dell'assistenza delle vittime straniere di sfruttamento lavorativo, occorrerebbe rafforzare la protezione, a partire dall'innalzamento della durata dei permessi di soggiorno rilasciati ai sensi dei già prima richiamati artt. 18 e 22 TU (attualmente di sei mesi), per consentire una migliore gestione dei programmi di assistenza e re-integrazione socio-lavorativa. Bisognerebbe, poi, modificare l'art. 18 TU, attraverso un potenziamento del c.d. percorso sociale nella norma primaria, alternativo al percorso giudiziario, per cui, ad esempio, il rilascio del permesso di soggiorno prescinderebbe dalla denuncia e possa avvenire su segnalazione dei servizi locali socio-assistenziali che hanno in carico la vittima. Importante sarebbe anche l'introduzione di una disciplina *ad hoc* dedicata in modo organico alla tutela delle vittime straniere di sfruttamento lavorativo non grave, che contenga, ad esempio, programmi di integrazione sociale e lavorativa dedicati a questo *target*. Nella stessa logica, sarebbe importante anche prevedere alcune soluzioni per rendere effettivo il diritto di accesso ai rimedi e ai meccanismi di indennizzo per le vittime, attualmente scarsamente accessibili o utilizzati, e diffusione della conoscenza degli strumenti di mediazione e conciliazione.

5. Osservazioni conclusive

La parola, allora, deve passare al legislatore, a un legislatore illuminato e lungimirante che ripristini quel rapporto virtuoso tra lavoro e diritti che ha segnato il '900, il secolo del *Welfare*, attraverso azioni che non possono essere confinati – è bene ribadirlo – nella sola dimensione penale ma anche sul piano della prevenzione, che siano di tipo normativo, seguendo un approccio di tipo strutturale e di lungo respiro.

L'occasione per realizzare interventi di questo genere sembra possa essere fornita dall'attuazione di una specifica azione inserita nel Piano Nazionale per la Resilienza e Resistenza (PNRR, meglio noto come *Recovery Plan*)²⁵, dedicata alla lotta al lavoro sommerso nei diversi settori dell'economia²⁶,

²⁵ Il PNRR è consultabile in *PNRR_0.pdf (governo.it)*.

²⁶ Nel PNRR si prevede, inoltre, il superamento degli insediamenti abusivi per il contrasto al caporalato e allo sfruttamento dei lavoratori. A tal fine, si intendono realizzare interventi volti a identificare soluzioni alloggiative dignitose per i lavoratori del settore agricolo, partendo dalla consapevolezza che la nascita e lo sviluppo di insediamenti informali, in alcuni casi veri e propri ghetti, creano un terreno fertile per l'infiltrazione di gruppi criminali, rendendo ancor più vulnerabili le condizioni di chi vi dimora.

proseguendo nell'approccio già utilizzato nel settore agricolo con il «Piano triennale di contrasto allo sfruttamento lavorativo in agricoltura e al caporalato (2020-2022)»²⁷.

In particolare, nel PNRR è stato inserito un apposito piano d'azione nazionale all'interno delle riforme e degli investimenti in materia di politiche per il lavoro anche per rispondere alle raccomandazioni della Commissione europea, che ha chiesto un maggiore sforzo nel contrasto all'impiego irregolare dei lavoratori, ivi compresi i migranti. Il piano è stato adottato lo scorso 19 dicembre 2022 e, nel «disegno di una strategia complessiva di contrasto al lavoro sommerso», viene posta un'attenzione specifica anche alle condizioni della manodopera straniera nel nostro Paese (§ B.2.5).

Tuttavia, il piano si limita ad esplicitare il proposito «di valutare l'introduzione di modifiche normative al Testo Unico sull'immigrazione al fine di affrontare in maniera efficace le connessioni tra fenomeno migratorio e lavoro irregolare», senza fornire alcuna concreta soluzione legislativa o criteri direttivi. In modo del tutto generico si segnala esclusivamente l'opportunità «di apportare correttivi al decreto legislativo n. 286 del 1998 (TUI), in maniera condivisa tra le diverse amministrazioni competenti, per rendere più efficiente e trasparente l'incrocio tra domanda e offerta di lavoratori stranieri, rafforzare le misure di contrasto all'irregolarità e ai conseguenti fenomeni di sfruttamento e lavoro sommerso, concorrenza sleale e insicurezza». Dichiarazioni queste che risultano alquanto inconsistenti, di mera facciata, a cui è molto improbabile possano seguire correttivi al TU, nella direzione prima indicata, considerato l'orientamento politico-ideologico del nuovo Esecutivo. Temo, pertanto, che si sia ancora lontani dal rivedere (salvo qualche primo tentativo, non ancora strutturale, di segno diverso già prima richiamato) le vigenti farraginose procedure di accesso al lavoro da parte di cittadini extracomunitari e, conseguentemente, dal debellare la grave piaga del ricorso al lavoro e alla immigrazione irregolare.

Cionondimeno, resta anche l'obiettivo di consolidare, in modo permanente e sinergico, le buone politiche d'integrazione rivolte a tutta la popolazione straniera, già presente nel nostro Paese, per realizzare una convivenza civile, tra italiani e stranieri. Se è vero, come ci diceva l'Unione europea già nel 2008, che «il potenziale positivo dell'immigrazione può essere sfruttato soltanto con una integrazione riuscita nelle società ospiti, allora occorre una strategia che tenga conto non solo dei benefici per la società ospite ma anche

²⁷ Il Piano triennale è consultabile in *Piano-Triennale-post-CU.pdf* (lavoro.gov.it).

degli interessi degli immigrati»²⁸ che sono, oggi più che mai, gli interessi di tutti i cittadini a superare la condizione di perenne precarietà. Difatti, le buone pratiche messe in campo nell'integrazione dei lavoratori stranieri si riflettono positivamente su tutti gli altri lavoratori, perché lavorare attivamente sull'inclusione di persone straniere in azienda, spesso molto vulnerabili, aiuta le aziende a mettere in campo strategie che fanno leva sulla generalità degli altri lavoratori.

E allora, concludendo con le parole di un Maestro, non ci resta che «confidare, raccogliendo l'invito a non “abbandonarsi ad uno sconcertante pessimismo”», poiché «“la storia”, che non è finita, ha l'abitudine di riservare sorprese»²⁹, con l'auspicio che si tratti di “belle” sorprese.

²⁸ Così la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo «Una politica d'immigrazione comune per l'Europa: principi, azioni e strumenti» (COM/2008/0359def.).

²⁹ M. ROCCELLA, *La condizione*, cit., p. 438, che cita testualmente LORD WEEDDERBURN OF CHARLTON, *Common law, labour law, global law*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 93/2002, p. 31.

L'IMMIGRAZIONE PER MOTIVI DI LAVORO TRA RIFORMA E CONTRORIFORMA

Maria Teresa Ambrosio*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il quadro legislativo italiano: analisi ricostruttiva e profili di criticità del meccanismo di programmazione degli ingressi. – 3. (*Segue*). Il quadro legislativo italiano: analisi ricostruttiva e profili di criticità delle regole di accesso al lavoro degli stranieri. – 4. La condizione di vulnerabilità del migrante quale presupposto dello sfruttamento. A che punto siamo con le tutele? – 5. «Non basta la repressione». Alcune proposte di *immigration policy* e di *immigrants policy*.

1. Premessa

Per contestualizzare il presente scritto si rende necessaria una breve premessa. Il quadro legislativo italiano sull'immigrazione per motivi di lavoro risulta oggi molto complesso e articolato. A seguito di diverse modifiche e integrazioni, l'originario impianto del testo legislativo di riferimento (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, c.d. TUI) ha perso di omogeneità ed efficienza, rendendo particolarmente ostico l'accesso al territorio e al lavoro degli stranieri in Italia.

Un'analisi attenta delle norme che regolano l'ingresso e il soggiorno dei cittadini di paesi terzi a scopo lavorativo permette di evidenziare il forte nesso tra le regole che disciplinano l'accesso al mercato del lavoro e lo sfruttamento del lavoro immigrato. Il quadro regolativo della migrazione economica, come si dirà fra breve, agevolando di fatto l'irregolarità degli ingressi, la precarietà di un regolare soggiorno, la diffusione del lavoro irregolare o sommerso e lo sfruttamento del lavoro soprattutto nei settori dove prevale la richiesta di manodopera straniera (agricoltura, edilizia, logistica, lavoro domestico e di cura alle persone), si rende complice di una lunga serie di effetti distorsivi, anche *contra legem*.

Nonostante numerosi siano stati gli stimoli¹, negli ultimi cinque anni il

* Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Milano.

¹ Il riferimento è alla proposta di legge d'iniziativa popolare *Nuove norme per la promozione del regolare soggiorno e dell'inclusione sociale e lavorativa di cittadini stranieri non comu-*

quadro normativo di riferimento è rimasto pressoché immutato, ad eccezione di qualche sporadico intervento di riforma che, come verrà illustrato nei paragrafi successivi, con esiti ancora troppo miti ha tentato di superare alcune delle inefficienze proprie della procedura di ingresso e soggiorno degli stranieri per motivi di lavoro.

Il presente scritto, dopo aver esaminato i profili più critici dell'attuale normativa in materia di accesso al mercato del lavoro degli stranieri anche dal punto di vista delle tutele, si soffermerà su alcune misure di *immigration policy* e *immigrants policy*, quale possibile controriforma (intesa qui come nuova riforma che miri a un rovesciamento della disciplina vigente), per una regolamentazione più efficace, realistica e adeguata delle migrazioni economiche.

2. *Il quadro legislativo italiano: analisi ricostruttiva e profili di criticità del meccanismo di programmazione degli ingressi*

Muovendo dal sistema di programmazione dei flussi, l'accesso al territorio degli stranieri per motivi di lavoro è affidato, come è noto, a un meccanismo di quantificazione annuale che, da diverso tempo, è rimesso in via esclusiva alla decisione del governo tramite lo strumento della decretazione transitoria.

Secondo quanto previsto dall'art. 3, commi 1 – 4, TUI, la programmazione dei flussi avviene su due livelli: il primo è rappresentato dal documento programmatico triennale (commi 1 – 3), avente lo scopo di determinare i

nitari, depositata con oltre 90mila firme alla Camera dei deputati il 27 ottobre 2017, durante la XVII legislatura. Frutto dell'impegno della campagna «Ero straniero. L'umanità che fa bene», la proposta di legge ha perso la sua validità con l'avvio della XIX legislatura. La proposta di legge e le nuove attività della campagna "Ero straniero. L'umanità che fa bene", con particolare riferimento alla programmazione di canali di ingresso per lavoro e l'integrazione degli stranieri nel nostro Paese, sono disponibili al sito http://erostraniero.it/wp-content/uploads/2019/06/leg.18.pdl_camera.13.pdf e <https://erostraniero.radicali.it>. Importanti stimoli sono giunti anche dalla dottrina. Vds., in via solo esemplificativa, M. SAVINO (a cura di), *Per una credibile politica europea dell'immigrazione e dell'asilo*, Roma, 2018; W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, M. RANIERI (a cura di), *Migranti e lavoro*, Bologna, 2020; P. BONETTI, M. D'ONGHIA, P. MOROZZO DELLA ROCCA, M. SAVINO (a cura di), *Immigrazione e lavoro: quali regole? Modelli, problemi, tendenze*, Napoli, 2022; H. CAROLI CASAVOLA, L. CORAZZA, M. SAVINO (a cura di), *Migranti, territorio e lavoro. Le strategie d'integrazione*, Soveria Mannelli, 2022.

programmi e gli interventi sul fenomeno migratorio nel suo complesso e, in particolare, di definire i criteri generali per la successiva determinazione annuale dei flussi di ingresso; il secondo livello, invece, è rappresentato dal decreto flussi (art. 3, comma 4) che stabilisce annualmente la soglia massima di stranieri da ammettere nel territorio dello Stato per motivi di lavoro, sulla base dei criteri generali individuati nel documento programmatico². Entro i limiti delle quote così determinate è consentito il rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato, anche di tipo stagionale, e autonomo (art. 21, comma 1, TUI).

In origine, il comma 4 dell'art. 3, TUI, prevedeva la predisposizione del documento programmatico triennale quale condizione legittimante per l'emanazione del decreto (o dei decreti) flussi annuale, garantendo anche il confronto con una platea di enti locali, organizzazioni sindacali e associazioni datoriali. Si trattava (prima della sua soppressione, avvenuta con l. n. 189/2002, c.d. "Bossi-Fini") di uno strumento di consultazione non vincolante ma capace di rappresentare più da vicino le esigenze del mercato del lavoro e di determinare, se necessario, un ampliamento quantitativo e qualitativo delle quote di ingressi.

Proprio in ragione della sua funzione, ossia di stabilire i criteri utili a determinare il reale fabbisogno di manodopera richiesto dal mercato del lavoro nazionale, nell'ottica del legislatore del 1998 il documento programmatico triennale avrebbe dovuto rappresentare il fulcro della programmazione dei flussi di ingresso; tale documento, invece, non si è mai caratterizzato per particolare incisività tanto che dopo il triennio 2004-2006 non è stato più adottato³.

² A. TURSI, *La nuova disciplina dell'immigrazione per lavoro: una ricognizione critica*, in A. TURSI (a cura di), *Lavoro e immigrazione*, Torino, 2005, pp. 3-37, in particolare pp. 11-13; W. CHIAROMONTE, *L'(in)evitabile nesso fra regolazione del lavoro immigrato e diffusione del lavoro sommerso: spunti ricostruttivi*, in G. CANAVESI (a cura di), *Dinamiche del diritto, migrazioni e uguaglianza relazionale*, Macerata, 2019, pp. 249-272; M. PAGGI, *L'ingresso per lavoro: la decretazione annuale dei flussi. Criteri ed evoluzione normativa*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, 2020, pp. 251-274.

³ Sul tema, Vds., D. GOTTARDI, *Politiche migratorie e programmazione dei flussi*, in A. TURSI (a cura di), *Lavoro e immigrazione*, cit., p. 139 ss.; W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri*, Torino, 2013; A. RICCOBONO, *Immigrazione e lavoro al tempo della crisi. Aspetti problematici e prospettive di riforma del quadro normativo*, in *Nuove Autonomie*, nn. 2-3/2013, pp. 401-430; M. MCBRITTON, *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. Una prospettiva giuslavoristica*, Bari, 2017; W. CHIAROMONTE, *L'ingresso per lavoro: l'irrazionalità del*

Da oltre quindici anni, in assenza di una vera strategia nella programmazione degli ingressi, i governi di turno si servono esclusivamente della decurtazione transitoria, introdotta nel 2002 dalla legge Bossi-Fini. Quest'ultima ha consentito al Presidente del Consiglio dei ministri di intervenire sulla programmazione dei flussi con proprio decreto in caso di mancata pubblicazione del decreto flussi annuale, entro il termine del 30 novembre e nel limite delle quote stabilite nell'ultimo decreto emanato. È evidente che tale limitazione quantitativa, solo al rialzo, fosse diretta esclusivamente a contingentare il flusso di ingressi, trascurando le esigenze mutevoli di manodopera espresse dal mercato del lavoro⁴.

Di recente, la legge n. 173/2020 ha opportunamente abrogato sia il riferimento temporale al 30 novembre per l'adozione del decreto in via transitoria, sia la clausola del rispetto dei limiti quantitativi⁵. Una riforma che va accolta con favore per almeno due ragioni: la prima è che il termine per la pubblicazione del decreto annuale non veniva quasi mai rispettato; la seconda è che negli ultimi quindici anni, anche per via di tale limitazione, le decurtazioni annuali hanno progressivamente ridotto i numeri di ingressi, in modo particolare per il lavoro subordinato a tempo determinato e indeterminato. Non è un caso se dopo la riforma del 2020 il numero dei permessi di soggiorno per motivi di lavoro è stato innalzato a 70mila per l'anno 2021 e poco più di 80mila per il 2022⁶.

Ad eccezione dei due decreti flussi di cui si è appena detto, la drastica contrazione dei permessi di soggiorno per lavoro (da 250mila ingressi stabiliti nel 2007 a poco più di 30mila negli anni 2015-2020)⁷ ha reso difficile, per

sistema e le sue conseguenze al tempo delle fake news e della retorica nazionalista, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, 2020, pp. 229-250.

⁴ Per una disamina completa, Vds., M.G. GAROFALO, M. MCBRITTON, *Immigrazione e lavoro: note al T.U. 25 luglio 1998, n. 286*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 1/2000, pp. 483-514; B. VENEZIANI, *Il «popolo» degli immigrati e il diritto al lavoro: una partitura incompiuta*, in AA.VV., *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, Bari, 2007, pp. 383-448.

⁵ Così, C. CORSI, S. DALL'OGGIO, *Il quadro normativo*, in P. BONETTI, M. D'ONGHIA, P. MOROZZO DELLA ROCCA, M. SAVINO (a cura di), *Immigrazione e lavoro: quali regole? Modelli, problemi, tendenze, Parte II: La situazione in Italia*, Napoli, 2022, p. 399.

⁶ Il riferimento è alle quote di ingressi stabilite dal D.P.C.M. 21 dicembre 2021, pubblicato in G.U. n. 12 del 17 gennaio 2022, e alle quote stabilite dal D.P.C.M. 29 dicembre 2022, pubblicato in G.U. n. 21 del 26 gennaio 2023.

⁷ Vds. M. D'ONGHIA, *Il lavoro (regolare) come strumento d'integrazione e inclusione socia-*

settori come l'agricoltura, l'edilizia, il turismo e il lavoro domestico, il reclutamento *legale* di manodopera straniera *regolare*. Attualmente, nonostante l'apprezzabile aumento, il numero di lavoratori stranieri ammessi resta ancora troppo esiguo per rispondere adeguatamente alle richieste delle imprese italiane⁸. Ci troviamo, dunque, davanti a un paradosso: esiste una strutturale domanda di manodopera straniera che non può essere soddisfatta tramite i canali legali della migrazione economica⁹.

L'intento dell'attuale disciplina di programmare i flussi compatibilmente con le richieste del mercato del lavoro (art. 21, comma 4, TUI) è stato dunque tradito da un meccanismo di quantificazione degli ingressi che, trascurando di fatto la penuria di manodopera nei settori più interessati dal lavoro immigrato, dimostra di avere come principale, se non unico, obiettivo il contingentamento dei flussi.

Anche a causa di politiche migratorie eccessivamente restrittive, il governo italiano è intervenuto diverse volte per regolarizzare la posizione di migliaia di stranieri irregolarmente presenti sul territorio, attraverso un provvedimento straordinario di sanatoria (otto, in trent'anni)¹⁰. Quest'ultima, tuttavia, non potendo porre un argine ai flussi irregolari di migranti, né rimedio alle conseguenze economico-sociali derivanti dall'irregolarità, come è stato opportunamente segnalato dalla dottrina sembra avere la sola funzione di assecondare le esigenze reali del mercato del lavoro nazionale non adeguatamente sostenute dal sistema di programmazione dei flussi¹¹. L'ultima regola-

le dei migranti, in H. CAROLI CASAVOLA, L. CORAZZA, M. SAVINO (a cura di), *Migranti, territorio e lavoro. le strategie d'integrazione*, cit., p. 53.

⁸ Secondo l'ultima indagine di Unioncamere, le imprese italiane punterebbero ad assumere 1,3 milioni di persone ma faticeranno a trovare anche solo il 41,6% del personale ricercato da impiegare come camerieri, muratori, commessi, fattorini e addetti alle pulizie.

⁹ Sul tema già L. CALAFÀ, *Il mercato del lavoro dei cittadini extra-Ue in trasformazione*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2019, pp. 82-89; G.A. RECCHIA, *L'accesso al lavoro dei migranti economici*, in W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, M. RANIERI (a cura di), *Migranti e lavoro*, Bologna, 2020, pp. 93-110; MCBRITTON M., *Le migrazioni economiche: accesso al territorio e accesso al mercato del lavoro*, in P. BONETTI, M. D'ONGHIA, P. MOROZZO DELLA ROCCA, M. SAVINO (a cura di), *Immigrazione e lavoro: quali regole? Modelli, problemi, tendenze*, cit., pp. 542-554.

¹⁰ Per un approfondimento sulla storia delle regolarizzazioni in Italia si rinvia a W. CHIAROMONTE, M. D'ONGHIA, *Cronaca di una sanatoria in tempo di emergenza sanitaria: genesi, finalità e limiti*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2020, p. 7 ss.; S. BRIGUGLIO, *Una regolarizzazione in tempo di pandemia: le lezioni del passato*, in *Questione Giustizia*, 28 maggio 2020.

¹¹ Così, A. BOLLANI, S. SPATARO, *Immigrazione e regolazione postuma del mercato del lavoro: la tecnica delle sanatorie*, in A. TURSI (a cura di), *Lavoro e immigrazione*, cit., pp. 326, 328.

rizzazione avviata in Italia nel 2020 è la più recente dimostrazione dell'inadeguatezza e inefficienza di tale strumento¹².

3. *(Segue). Il quadro legislativo italiano: analisi ricostruttiva e profili di criticità delle regole di accesso al lavoro degli stranieri*

La prima peculiarità del quadro legislativo italiano in materia di accesso al lavoro dei cittadini stranieri è rappresentata dall'incontro "a distanza" della domanda e dell'offerta di lavoro. Secondo quanto disposto dal TUI, il rapporto di lavoro che legittima la regolare presenza dello straniero sul territorio italiano deve sorgere quando l'aspirante lavoratore si trova ancora nel paese di origine e il datore di lavoro in Italia (art. 22, TUI). Oltre al fatto che un sistema di reclutamento basato sulla distanza favorisce l'interferenza di intermediari illegali nel processo di reclutamento della manodopera, un simile meccanismo si è rivelato del tutto fittizio poiché, nella prassi, i datori di lavoro richiedono, tramite il sistema dei flussi, l'ingresso di lavoratori che nella realtà si trovano già in Italia da irregolari. Costoro, ottenuto l'impiego, fanno rientro in patria dove viene trasmessa una (falsa) richiesta di assunzione, e solo dopo aver ritirato il visto tornano in Italia con i documenti necessari simulando, così, un primo ingresso¹³.

Secondo l'attuale normativa (art. 22, comma 2, TUI), inoltre, condizione prodromica per l'accesso al lavoro è la verifica dell'indisponibilità di manodopera già presente sul territorio dello Stato ad occupare quell'impiego, nonché il controllo da parte delle questure circa eventuali motivi ostativi all'ingresso del lavoratore straniero (art. 22, commi 5, 5-bis, 5-ter). A questo proposito deve richiamarsi il recente d.l. 21 giugno 2022, n. 73, che ha introdotto misure di semplificazione volte ad accelerare il rilascio del nulla osta al lavoro e del visto di ingresso richiesto per gli stranieri, consentendo al datore

¹² Per una disamina completa si rinvia a W. CHIAROMONTE, M. D'ONGHIA, *Migranti, lavoro e pandemia: nuovi problemi, vecchie risposte?*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, I, 1, 2021, pp. 3-22. Sia consentito il rinvio a M.T. AMBROSIO, *Il lavoro degli immigrati durante e dopo la pandemia*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, n. 1/2022, p. 191 ss. Aggiornamenti sui numeri della regolarizzazione sono disponibili al sito <http://erostraniero.it/aggiornamento-sanatoria-maggio-2022/>.

¹³ Sulla difficoltà di costituire un rapporto di lavoro a distanza si era già espresso A. GUARISO, *Le incontrollabili ipocrisie in tema di lavoro immigrato*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, n. 1/2006, p. 35 ss.

di lavoro di assumere rapidamente i cittadini extra-Ue senza attendere l'esito delle ordinarie verifiche di cui si è detto sopra. Entro 20 giorni dalla domanda (e non nel termine massimo di 60 giorni, come prescritto dall'art. 22, comma 5, TUI) le rappresentanze diplomatiche o consolari sono tenute a concedere il visto d'ingresso al cittadino straniero.

Tralasciando, in questa sede, le implicazioni del recente provvedimento sul rapporto di lavoro e, in particolare, sulla tutela del lavoratore migrante qualora poi dovessero essere accertati i motivi ostativi all'ingresso, la riforma favorisce anche lo straniero che, trovandosi in Italia *sine titulo*, è disponibile a un immediato avviamento al lavoro (art. 42, comma 7), a condizione che sia stata presentata domanda nell'ambito del decreto flussi e che vi sia capienza nelle quote. Vista da tale prospettiva, la misura introdotta interviene su una delle primissime storture della disciplina dell'accesso al lavoro dei cittadini stranieri: essa, infatti, consente di evitare la *fictio* del rientro nel paese di origine e del successivo ritorno in Italia a seguito dell'ottenimento del visto¹⁴. Va però precisato che il legislatore ha circoscritto la portata applicativa della procedura acceleratoria ai decreti flussi emanati per gli anni 2021 e 2022, mentre ha consentito l'avvio immediato al lavoro per gli stranieri che possono provare la loro presenza in Italia entro il 1° maggio 2022 (art. 42, comma 7) solamente con riferimento al decreto flussi relativo al 2021.

Altra aporia dell'ordinamento italiano in materia di migrazioni per ragioni di lavoro concerne le regole sulla durata del permesso di soggiorno che rendono fortemente instabile la condizione giuridica dello straniero in Italia. La permanenza sul territorio a fini lavorativi, oltre ad essere strettamente connessa alla durata del contratto di soggiorno, non può essere comunque superiore a nove mesi per il lavoro stagionale, un anno per il lavoro subordinato a tempo determinato e due anni per il lavoro subordinato a tempo indeterminato (art. 5, comma 3-bis, TUI). Il lavoratore straniero, che vuole conservare la posizione di regolarità amministrativa, è pertanto costretto a difficili e ravvicinati rinnovi del permesso di soggiorno, rischiando, in caso contrario, l'irregolarità della permanenza in Italia e dei futuri rapporti di lavoro.

Infine, va esaminata la questione della conversione dei permessi di soggiorno. Con il d.l. n. 130/2020 (convertito in legge n. 173/2020), il legislatore ha previsto la conversione di numerosi permessi di soggiorno in permesso di soggiorno per motivi di lavoro (art. 6, comma 1-bis, TUI). Questa disposi-

¹⁴ Per una disamina completa si rinvia a C. DE MARTINO, *Il d.l. 73/2022 sul rilascio del nulla osta al lavoro: un'opportunità non priva di rischi*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, luglio 2022.

zione influisce positivamente sulla condizione giuridica degli stranieri già presenti ad altro titolo sul territorio dello Stato poiché conferisce continuità a un soggiorno regolare iniziato con un permesso diverso da quello per lavoro¹⁵. Resta, tuttavia, non convertibile il permesso di soggiorno per richiesta di asilo. Ai sensi del d.lgs. n. 142/2015, se il procedimento di esame della domanda non è concluso e il ritardo non può essere attribuito al richiedente, il permesso di soggiorno per richiesta di asilo consente di svolgere attività lavorativa (art. 22, comma 1) ma non può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro (comma 2). È la normativa stessa, dunque, a non incoraggiare il richiedente asilo a svolgere un'attività lavorativa regolare, poiché alla scadenza del permesso ottenuto, o in caso di respingimento della domanda, il richiedente dovrà lasciare il territorio dello Stato e a nulla servirebbe l'esistenza di un regolare rapporto di lavoro¹⁶.

In virtù di tale quadro regolativo, complesso e articolato, i lavoratori stranieri si trovano spesso di fronte a un'alternativa: chi è in possesso di un regolare permesso di soggiorno accetta qualunque condizione lavorativa «pur di soddisfare l'esigenza di contrattualizzazione del rapporto»¹⁷, di non perdere alternative occupazionali e, conseguentemente, mantenere la regolarità della permanenza in Italia; chi non ha un regolare permesso di soggiorno si trova in una posizione di estrema vulnerabilità e ricattabilità che gli impone di accettare condizioni di lavoro ancora più degradanti. In caso di denuncia, infatti, il lavoratore straniero irregolare verrebbe espulso per il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato (art. 10-bis TUI) perdendo così ogni possibilità di soggiornare e lavorare in Italia¹⁸.

In estrema sintesi, l'attuale regolamentazione della migrazione economica

¹⁵ Cfr. M. VITALETTI, *Il lavoro regolare degli stranieri. E in Italia? Le modifiche introdotte dal nuovo decreto immigrazione e sicurezza*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, gennaio 2021.

¹⁶ F. MARTELLONI, *L'accesso al lavoro dei richiedenti e dei titolari di protezione internazionale tra diritto e prassi*, in W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, M. RANIERI (a cura di), *Migranti e lavoro*, cit., pp. 119-120.

¹⁷ F. SANTINI, *Lo "sfruttamento" del lavoro che cambia. La Relazione della Commissione Parlamentare sulle condizioni di lavoro in Italia*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 3/2022, p. 12.

¹⁸ Il timore di denunciare i datori di lavoro è stato peraltro accentuato a seguito del Decreto sicurezza n. 113/2018, che ha confermato la volontà di contrastare l'immigrazione irregolare dando effettiva esecuzione ai provvedimenti di espulsione. Così M. D'ONGHIA, *Il lavoro (regolare) come strumento d'integrazione e inclusione sociale dei migranti*, in H. CAROLI CASAVOLA, L. CORAZZA, M. SAVINO (a cura di), *Migranti, territorio e lavoro. Le strategie d'integrazione*, cit., pp. 61-62.

si è resa complice dello sfruttamento del lavoro e dell'approfittamento dello stato di bisogno dei lavoratori stranieri che o sono costretti a lavorare in condizioni di sfruttamento, o a non lavorare affatto.

4. *La condizione di vulnerabilità del migrante quale presupposto dello sfruttamento. A che punto siamo con le tutele?*

I profili di criticità del quadro regolativo precedentemente illustrato contribuiscono ad accrescere la dimensione della vulnerabilità nei lavoratori migranti. Questi ultimi sono esposti sia al rischio di essere intercettati da intermediari informali, i quali, approfittando dello stato di bisogno in cui versano i lavoratori, li destinano al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento (art. 603-bis, comma 1, n. 1, c.p.), sia di essere utilizzati, assunti, impiegati dal datore di lavoro, anche mediante attività di intermediazione, in condizioni di sfruttamento attraverso l'approfittamento dello stato di bisogno (art. 603-bis, comma 1, n. 2, c.p.).

Il formante giurisprudenziale costituitosi dopo l'entrata in vigore della l. 29 ottobre 2016, n. 199, che ha modificato l'impianto originario dell'art. 603-bis c.p., introdotto, per la prima volta, dalla l. 14 settembre 2011, n. 148, permette di comprendere meglio gli elementi che compongono lo sfruttamento del lavoro, facendo emergere le reali condizioni in cui versano i lavoratori sfruttati¹⁹.

Nell'interpretazione dei giudici, il fenomeno dello sfruttamento lavorativo è fortemente favorito dallo stato di bisogno. Invero, come ha rilevato in più occasioni la giurisprudenza, nessuno accetterebbe una condizione lesiva della dignità umana e la costante prevaricazione dei diritti dei lavoratori se non a causa di uno stato di bisogno effettivo²⁰. Lo stato di bisogno, precisano i giudici, non per forza deve essere di assoluta indigenza, ma è sufficiente che il soggetto versi in uno stato oggettivo, ossia in una condizione anche solo provvisoria nella quale mancano i mezzi idonei a far fronte alle esigenze primarie tale da accettare ciò che, in altre condizioni, un individuo non avrebbe mai accettato²¹. I lavoratori stranieri, dunque, accettano condizioni

¹⁹ Sul tema, Vds. M. D'ONGHIA, S. LAFORGIA, *Lo sfruttamento del lavoro nell'interpretazione giurisprudenziale: una lettura giuslavoristica*, in *Lavoro e Diritto*, n. 2/2021, pp. 233 ss.

²⁰ Cass. Civ., sez. II, sentenza del 4 dicembre 2019, n. 7568.

²¹ Cass. Pen., sez. IV, sentenza del 17 marzo 2021, n. 10188.

di lavoro degradanti poiché molto più drammatiche sono le condizioni, soprattutto quelle economiche, in cui versano in partenza.

Lo stato di bisogno e la vulnerabilità amplificano quella asimmetria già fisiologicamente presente nel rapporto di lavoro: da un lato, il datore di lavoro, quale parte contrattualmente più forte, dall'altra, il lavoratore, che si trova in una posizione di estrema debolezza proprio perché migrante. *A latere* di questo rapporto di squilibrio di potere compare spesso la figura del caporale.

Il caporalato rappresenta un fenomeno sociale, prima ancora che giuridico, che nelle sue prime apparizioni, agli inizi del Novecento, si estrinsecava nella sola intermediazione illecita di manodopera non specializzata (c.d. caporalato in senso stretto). Un fenomeno diffuso principalmente nel Sud del Paese, nei settori dell'agricoltura e dell'edilizia. Col tempo è divenuto un modello trasversale, complesso, resiliente, non circoscrivibile entro rigide categorie poiché in grado di aggiornarsi e di evolversi assecondando l'andamento della società e i mutamenti del mercato del lavoro. Commette un errore chi immagina il caporalato come un fenomeno isolato, appartenente a un sistema produttivo marginale; al contrario, esso è parte di un'organizzazione molto stabile di imprese che agiscono sul mercato, che hanno fatturati importanti e che si servono del lavoro sfruttato e a basso costo. Oggi, il caporale assolve a una funzione molto più ampia, di controllo generalizzato che va ben oltre l'organizzazione del lavoro e la sorveglianza nei campi (c.d. caporalato in senso lato)²²; una figura quasi indispensabile sia per i datori di lavoro, ai quali il caporale garantisce manodopera flessibile, salari bassi e disciplina delle squadre di lavoro, sia per i lavoratori, ai quali viene dato un lavoro (che spesso è irregolare o comunque sfruttato), un vitto e un alloggio (degradanti), trasporto e altri servizi di assistenza (a pagamento).

La diffusione del fenomeno è stata favorita anche dalla flessibilità del lavoro. Le scelte del legislatore sul tema hanno visto, negli ultimi anni, un progressivo ridimensionamento delle tutele a fronte di un aumento della flessibilità e del conseguente peggioramento delle garanzie, che ha esposto i lavoratori migranti a un deterioramento maggiore delle condizioni lavorative. Si

²² Vds., tra i tanti, D. PERROTTA, *Il caporalato come sistema: un contributo sociologico*, in E. RIGO (a cura di), *Leggi, migranti e caporali. Prospettive critiche di ricerca sullo sfruttamento del lavoro in agricoltura*, Pisa, 2015, p. 18; A. LEOGRANDE, *Il caporalato e le nuove schiavitù*, in *Parolechiave*, 1, 2016, pp. 104-105; di recente, F. DI MARZIO (a cura di), *Le tutele del lavoro*, Roma, 2021, pp. 97-113, 145 ss.

pensi alla rivoluzione digitale degli ultimi anni, all'espansione delle imprese nel settore logistico e dei trasporti, alla diffusione dei "lavoretti" della gig-economy. Storicamente sostituito da strutture più complesse, anche apparentemente legali, come agenzie di servizi, appalti e sub appalti, agenzie interinali e cooperative senza terra, nell'era della digitalizzazione il caporale è rappresentato da *software* e algoritmi. Negli ultimi anni, alcuni episodi di sfruttamento del lavoro e intermediazione illecita hanno dimostrato come attraverso le nuove tecnologie possano essere ancora veicolate vecchie distorsioni del mercato del lavoro. A tale riguardo, degno di nota è il decreto che il Tribunale di Milano ha emesso nel maggio 2020 nei confronti della società Uber Italy Srl²³. Dalle indagini svolte è emerso un «regime di sopraffazione retributivo e trattamentale» a cui venivano sottoposti diversi richiedenti asilo in stato di bisogno. Trattasi del primo caso di applicazione dell'art. 603-bis c.p. ad un'ipotesi di "caporalato digitale" o "caporalato urbano" nell'ambito della c.d. "economia dei lavoretti"²⁴.

Ad apertura del paragrafo si è detto che lo stato di bisogno favorisce lo sfruttamento del lavoro. Da questo punto di vista, deve riconoscersi l'inidoneità del diritto penale, da solo, a contrastare il fenomeno dello sfruttamento, soprattutto sul piano della tutela delle vittime²⁵. Chi è vittima di sfruttamento ha bisogno di essere protetto non solo dallo sfruttatore ma anche, soprattutto, da quella condizione di vulnerabilità che lo ha costretto ad accettare di essere sfruttato. Per tale ragione, l'approccio securitario verso l'immigrazione economica e l'azione repressiva o di solo contrasto allo sfruttamento del lavoro e al caporalato non sono sufficienti a far fronte alle condizioni di minore tutela e di maggiore precarietà del lavoro immigrato. L'attenzione del legislatore dovrebbe pertanto essere richiamata sulle misure

²³ Trib. Milano, sez. mis. prev., decreto del 28 maggio 2020, n. 9.

²⁴ C. INVERSI, *Caporalato digitale: il caso Uber Italy Srl*, in *Lavoro e diritto*, 2, 2021, pp. 339 ss.; F. BANO, *Quando lo sfruttamento è smart*, in *Lavoro e diritto*, n. 2/2021, p. 303 ss.

²⁵ Sull'insufficienza del diritto penale a combattere da solo lo sfruttamento del lavoro si è pronunciata larga dottrina, tra i tanti Vds., D. PIVA, *I limiti dell'intervento penale sul caporalato come sistema (e non come condotta) di produzione: brevi note a margine della legge n. 199/2016*, in *Archivio penale*, n. 1/2017, p. 184 ss.; E. SANTORO, D. GENOVESE, *L'articolo 18 (t.u. immigrazione) e il contrasto dello sfruttamento lavorativo: la fantasia del giurista tra libertà e dignità*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 3/2018, p. 543 ss.; M. D'ONGHIA, DE MARTINO C., *Gli strumenti giuslavoristici di contrasto allo sfruttamento del lavoro in agricoltura nella legge n. 199 del 2016: ancora timide risposte a un fenomeno molto più complesso*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*. IT – 352/2018, p. 1 ss.

di prevenzione e di assistenza alle vittime di sfruttamento del lavoro, che, unitamente alle misure di contrasto e repressione, possono meglio combattere il fenomeno.

Sul piano della tutela, invero, il TUI contiene già delle norme (artt. 18 e 22, co. 12-quater) che, pur mostrando notevoli spunti di interesse sul piano teorico, contemplano una serie di vincoli che ne rendono difficile l'applicazione. Solo in pochi ed isolati casi è stato, infatti, concesso il permesso di soggiorno per particolare sfruttamento lavorativo prescritto dall'art. 22, co. 12-quater, e quasi mai è stato attivato un percorso di protezione sociale tramite integrazione socio-lavorativa delle vittime di sfruttamento, di cui all'art. 18 TUI. Tali disposizioni, peraltro, a nulla servono se la difficoltà dei lavoratori migranti di accedere alla giustizia (per ragioni diverse, tra cui: la durata del processo, la prova della sussistenza di un rapporto di lavoro, la continua mobilità soprattutto del lavoratore stagionale, ecc.) rende la tutela più apparente che effettiva²⁶.

5. «Non basta la repressione». Alcune proposte di immigration policy e di immigrants policy

In virtù di quanto è stato finora detto, a giudizio di chi scrive, il TUI dovrebbe essere investito da una controriforma volta a superare le attuali disfunzioni del quadro regolativo sull'accesso al lavoro dei cittadini extra-Ue, favorendo la legalità degli ingressi, la regolarità dei rapporti di lavoro, maggiore stabilità del titolo di ingresso e soggiorno, fattori, questi, da cui dipende anche l'integrazione dei migranti.

Negli anni, il legislatore si è occupato, con un approccio esclusivamente securitario e punitivo, di *immigration policy* (ossia di misure che regolano le condizioni di ingresso e soggiorno), trascurando la sfera di *immigrants policy* (misure per l'integrazione sociale e lavorativa degli immigrati). Per tale ragione, a giudizio di chi scrive, le proposte di modifica devono estendersi su

²⁶ Sul tema, Vds. E. SANTORO, D. GENOVESE, *L'art. 18 (t.u. immigrazione) e il contrasto allo sfruttamento lavorativo: la fantasia del giurista tra libertà e dignità*, cit., p. 543 ss.; E. SANTORO, C. STOPPIONI, *Il contrasto allo sfruttamento lavorativo: i primi dati dell'applicazione della legge 199/2016*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 2/2019, p. 282 ss.; E. SANTORO, C. STOPPIONI, *Rapporto 2019 del Laboratorio sullo sfruttamento lavorativo e la protezione delle sue vittime di L'Altro Diritto & FLAI CGIL*, in *L'Altro Diritto. Rivista*, n. 4/2020, pp. 229-231.

due livelli: il primo, concerne le condizioni di ingresso e soggiorno, a partire dalla programmazione degli ingressi che, come dimostra la penuria di manodopera straniera in alcuni settori fondamentali, non prende seriamente in considerazione le esigenze, reali e mutevoli, del mercato del lavoro; il secondo livello riguarda, invece, i profili di integrazione e inclusione dei migranti tramite lo strumento del lavoro. Quest'ultimo, quando è regolare, dignitoso e conforme alla normativa giuslavoristica in materia di orario, retribuzione, salute e sicurezza, rappresenta un vero e proprio volano per l'integrazione dei cittadini di paesi terzi²⁷.

Sulla base di tali presupposti, a parere di chi scrive, sarebbe innanzitutto ragionevole ripristinare lo strumento del documento programmatico triennale proprio in ragione della sua originaria funzione e introdurre un nuovo sistema di programmazione dei flussi che, ricusando i soli criteri rigidi della quantificazione degli ingressi, si mostri compatibile con le esigenze mutevoli di un mercato del lavoro fluido e frammentato, quale quello attuale. Al contempo, uno sguardo di rinnovamento dovrebbe essere rivolto anche ai contenuti del decreto flussi, il quale risulterebbe più completo se, oltre a prevedere il numero annuale di ingressi, destinasse una parte della sua regolamentazione al sistema di assistenza e integrazione dei lavoratori migranti finora del tutto trascurata.

La controriforma dovrebbe investire anche le modalità di reclutamento degli aspiranti lavoratori provenienti da paesi terzi al fine di rendere più trasparente l'incontro tra domanda e offerta di lavoro. Non è pensabile, infatti, che il datore di lavoro non possa sottoporre il lavoratore straniero a un periodo di prova che gli consenta di avere una conoscenza diretta dello stesso. L'istituto dello *sponsor* (o prestazione di garanzia per l'accesso al lavoro), già noto all'ordinamento italiano, potrebbe ad esempio assecondare tale esigenza e favorire un incontro più trasparente tra domanda e offerta di lavoro²⁸. Ver-

²⁷ Vds. M. D'ONGHIA, *Il lavoro (regolare) come strumento d'integrazione e inclusione sociale dei migranti*, in H. CAROLI CASAVOLA, L. CORAZZA, M. SAVINO (a cura di), *Migranti, territorio e lavoro. Le strategie d'integrazione*, cit., p. 51 ss.; sul punto sia consentito il rinvio a M.T. AMBROSIO, *Migranti e lavoro nel "dopo" pandemia: un'integrazione (com)promessa dalla regolarizzazione straordinaria del 2020*, in H. CAROLI CASAVOLA, L. CORAZZA, M. SAVINO (a cura di), *Migranti, territorio e lavoro. Le strategie d'integrazione*, cit., pp. 69-70.

²⁸ Introdotto per la prima volta dalla legge n. 40/1998, poi trasfuso nell'art. 23 TUI, l'istituto dello *sponsor* è stato eliminato dalla legge n. 189/2002. Sul tema, Vds., W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri*, cit., pp. 167 - 169. Su un "visto speciale per chi cerca lavoro" si era espresso favorevolmente anche il Comitato Economico e Sociale, Vds., D.

rebbe così introdotto un canale di ingresso per gli aspiranti lavoratori stranieri, esclusivamente dedicato alla ricerca di un'occupazione in Italia, che consentirebbe il rilascio di un permesso di soggiorno non più condizionato al previo possesso di un contratto di lavoro. A tale riguardo, non bisogna dimenticare che investire su servizi di intermediazione e reclutamento più trasparenti ed efficaci è utile a evitare che i lavoratori stranieri si rivolgano alle reti informali e ai caporali²⁹.

Un'ulteriore modifica delle regole in vigore dovrebbe poi riguardare la durata dei permessi di soggiorno per motivi di lavoro, prevedendone un'estensione.

Non rinviabile è, altresì, l'introduzione di misure pronte a riconoscere, in qualunque momento, il tempo che lo straniero ha trascorso, a qualunque titolo, sul territorio dello Stato, unitamente ai rapporti privati, familiari e/o sociali che egli ha instaurato e coltivato nel Paese. Al fine di concedere maggiore stabilità alla posizione dello straniero, il quadro legislativo italiano, almeno fino al 2020, non attribuiva alcun valore al radicamento e alla dimostrata capacità di integrarsi nel territorio, né ai legami familiari e privati. Sul punto, il d.l. n. 130/2020, con ritardo rispetto ad altri paesi europei, è in parte intervenuto a modificare l'impianto originario del TUI, inserendo all'art. 19, comma 1.1., il divieto di espulsione conseguente al rischio di violazione del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, secondo una formulazione che richiama il disposto di cui all'art. 8 CEDU³⁰. In virtù della recente disposizione, qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare non sono ammessi l'espulsione o il respingimento di una persona verso uno Stato.

Pur riconoscendo il valore di tale norma, nel nostro ordinamento manca

GOTTARDI, *Politiche migratorie e programmazione dei flussi*, in A. TURSI (a cura di), *Lavoro e immigrazione*, cit., p. 142; più di recente, M. PAGGI, *L'ingresso per lavoro: la decretazione annuale dei flussi. Criteri ed evoluzione normativa*, in M. GIOVANNETTI-N. ZORZELLA (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, cit., pp. 260 - 263.

²⁹ Cfr. D.M. del 19 dicembre 2022, n. 221, *Piano nazionale per la lotta al lavoro sommerso 2023-2025*, p. 35.

³⁰ M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2017, p. 66 ss.; cfr. CURIGLIANO, F. MASON, *La regolarizzazione straordinaria del 2020: una prima analisi*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2021, p. 315.

ancora un meccanismo ordinario di regolarizzazione che, risolvendo caso per caso le forme di irregolarità, permetta al singolo di emergere in qualunque momento sulla base di un inserimento lavorativo o di una promessa di assunzione, del radicamento nel territorio, della conoscenza della lingua italiana o di altre circostanze che possano dimostrare un certo grado di integrazione nel paese di accoglienza³¹. L'art. 42, comma 7, del d.l. n. 73/2022, ha dato, in tal senso, un interessante suggerimento: allo straniero irregolarmente presente in Italia, che abbia la possibilità di iniziare un'attività lavorativa o che già svolge un lavoro, deve poter essere concessa la possibilità di regolarizzare la sua posizione.

Infine, sul piano della tutela e delle misure di assistenza, il legislatore, anche in considerazione della scarsa portata applicativa degli artt. 18 e 22, comma 12-quater, TUI, è chiamato a rafforzare e agevolare il sistema di protezione delle vittime di sfruttamento del lavoro svincolando, se necessario, la tutela dei lavoratori sfruttati dal meccanismo della denuncia e da altre condizioni a cui i lavoratori stranieri difficilmente possono accedere. Da questo punto di vista, risultano incoraggianti le proposte contemplate nel recente "Piano nazionale per la lotta al lavoro sommerso 2023-2025", che mira a favorire un sistema di azioni integrate, basate non solamente sulla prevenzione del lavoro irregolare e sul contrasto allo sfruttamento lavorativo, ma anche sulla protezione, assistenza e reintegrazione socio-lavorativa degli stranieri vittime di sfruttamento³². «Non basta la repressione»³³ per distruggere le forme di grave sfruttamento del lavoro, così scriveva Luigi Mariucci pochi anni prima della sua morte.

In conclusione, volendo volgere lo sguardo al futuro, a giudizio di chi scrive, qualunque altro tipo di intervento sarebbe inutile e fuorviante se prima non si provvede a rovesciare e a riscrivere il sistema attuale di accesso al mercato del lavoro degli stranieri attraverso misure che diano il giusto riconoscimento, peso e valore alla dimensione della dignità della persona che lavora.

³¹ Sul tema, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le vie dell'immigrazione e quelle della regolarizzazione*, in P. BONETTI, M. D'ONGHIA, P. MOROZZO DELLA ROCCA, M. SAVINO (a cura di), *Immigrazione e lavoro: quali regole? Modelli, problemi, tendenze*, cit., pp. 556-584.

³² D.M. del 19 dicembre 2022, n. 221, *Piano nazionale per la lotta al lavoro sommerso 2023-2025*, p. 35.

³³ L. MARIUCCI, *Caporalato, le colpe della grande distribuzione*, in *Strisciarossa*, 2018.

CONTRASTO ALL'IMMIGRAZIONE IRREGOLARE
E PROTAGONISMO DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO
TRA PUNIZIONE E PREVENZIONE

Eleonora Celoria*

SOMMARIO: 1. Introduzione: la decretazione d'urgenza e i piani di intervento. – 2. La proliferazione dei luoghi di detenzione nell'evoluzione legislativa (e al di fuori di essa). – 3. La politica dei “porti chiusi”: se l'afflittività delle sanzioni amministrative supera quella delle pene. – 4. Conclusioni. La frontiera come spazio d'elezione delle strategie di contrasto dell'immigrazione irregolare.

1. *Introduzione: la decretazione d'urgenza e i piani di intervento*

Il contrasto dell'immigrazione irregolare occupa, da oltre vent'anni, un posto centrale tra gli obiettivi perseguiti dalle riforme legislative volte a disciplinare le modalità di ingresso, soggiorno e allontanamento dei cittadini stranieri. Altrettanto radicato è l'accostamento tra immigrazione irregolare e (in)sicurezza nei discorsi pubblici, dal momento che tale espediente è funzionale alla legittimazione di scelte repressive in materia di gestione della mobilità. Sebbene il connubio immigrazione-sicurezza non sia un fatto nuovo nel panorama italiano, ha certamente riguadagnato centralità a partire dal 2015-2016, complici la cosiddetta “crisi dei rifugiati” e l'insorgere di partiti populistici e anti-migranti¹.

Questo stesso accostamento è la cifra distintiva dei decreti-legge susseguitisi negli ultimi dieci anni. Il ricorso alla decretazione d'urgenza nel campo del diritto dell'immigrazione si è caratterizzato anche per l'adozione di provvedimenti che racchiudono disposizioni disomogenee relative a protezione internazionale, accoglienza, contrasto dell'immigrazione irregolare, tutela dell'ordine pubblico, “vari ed eventuali” interventi di modifica del codice penale o di procedura penale. Emblematici, in proposito, i “decreti sicurezza” approvati nel 2018 e nel 2019. Pur se

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

¹ Sul rapporto tra populismo e securitizzazione dei confini, S. ZIRULIA, G. MARTINICO, *Criminalising migrants and securitising borders: the Italian “No-Way” model in the age of populism*, in V. STOYANOVA, S. SMET, *Migrant's Rights, Populism and Legal Resilience in Europe*, Cambridge, 2022, pp. 259-279.

adottati in un periodo di significativa flessione del numero di migranti giunti attraverso il Mediterraneo e dall'assenza di specifici pericoli o minacce per la sicurezza pubblica, i decreti hanno segnato l'apice della commistione tra i temi dell'asilo e dell'ordine pubblico². Entro la stessa prospettiva concettuale – della mobilità come perenne emergenza – e metodologica – dell'accostamento di temi eterogenei ma unificati sotto il cappello “immigrazione-ordine pubblico” – si collocano anche gli interventi precedenti³ e successivi⁴ ai cd. decreti Salvini, che rivelano una sostanziale continuità di fondo nell'approccio seguito in materia di contrasto dell'immigrazione irregolare. La direttrice securitaria è stata solo in parte corretta dall'intervento del 2020 relativo all'espansione dei divieti di espulsione dei cittadini irregolarmente soggiornanti⁵. L'art. 19 Testo Unico Immigrazione (come modificato dal D.L. 130/2020) introduceva sostanzialmente un meccanismo di regolarizzazione *case-by-case* a favore degli stranieri irregolari titolari di rilevanti legami familiari, affettivi e sociali in Italia.

La gestione dell'immigrazione irregolare non di rado si fonda sulla compresenza di strumenti volti all'inclusione dei migranti nella sfera della cittadinanza (quali ad esempio politiche di regolarizzazione dei migranti irregolari) con altri improntati alla loro esclusione, o marginalizzazione (i rimpatri, la detenzione amministrativa o il ricorso al diritto penale per criminalizzare i

² C. CORSI, *L'incessante disciplina “emergenziale” dell'immigrazione e dell'asilo*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA, *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali*, Pisa, 2021, pp. 15-26.

³ D.L. 13/2017, convertito con modificazioni dalla L. 13 aprile 2017, n. 46, recante Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale; D.L. 14/2017, convertito dalla L. 18 aprile 2017, n. 18, recante Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città.

⁴ D.L. 130/2020, convertito con modificazioni dalla L. 18 dicembre 2020, n. 173, recante Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-bis, 391-bis, 391-ter e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento, di contrasto all'utilizzo distorto del web e di disciplina del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale.

⁵ Le modifiche all'articolo 19 hanno inteso ripristinare parzialmente una tutela dall'allontanamento nel caso in cui questo si ponga in contrasto con il dovere dello Stato di rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali e formalizzare un divieto di espulsione quando questa possa violare il diritto alla vita privata e familiare della persona straniera. Per un approfondimento sull'istituto, N. ZORZELLA, *La nuova protezione speciale introdotta dal d.l. 130/2020. Tra principio di flessibilità, resistenze amministrative e problematiche applicative*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2021.

comportamenti degli stranieri o di coloro che intervengono a loro sostegno). Benché apparentemente in contrasto tra loro, simili interventi politici e normativi hanno costituito due pilastri della politica migratoria italiana nel decennio 2002-2012. Inoltre, uno dei tratti peculiari che ha costantemente caratterizzato l'azione statale in questa materia è la commistione tra misure amministrative e penali finalizzate alla criminalizzazione della persona straniera, riconducibili alla cornice teorica della *crimmigration*⁶.

Il presente contributo si incentra sugli interventi normativi che si sono susseguiti tra il 2017 e il 2021, soffermando l'attenzione su due profili che, entrambi *latu sensu* riconducibili al concetto di *crimmigration*, danno conto della continuità sottesa alle riforme e controriforme dell'ultimo decennio: a) il ricorso alla privazione della libertà del migrante, intramontabile strumento chiave della gestione dell'immigrazione (irregolare, ma non solo); b) l'elaborazione di strumenti volti a criminalizzare l'operato degli attori umanitari e, in particolare, delle ONG impegnate in operazioni di soccorso. Un elemento comune ad entrambe le direttrici, ed apparentemente distonico in un contesto di *crimmigration*, è il crescente protagonismo del diritto amministrativo, che assume però le sembianze del diritto penale quanto all'afflittività delle sanzioni e alle finalità perseguite. Se per decenni l'esame delle misure repressive messe in atto ai fini della "lotta all'immigrazione irregolare" si è incentrato sull'utilizzo del diritto penale, ciò che sembra emergere dall'esame del panorama normativo italiano è una rinnovata preminenza del diritto amministrativo chiamato a regolare (alle volte blandamente) strumenti di stampo tipicamente penalistico, quali la detenzione, e a comminare sanzioni marcatamente punitive.

2. *La proliferazione dei luoghi di detenzione nell'evoluzione legislativa (e al di fuori di essa)*

Ad ogni riforma in materia di diritto degli stranieri non mai è mancato

⁶ Per una elaborazione della dottrina della *crimmigration* nel contesto italiano ed europeo, G.L. GATTA, *La pena nell'era della 'Crimmigration': tra Europa e Stati Uniti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2/2018, pp. 675-724; G.L. GATTA, V. MITSILEGAS, S. ZIRULIA, *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, Londra, 2020; e la dettagliata analisi condotta da G. MENTASTI nella sua tesi di dottorato (*La 'crimmigration' nel sistema italiano: tra scelte di incriminazione e ricorso al trattenimento amministrativo*, Unimi, 2022): <https://air.unimi.it/handle/2434/852159>.

un ritocco, più o meno superficiale, alla disciplina della detenzione amministrativa: tutti i governi intervenuti nella gestione delle politiche migratorie si sono occupati dell'istituto. Limitando l'analisi agli ultimi cinque anni, il D.L. 13/2017 ha cambiato il nome dei centri di detenzione (da CIE a CPR), ha esteso i termini di trattenimento per lo straniero irregolare transitato da un istituto penitenziario al CPR a seguito dell'espiazione pena, e ha conferito espresso mandato al Ministero dell'interno al fine di «adotta[re] le iniziative per garantire l'ampliamento della rete dei centri [di permanenza per il rimpatrio] in modo da assicurarne la distribuzione delle strutture sull'intero territorio nazionale», identificando così nello strumento detentivo il centro di gravità della politica di espulsione⁷. Lo stesso decreto ha poi tentato, goffamente, di fornire copertura legale all'approccio *hotspot* introdotto sulla base delle indicazioni della Commissione Europea contenute nell'Agenda sulla migrazione del 2015. In base alle modifiche apportate all'art. 10 D. lgs. 286/98, «lo straniero, rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare, è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi» allestiti nell'ambito delle strutture di prima accoglienza disciplinate dalla cd. legge Puglia (n. 451/95) e delle strutture di cui all'art. 9 del d.lgs. 18.8.2015, n. 142 (centri governativi di prima accoglienza). La norma prescrive che presso tali «punti di crisi» siano effettuate le operazioni di rilevamento fotodattiloscopico, preludio al successivo indirizzamento verso centri di accoglienza o i centri di rimpatrio, nonché esigenza ineludibile in ottica di limitazione dei movimenti secondari in applicazione del Regolamento 603/2013 (cd. Regolamento Dublino). Si affermava così, istituzionalizzando una prassi già in atto dal 2015, un approccio alla gestione dell'immigrazione irregolare fondato sulla pre-identificazione di migranti “meritevoli” di accedere alla procedura di asilo, e sul potenziamento dei respingimenti – immediati o differiti – da effettuarsi nei confronti di chi non ha (o non ha potuto) richiedere asilo. In questa fase, i respingimenti sono preferiti alle espulsioni: l'art. 10 co 2 d. lgs. 286/98 fa sopravvivere un potere di respingimento (non più immediato) nei confronti dello straniero che ha fisicamente già varcato la linea di frontiera, secondo una *fictio iuris* per cui il migrante, già ammesso, si consi-

⁷ Ad inizio 2017 i CIE attivi erano 4; in seguito all'adozione del decreto, e anche in ragione delle risorse stanziare negli anni successivi, sono stati aperti nuovi centri o alcuni temporaneamente chiusi sono stati riattivati. Al momento attuale (gennaio 2023) sono in funzione 10 CPR su tutto il territorio nazionale.

dera ancora *in limine*⁸. Con il D.L. 13/2017 si cristallizza l'uso dei «punti di crisi» per lo svolgimento delle procedure di identificazione, rilevamento delle impronte, incanalamento dei migranti verso distinte procedure, e non ultimo, di respingimento o espulsione. In questa fase i centri restano inaccessibili alla società civile e incerti nella loro qualificazione giuridica: secondo le SOP ministeriali gli *hotspot* sono “luoghi chiusi” da cui i migranti non possono uscire, almeno fino alla conclusione della procedura di identificazione. Ciò ha comportato che i «punti di crisi» si trasformassero camaleonticamente da centri aperti o semi-aperti in luoghi di effettiva privazione della libertà personale.

Che in *hotspot* possa realizzarsi un trattenimento a tutti gli effetti – ipotesi taciuta dal D.L. 13/2017 – è stato chiarito dal D.L. 13/2018. Il decreto-legge ha introdotto diverse novità in tema di *crimmigration* attinenti alla penalizzazione del divieto di ingresso a seguito di respingimento differito⁹, e all'espansione di presupposti, tempi e luoghi di trattenimento dello straniero irregolare e del richiedente protezione internazionale. Quanto a quest'ultimo profilo, il D.L. 13/2018 immette subdolamente nell'ordinamento una specifica ipotesi di detenzione amministrativa del richiedente asilo «in appositi locali all'interno dei punti di crisi», motivato dalla necessità di identificare la persona. Tuttavia, la fase di reclusione necessariamente antecedente alla formalizzazione della domanda di protezione, o quella di trattenimento in *hotspot* del migrante irregolare in attesa di rimpatrio (*rectius*, respingimento) sono rimasti privi di base legale. Né ci pare che le rilevanti modifiche apportate dal D.L. 20/2023 conv. L. 50/2023 abbiano inciso sul trattenimento (*de facto*) che si realizza durante questa fase¹⁰. Se, quindi, con il decreto Salvini

⁸ Sull'istituto del respingimento differito e sulla *factio iuris* su cui questo si fonda si è espresso il Consiglio di Stato, III, sentenza 13 settembre 2013, n. 4543. Per un approfondimento, G. SAVIO, *Espulsioni amministrative, respingimenti e trattenimenti: analisi dell'evoluzione normativa alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius migrandi*, cit., pp. 586-610.

⁹ Operato nell'ambito di una complessiva riforma dell'istituto del respingimento volta a recepire il monito della Corte Cost. nella sentenza 275/2017 in termini di potenziamento delle garanzie sul controllo giurisdizionale. Il D.L. 13/18 ha introdotto l'art. 2 *bis* nell'articolo 10 d. lgs. 286/98 al fine di estendere le stesse procedure di convalida applicabili all'accompagnamento alla frontiera basato su un provvedimento di espulsione anche al respingimento differito. Al tempo stesso, anche al respingimento differito si applicherà un divieto di reingresso e l'inserimento della segnalazione nel sistema Schengen. La riforma ha, così, operato una sostanziale equiparazione tra l'istituto del respingimento differito e quello dell'espulsione ex art. 13, co 2, lett. a) d. lgs. 286/98.

¹⁰ Pur esulando l'esame della nuova normativa dallo scopo del presente contributo, meri-

si «squarcia il velo dell'ipocrisia»¹¹, riconoscendo che all'interno dei punti di crisi può concretizzarsi una vera e propria privazione della libertà, dall'altro non pare gli interventi legislativi – del 2018 e successivi – abbiano restituito piene garanzie ai migranti trattenuti. Le evidenze empiriche¹² hanno dimostrato che nella prassi l'istituto del trattenimento a fini identificativi ha trovato scarsa applicazione mentre, ancora nel 2021, si registrava una permanenza media in *hotspot* tra i 7 e i 20 giorni comprensivi della fase antecedente e di quella successiva all'identificazione.¹³ I migranti costretti a rimanere negli *hotspot* (si fa riferimento, in particolare, al centro di Lampedusa) non sono destinatari di alcun provvedimento scritto, né è previsto l'intervento dell'autorità giudiziale pur potendosi verificare quell'«assoggettamento fisico all'altrui potere che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale»¹⁴.

La novella del 2018 non è intervenuta soltanto sulla disciplina dei «punti di crisi»: oltre a prevedere una estensione del periodo massimo di trattenimento nei CPR (elevato da 90 a 180 giorni), ha introdotto una inedita forma di privazione della libertà in luoghi – se possibile – ancor più sottratti alla vista e al controllo della società civile dei tradizionali centri per il rimpatrio: l'art. 4 del D.L. ha modificato l'art. 13 co 5 *bis* d. lgs. 286/98 prevedendo che, «in caso di indisponibilità di posti in CPR il giudice di pace, su richiesta del questore, può autorizzare la temporanea permanenza dello straniero, sino alla definizione dell'udienza di convalida (dell'accompagnamento coattivo), in *strutture diverse e idonee* nella disponibilità dell'autorità di pubblica sicurezza». Se l'indisponibilità di posti permane anche dopo l'udienza di convalida, sarà possibile mantenere lo straniero in «locali idonei presso l'ufficio di frontiera» fino a 48 ore dopo l'udienza. Così come avvenuto con gli *hotspot*,

ta evidenziarsi che il decreto legge menzionato ha esteso i casi di trattenimento del richiedente asilo all'interno dell'*hotspot* durante lo svolgimento di una procedura di frontiera (nuovo art. 6-bis d. lgs. 18.8.2015).

¹¹ L. MASERA, *La crimmigration nel decreto Salvini*, in *La Legislazione Penale*, 24.7.2019, p. 21.

¹² Si rimanda ai rapporti di monitoraggio periodico sulla gestione degli *hotspot* pubblicati nell'ambito del progetto ASGI – In Limine, consultabili sul sito: <https://inlimine.asgi.it/categoria/pubblicazioni/report/>.

¹³ Secondo una media elaborata sui tre *hotspot* attualmente in funzione (Lampedusa, Taranto e Pozzallo). Nel 2021 nei tre (dei quattro) *hotspot* italiani operativi hanno fatto ingresso 44242 persone: 31876 uomini, 3432 donne e 8934 minori. La maggioranza di esse – 35178 – ha fatto ingresso all'*hotspot* di Lampedusa; la permanenza media della singola persona è stata di sette giorni a Lampedusa, di dieci a Pozzallo e di venti a Taranto. Garante Nazionale, *Relazione al Parlamento*, 2021, p. 121.

¹⁴ Corte Costituzionale, sentenza del 10 aprile 2001, n. 105.

si fornisce una formale veste giuridica a forme di detenzione *de facto* concentrate in zone di frontiera (ad esempio, all'interno delle zone di transito aeroportuali) difficilmente accessibili, senza al contempo disciplinare compiutamente le garanzie – di informazione, accesso alla difesa, modalità di trattamento – di cui dovrebbe essere titolare la persona privata della libertà¹⁵. Comune a tutte le forme di detenzione amministrativa è il tema della possibile violazione della riserva di legge di cui all'art. 13 Cost. quanto alla (mancata) identificazione dei modi di detenzione, posto che la loro definizione è affidata unicamente alle fonti regolamentari per quanto riguarda i CPR e nulla è stato previsto dal DL 13/18 con riferimento all'*hotspot* o ai locali idonei.

In questo scenario, il D.L. 130/2020 non ha apportato modifiche significative che possano indurre a registrare una inversione di rotta rispetto al potenziamento della misura del trattenimento, da un lato, e alla perdurante assenza di adeguate garanzie per gli interessati, dall'altro. Partendo dall'ultima criticità rilevata, il cd. decreto Lamorgese si è limitato ad interventi cosmetici volti: a) ad introdurre l'obbligo di informare la persona migrante condotta in *hotspot* della possibilità di essere trattenuto in caso di rifiuto reiterato di sottoporsi ai rilievi dattiloscopici¹⁶; b) a prevedere che nei locali idonei sia fornita la «necessaria assistenza, il rispetto della dignità [della persona] e la libertà di corrispondenza, anche telefonica»¹⁷; c) assicurare che lo straniero sia trattenuto nei CPR «con modalità tali da assicurare la necessaria informazione relativa al suo status, l'assistenza e il rispetto della sua dignità», cui si accompagna la possibilità di esperire reclamo avanti gli organi di garanzia (Garante nazionale e locali per le persone private della libertà) a tutela delle condizioni detentive¹⁸. Le modifiche apportate al Testo Unico paiono quantomeno in-

¹⁵ L. GENNARI, E. VALENTINI, *Le ulteriori novità concernenti la libertà personale dello straniero: il trattenimento del richiedente protezione internazionale e le nuove disposizioni sulla modalità di esecuzione dell'espulsione*, in F. CURI (a cura di), *Il decreto Salvini – Immigrazione e sicurezza. Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 conv. con mod. in legge 1° dicembre 2018, n. 132*, Pisa, 2019, pp. 67-82.

¹⁶ Articolo 3, co 1, lett. a) D.L. 130/20, che modifica l'art. 10 *ter* co 3 d. lgs. 286/98.

¹⁷ Articolo 3, co 1, lett. b) D.L. 130/20, che modifica l'art. 13 co 5 *bis* d. lgs. 286/98.

¹⁸ Articolo 3, co 4, lett. b) D.L. 130/20, che modifica l'art. 14 co 2 e 2 bis. Sul tema G. MENTASTI, *Il decreto 'immigrazione sicurezza' (d.l. n. 130/2020) diventa legge (l. 18 dicembre 2020, n. 173): le novità introdotte in sede di conversione*, in *Sistema Penale*, 15 gennaio 2021, e B. GIORS, L. SCOMPARIN, *Il nuovo reclamo alle Autorità garanti per i migranti trattenuti nel CPR: tra timidezze legislative e necessarie prospettive di implementazione, una proposta dal contesto territoriale piemontese*, in *Piemonte delle autonomie*, 9 dicembre 2021.

complete, in assenza di una legge ordinaria volta a fornire una disciplina dettagliata delle modalità di organizzazione dei luoghi di detenzione e dei diritti dei trattenuti: tali indicazioni sono – nuovamente – confluite in una direttiva adottata con decreto del Ministero dell'Interno del 19 maggio 2022¹⁹. Inoltre, l'organo deputato all'esame del reclamo non è dotato di competenze giurisdizionali e poteri coercitivi, carenze che potrebbero limitare l'incisività della sua azione nei confronti dell'amministrazione. Sia poi consentito menzionare che, ad oggi, l'efficacia dello strumento è intaccata dalla mancata predisposizione di modelli informativi che possano consentire agli stranieri di conoscerne l'esistenza e le modalità di presentazione. Emerge con tutta evidenza l'intenzionale *asimmetria* tra le garanzie che circondano la privazione della libertà in sede penale e quanto avviene in sede amministrativa²⁰, uno dei tratti caratteristici della *crimmigration*²¹: mentre l'assenza di controllo giurisdizionale sulle condizioni di detenzione negli istituti penitenziari sarebbe oggi inconcepibile, lo stesso problema non si pone con la stessa forza quando la misura detentiva si collochi al di fuori del campo di applicazione del diritto penale e penitenziario.

Il D.L. 130/20 ha poi emendato la disciplina della detenzione amministrativa dello straniero irregolare riducendo il periodo massimo di trattenimento e formulando una scala di priorità rispetto alle persone da trattenere. La precedenza è data al cittadino straniero considerato una minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica o destinatario di una condanna anche non definitiva, e a coloro che provengono da un Paese con cui l'Italia abbia stipulato accordi o intese in materia di rimpatrio. Da questo punto di vista, il trattenimento si conferma un tassello centrale nelle politiche di rimpatrio secondo una nuova prospettiva "efficientista" che assegna preminenza alla detenzione di chi non è ancora a tutti gli effetti sul territorio ma ne può rapidamente essere allontanato grazie all'efficacia di intese con i Paesi di origine (si

¹⁹ La Direttiva recante *Criteri per l'organizzazione e la gestione dei centri di permanenza per i rimpatri previsti dall'art.14 del d.lgs. n.286/1998 e successive modificazioni* ha sostituito il precedente Regolamento Unico CIE, adottato anch'esso tramite decreto ministeriale.

²⁰ Come noto, i soggetti ristretti negli istituti penitenziari, pur a fronte di carenze manifeste e violazioni dei loro diritti, possono esperire il rimedio di cui all'art. 35 bis L. 354/75 che prevede la cognizione da parte del Magistrato di sorveglianza. Sul punto, K. Natali, *Il reclamo giurisdizionale al Magistrato di sorveglianza*, Torino, 2019.

²¹ S. H. LEGOMSKY, *The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms*, in *Washington and Lee Law Review*, n. 64/2007, pp. 469–528.

tratta in particolare di cittadini tunisini ed egiziani²², secondo un sistema definito «a porte girevoli»²³) e di chi è etichettato come un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica, sulla base di una tendenza ormai a reprimere la “pericolosità migrante”²⁴.

L'apparato preventivo-repressivo che vede nella detenzione la propria chiave di volta non ha subito una reale battuta di arresto nemmeno a fronte delle restrizioni che, tra il 2020 e il 2021, hanno parzialmente ostacolato l'esecuzione dei rimpatri. Al contrario, la pandemia da Covid-19 ha offerto una inedita occasione per sperimentare una forma ulteriore di privazione *de facto* della libertà della persona migrante. Il riferimento – fatto per inciso, ma utile a completare il quadro del ricorso a strumenti detentivi – è alle cd. navi quarantena, dispositivo incardinato nell'aprile 2020 e funzionale allo svolgimento della quarantena per i migranti soccorsi in mare e per i quali, a causa della diffusione della pandemia da Covid-19, non era possibile indicare un *place of safety* sul territorio italiano²⁵. La misura contenitiva è stata realizzata in un contesto storico caratterizzato da eccezionalità e emergenza – che spiega almeno in parte l'utilizzo di mere disposizioni ministeriali quale base normativa²⁶ – ma è successivamente rimasta in vigore fino al giugno 2022, divenendo una tappa ordinaria nella gestione dei flussi in arrivo²⁷. Si è così realizzata una complessa «filiera del trattenimento» finalizzata all'espulsione

²² Tunisia e Egitto corrispondono sia alle due nazionalità maggiormente rappresentate all'interno dei centri (2.805 tunisini, 515 egiziani), sia i due Paesi verso i quali sono stati effettuati più rimpatri a seguito di trattenimento (1.818 tunisini, 270 egiziani). Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà, *Relazione al Parlamento, Mappe e dati, 2022*, p. 14

²³ Queste le parole utilizzate dalla stessa Ministra degli Interni Lamorgese, in carica dal 2019 al 2022.

²⁴ G. FABINI, G. CAMPESI, *La detenzione della 'pericolosità migrante'*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2/2017, pp. 515-532.

²⁵ Sulla legittimità delle navi quarantena alla luce del diritto costituzionale e internazionale, rispettivamente: G. SAVIO, *L'incidenza delle misure di contrasto della pandemia sulla condizione giuridica dei migranti sbarcati sulle coste italiane*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2021, pp. 61-76.

²⁶ Le navi quarantena sono state introdotte dal decreto interministeriale n. 150 del 7 aprile 2020, seguito dal decreto del Capo della Protezione civile del 12 aprile 2020.

²⁷ Solamente nel 2021 sono transitate dalle navi, per un periodo pari, in media, a 11 giorni, 35.304 stranieri. Tra queste, la sorte dell'immediato trasferimento in un C.p.r. e del ritorno forzato a chi era appena giunto in Italia è toccata a 1221 persone, per lo più di nazionalità tunisina (1049) o egiziana (170), tutte allontanate con voli charter organizzati dalla Polizia di Stato. Garante Nazionale, *Relazione al Parlamento 2022*, p. 63.

dei migranti irregolari e che vede il loro transito dalle navi, o dagli *hotspot*, ai CPR²⁸. Il modello di gestione dell'immigrazione irregolare così affermatosi concentra l'attività amministrativa e le risorse statali in zone di frontiera per antonomasia, situate in un limbo spaziale tra ciò che è e non è territorio²⁹, e in un limbo giuridico tra ciò che è e non è detenzione.

3. *La politica dei "porti chiusi": se l'afflittività delle sanzioni amministrative supera quella delle pene*

All'interno della cassetta degli attrezzi tradizionalmente utilizzati nell'ambito delle politiche di contrasto dell'immigrazione irregolare si incontra anche quello della criminalizzazione delle condotte di favoreggiamento dell'ingresso e della permanenza sul territorio delle persone in movimento. Sebbene il reato di favoreggiamento sia da anni presente nel nostro ordinamento, ha incontrato nuova riviviscenza negli anni più recenti, nell'ambito di una più ampia strategia di limitazione degli arrivi via mare inaugurata nel 2017, con il *Memorandum Italia-Libia*, cui si è accompagnata a partire dal 2018 la cd. politica dei porti chiusi³⁰. Il fulcro, politico e mediatico, della strategia sono le azioni volte a limitare l'operato delle ONG che svolgono attività di soccorso in mare: in questo quadro, l'incremento dei procedimenti penali avviati nei confronti di soggetti terzi per condotte di assistenza umanitaria e di solidarietà è stato accompagnato dall'adozione di direttive politiche e provvedimenti amministrativi funzionali alla realizzazione (almeno apparente) dall'obiettivo dei "porti chiusi".

Fermo restando che il primo tentativo, inedito, di regolare l'attività di soccorso delle ONG è da ricondursi al Codice di condotta adottato nell'estate del 2017, il D.L. 53/2019 rappresenta il principale riferimento normativo in cui sono convogliati gli sforzi del governo populista di "fermare gli sbarchi". Le previsioni legislative introdotte durante il governo Conte I sono state poi soltanto parzialmente modificate dal governo Conte II, secon-

²⁸ L. GENNARI, F. FERRI, C. CAPRIOGLIO, *Dopo lo sbarco: la filiera del trattenimento dentro e oltre la pandemia*, in *Border criminologies Blog*, 8 giugno 2021.

²⁹ Definito anche «'lower density' territory» da L. MARIN, *The 2020 proposals for pre-entry screening and amended border procedures: a system of revolving doors to enter (and leave) Europe?*, in *ADiM Blog, Analyses & Opinions*, November 2020.

³⁰ S. ZIRULIA, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 3/2020, pp. 143-176.

do una continuità di approccio alla gestione dell'immigrazione irregolare inquadrabile entro la cornice teorica della *crimmigration*³¹. Una precisazione è necessaria: benché apparentemente diretta al contrasto dell'immigrazione irregolare o clandestina, la politica dei porti chiusi ha coinvolto migranti potenzialmente titolari di protezione internazionale o di altre forme di protezione complementare nell'ambito del diritto di asilo costituzionale, così trasformandosi da politiche di gestione dell'irregolarità a politiche di contrasto dell'immigrazione *tout court*.

Attraverso il D.L. 53/2019, convertito con L.77/2019, si è conferito al Ministero dell'Interno il potere di emanare (di concerto con i Ministri della difesa e dei trasporti) provvedimenti atti a vietare o limitare l'ingresso, il transito o la permanenza di navi nelle acque territoriali qualora ricorrano due ordini di presupposti alternativi: a) motivi di ordine e sicurezza pubblica; b) il passaggio "non inoffensivo" di una nave straniera, che può concretizzarsi quando l'imbarcazione effettui «il carico o lo scarico di persone in violazione delle leggi di immigrazione vigenti nello stato»³². In caso di mancato rispetto del divieto impartito dal Ministero dell'Interno, al comandante della nave (in solido con l'armatore) avrebbe potuto applicarsi la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 150.000 a 1.000.000 e la sanzione accessoria della confisca della nave³³. L'afflittività dell'apparato sanzionatorio qui descritto è tale da assumere una portata punitiva, confondendo i piani del diritto amministrativo e di quello penale secondo un meccanismo non dissimile da quello che caratterizza il trattenimento: alla finalità intrinsecamente punitiva corrisponde una maggiore discrezionalità amministrativa e, dunque, una modulazione variabile delle garanzie previste per i destinatari della misura.

La sanzione prevista per la violazione del divieto di ingresso è uno degli ambiti in cui è intervenuto il successivo D.L. 130/2020. Tramite la nuova disciplina vengono formalmente abrogati il comma 1-ter dell'art. 11 e i commi 6-bis, ter e quater dell'art. 12 d. lgs. 286/98, vale a dire le norme introdotte dal D.L. 53/19 e relativa legge di conversione. Tuttavia, è al contempo man-

³¹ Così Masera, che parla di «comparsa in scena di un nuovo nemico». L. MASERA, *La crimmigration nel decreto Salvini*, in *La Legislazione Penale*, 2019, p. 45.

³² Il divieto è stato introdotto tramite la previsione di un nuovo comma 1-ter che si è inserito nell'articolo 11 d. lgs. 286/98.

³³ L'apparato sanzionatorio qui illustrato è il risultato delle modifiche apportate ad opera della legge di conversione del decreto, che hanno ulteriormente aggravato, con aumenti esponenziali degli importi, la portata afflittiva delle sanzioni.

tenuto in vigore un (simile)³⁴ potere di interdizione del transito e della sosta di navi in acque territoriali (scompare il riferimento all'ingresso), esercitabile in via discrezionale dal Ministero dell'Interno per motivi di ordine e sicurezza pubblica e in conformità alle previsioni della Convenzione UNCLOS³⁵. Inoltre, è stata confermata la scelta di prevedere sanzioni in caso di violazione dei divieti, anche se la loro incidenza viene traslata dal piano amministrativo a quello penale, tramite modifica dell'art. 1102 del Codice della navigazione che commina, in caso di inosservanza dei divieti, una pena della reclusione fino a due anni e la multa da 10.000 a 50.000 euro (mentre non è più prevista la confisca dell'imbarcazione).

L'elemento di novità del decreto del 2020 si sostanzia, invece, nell'introduzione di una clausola di non applicabilità di divieti e sanzioni alle operazioni di soccorso, a condizione che: a) siano state immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente e alla Stato di bandiera della nave; e b) siano effettuate nel rispetto delle indicazioni formulate dalla competente autorità per la ricerca e il soccorso in mare. Si specifica che le indicazioni rese devono essere rispettose degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali in materia di diritto del mare, della CEDU e delle norme in materia di diritto di asilo, pena la loro non vincolatività. Criticabile, secondo la dottrina, la scelta di non rendere lecite le operazioni di soccorso *tout court*, ma soltanto quelle che rispettano le condizioni procedurali qui richiamate. Appare, poi, ancor più problematico il richiamo, unitamente al rispetto degli obblighi di tutela dei diritti umani, all'applicazione del Protocollo di Palermo sullo *smuggling*. Viene infatti perpetuato «a livello di diritto positivo, quell'improprio accostamento tra operazioni di soccorso e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare da cui trae origine il problema della "criminalizzazione della solidarietà"»³⁶.

Sebbene durante il 2020 non si siano più verificate situazioni di stallo a seguito di divieti di ingresso e transito quali quelle che avevano caratterizzato

³⁴ Per un confronto tra le due fattispecie delittuose, DI MARTINO, L. RICCI, *Il delitto di inosservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di) *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali*, Pacini, 2021, pp. 99-115.

³⁵ Potere che si aggiunge a quello previsto dall'art. 83 del codice della navigazione, che assegna al Ministro dei trasporti un più generico potere interdittivo per ragioni di ordine pubblico, sicurezza della navigazione e protezione dell'ambiente marino.

³⁶ S. ZIRULIA, *Dai porti chiusi ai porti socchiusi: nuove sanzioni per le navi soccorritrici nel Decreto Lamorgese*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, marzo 2021.

il periodo 2018-2019, la lettura delle nuove norme introdotte dal D.L. 130/20 conferma i sospetti di una perdurante ambiguità rispetto alla penalizzazione dell'attività di soccorso in mare: in parte, perché resta la criminalizzazione, fortemente simbolica, della violazione del divieto di transito e sosta in acque territoriali; in parte, perché nel corso del biennio appena trascorso l'intervento delle navi delle ONG ha subito ulteriori limitazioni, attraverso l'applicazione della misura del fermo amministrativo a seguito di controlli operati dallo Stato di approdo in base alle disposizioni della direttiva 2009/16/CE, trasposta nell'ordinamento interno dal d. lgs. 53/2011³⁷. Le variegate misure amministrative – meno spettacolari ma più incisive – hanno fatto da contorno alla penalizzazione delle attività di soccorso e solidarietà perseguita inizialmente per il tramite di sanzioni (solo formalmente) amministrative, e poi penali, cifra della continuità dei governi avvicendatisi dal 2017 in avanti.

Lungo la stessa direttrice si pone anche il D.L. 1/2023, finalizzato a contrastare l'attività delle ONG sulla base di previsioni che paiono in contrasto con i principi di diritto internazionale ed europeo³⁸. La scelta perseguita dal governo Meloni si rivela in piena sintonia con quella, affermata nel 2019, di prediligere l'ampio ricorso al diritto amministrativo in chiave sanzionatoria: alle pene previste dal cd. Lamorgese sono state nuovamente sostituite sanzioni amministrative, ritenute più tempestive ed efficaci³⁹. Il «sovvertimento della struttura» classica in tema di afflittività dell'apparato sanzionatorio⁴⁰, che vede il diritto amministrativo precedere il diritto penale, può essere anche spiegato tenendo conto del fatto che caratteristiche quali la discrezionali-

³⁷ I fermi conseguenti al Port state control (Psc) si sono moltiplicati a partire dal maggio 2020: prima di tale data, il fermo era stato disposto soltanto nei confronti della nave di Open Arms, sbarcata a Porto Empedocle il 22 agosto 2019 (dopo diversi giorni di stallo a causa del divieto di transito in acque territoriali disposto dall'allora Ministro dell'Interno). Dalla primavera 2020, invece, 9 ispezioni di altrettante navi conducono a 8 fermi amministrativi, in ragione del moltiplicarsi delle irregolarità contestate (alle stesse imbarcazioni già precedentemente sottoposte a controlli con esito positivo). Sui presupposti in base ai quali lo Stato d'approdo può imporre il fermo si è recentemente pronunciata la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 1° agosto 2022, C-14/21 e C-15/21.

³⁸ Per un primo esame, L. MASERA, *Il D.L. Piantedosi sulle operazioni di soccorso in mare: l'ennesimo tentativo di impedire ciò che il diritto internazionale impone e il problema della de-penalizzazione come fuga dalla giurisdizione*, in *Sistema Penale*, 13 febbraio 2023.

³⁹ La sanzione amministrativa cui può andare incontro il comandante della nave prevede il pagamento di una somma da 10.000 a 50.000 euro e il fermo amministrativo per due mesi. In casi di reiterazione, si applica la sanzione accessoria della confisca.

⁴⁰ L. MASERA, *Op. cit.*, p. 24.

tà amministrativa, la più blanda codificazione degli elementi propri del giudizio di proporzionalità (rispetto a quanto avviene in sede penale), e l'intervento solo successivo dell'autorità giudiziaria si prestano ad una maggiore plasticità degli interventi in materia di immigrazione. Di conseguenza, è la natura stessa del diritto amministrativo a legittimare l'affermazione e il mantenimento di politiche restrittive in questo settore⁴¹.

4. *Conclusioni: la frontiera come spazio d'elezione delle strategie di contrasto dell'immigrazione irregolare*

Nella breve disamina che ha preceduto si è concentrata l'attenzione su due strumenti (la detenzione amministrativa e la penalizzazione degli interventi di soccorso umanitario) che, negli anni passati, hanno rappresentato tasselli essenziali delle politiche migratorie di contrasto all'immigrazione irregolare e ben evidenziano la continuità degli indirizzi politico-legislativi dei governi che si sono susseguiti. Entrambi, pur rispondendo a distinte finalità, presentano dei punti di convergenza che consentono di identificare tendenze affini.

In primo luogo, riflettono la progressiva tendenza del legislatore a rifuggire dal ricorso alla sanzione penale nei confronti dei migranti irregolari, che in passato è stato il perno delle politiche di lotta all'immigrazione clandestina. La criminalizzazione in senso stretto cede il passo ad interventi dalla finalità deterrente/neutralizzante, spesso attuati al di fuori del perimetro del diritto penale in senso stretto. Permane, quindi, una intersezione tra misure penali e amministrative (cifra della *crimmigration*) ma queste ultime sono privilegiate in ragione della loro maggiore malleabilità e del carattere meno stringente delle garanzie. Emblematico, sotto questo punto di vista, è il ricorso alla detenzione amministrativa. La misura condivide la natura afflittiva di quella penale, ma non l'apparato di tutele in tema di *habeas corpus*, soprattutto nei contesti in cui la privazione della libertà avviene al di fuori del perimetro legale (quali *hotspot*, navi delle ONG a seguito del soccorso in mare, e navi quarantena). La rinuncia alla piena affermazione dei principi di tassatività, legalità e proporzionalità in questo settore ha comportato che in occasione delle emergenze profilatasi all'orizzonte (si pensi alla

⁴¹ B. SCHOTTEL, *Populism? It's administrative law, stupid! How Administrative Law Subverts Legal Resilience*, in V. STOYANOVA, S. SMET, *Migrant's rights, populism and legal resilience in Europe*, Londra, 2022, pp. 335-367, in particolare p. 359 ss.

cd. crisi dei rifugiati nel 2015/2016, o all'emergenza pandemica nel 2020) sia stato sperimentato un nuovo dispositivo di privazione della libertà personale, poi progressivamente normalizzato ed in parte dotato di copertura legale. Nel corso delle operazioni di blando rivestimento di una parvenza di legalità della detenzione non è mai stata dedicata sufficiente attenzione all'effettività delle garanzie, a partire dalla predisposizione di rimedi effettivi e tempestivi. Inoltre, nessuna delle riforme e controriforme che si sono susseguite nell'ultimo quinquennio è intervenuta sulla disciplina – incostituzionale per larga parte della dottrina – dei “modi” della detenzione.

In secondo luogo, una lettura “spaziale” dell'ambito di realizzazione delle politiche di contrasto dell'immigrazione tramite i due strumenti richiamati denota una convergenza verso il potenziamento dell'esercizio dei poteri statali in spazi frontalieri, in luoghi che si collocano al di fuori del territorio, o quantomeno ai suoi confini. Le misure esaminate sono destinate a trovare attuazione nel mare territoriale (i divieti di ingresso e transito), ovvero in *hotspot*, nei locali idonei all'interno delle zone di transito, finanche nei CPR ma con un rinnovato accento sulla necessità di trattenere coloro che possono – subito dopo l'ingresso e lo svolgimento di eventuale periodo di quarantena – essere immediatamente rimpatriati, senza mai accedere realmente al territorio. Il contrasto dell'immigrazione irregolare non si attua tanto, e non più solo, all'interno del territorio, ma assume una funzione precipuamente preventiva: prevenzione degli arrivi, tramite l'esternalizzazione o l'adozione di misure che esplichino un *chilling effect* sul soccorso in mare, evitando così l'approdo di naufraghi ai porti italiani; o detenzione preventiva, “in ingresso”, alla frontiera. Tutto, fuorché ammettere la persona straniera nello spazio giuridico della cittadinanza, ove i diritti di cui è titolare possano materializzarsi e divenire effettivi, esercitabili, giustiziabili. In questo senso può essere calzante la identificazione dei confini esterni italiani come «site of preventive injustice»⁴² dal momento che la presenza fisica del migrante nel territorio, o nelle sue prossimità, non coincide più con la possibilità di accesso alla tutela dei suoi diritti fondamentali.

Se analizzati sotto questa prospettiva, i decreti legge adottati nell'ultimo quinquennio, e accompagnati da una serie di prassi amministrative volte a rafforzare la tendenza descritta, si pongono in sostanziale continuità gli uni con gli altri. L'unica differenza potenzialmente dirompente, è stata il diverso atteggiamento adottato nei confronti delle persone straniere irregolari già

⁴² V. MITSILEGAS, *The EU external border as a site of preventive (in)justice*, in *European Law Journal*, 19 October 2022.

presenti sul territorio, già ammesse entro la comunità dei diritti: qui è dove il D.L. 130/20 si è posto in controtendenza, prevedendo una estensione dei divieti di espulsione che tiene conto del principio di *non-refoulement*, del rispetto degli obblighi costituzionali e di quelli derivanti dai trattati internazionale (recuperando dunque in parte il contenuto della protezione umanitaria abrogata nel 2018) e del diritto alla vita privata e familiare. Così facendo, la riforma ha previsto «per la prima volta un sistema di regolarizzazione a regime del soggiorno del cittadino straniero irregolarmente presente sul territorio, non per forza vincolato alla domanda di protezione internazionale»⁴³. Resterà da vedere quanto sopravviverà della portata innovativa di tale approccio, già minata dalla “riforma della controriforma” introdotta con il D.L. 20/2023, che ha eliminato il riferimento espresso al diritto alla vita privata e familiare nel testo dell’art. 19 d. lgs. 286/98.

⁴³ L. NERI, *Si fa presto a dire speciale. La protezione speciale a due anni dal decreto legge 130/2020: un istituto unitario ancora in cerca di una disciplina, un permesso di soggiorno che non può non essere convertibile*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2022, pp. 122-147.

IL RUOLO DEI PRIVATI E DELLE AMMINISTRAZIONI LOCALI NEL SISTEMA DI ACCOGLIENZA

Luca Galli*

SOMMARIO: 1. Un quinquennio di costanti mutamenti per il sistema di accoglienza dei richiedenti asilo. – 2. I rapporti tra amministrazioni e privati a seguito del Codice del Terzo settore. – 3. I rapporti centro-periferia nella nuova accoglienza dei rifugiati ucraini. – 4. Conclusioni e sguardi (preoccupati) al futuro.

1. *Un quinquennio di costanti mutamenti per il sistema di accoglienza dei richiedenti asilo*

Il sistema di accoglienza dei richiedenti asilo è stato oggetto, nell'ultimo quinquennio, di significativi mutamenti, capaci di alterarne più volte caratteristiche ed equilibri. Attingendo al repertorio di una scienza diversa rispetto a quella giuridica, tale sistema potrebbe essere sinteticamente descritto come un "corpo quasi elastico", ossia un corpo che, sottoposto all'azione di forze esterne, si deforma, non riuscendo però a riassumere perfettamente le sembianze iniziali una volta cessata la perturbazione della sua quiete.

La forza esterna, in questo caso, consiste principalmente nel d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, che ha radicalmente inciso sulla precedente disciplina dettata dal d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142. Ai sensi di quest'ultimo decreto, il sistema di accoglienza italiano si caratterizzava infatti per essere «unico [ma] distinto in [tre] fasi»¹: *i*) la prima assistenza e identificazione, portata avanti nei Centri di primo soccorso e accoglienza (CPSA) e, poi, negli *hotspot* di derivazione europea; *ii*) la prima accoglienza, basata sui centri governativi (CPA) e sui Centri di accoglienza straordinaria (CAS), a cui fare ricorso solo in ipotesi emergenziali; *iii*) e la seconda accoglienza, strutturata attorno al Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR) da integrarsi, solo all'esigenza, tramite i CAS. Da un lato, dunque, si era in presenza di un

* Ricercatore di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano-Bicocca.

¹ Il virgolettato si riferisce a quanto scritto da M. GIOVANNETTI, *La frontiera mobile dell'accoglienza per richiedenti asilo e rifugiati in Italia. Vent'anni di politiche, pratiche e dinamiche di bilanciamento del diritto alla protezione*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2019, pp. 2 ss.

meccanismo progressivo per quel che concerne i servizi offerti al migrante, con un supporto che andava dall'erogazione delle prime indispensabili cure (nei CPSA e negli *hotspot*), sino all'avvio dei percorsi di integrazione nelle comunità locali (SPAR). Dall'altro, si trattava di un sistema che trovava il proprio equilibrio in una predominanza del ruolo dello Stato, per quel che riguarda le prime due fasi, e in una riconquistata centralità delle amministrazioni locali in relazione alla seconda accoglienza². Un sistema, però, che nel passaggio dalla *law on books* alla *law in action* aveva dimostrato alcune significative lacune, sostanzialmente riassumibili in uno sbilanciamento in favore delle strutture emergenziali statali, nonché nelle incertezze quanto alle procedure di selezione dei gestori privati cui affidare i singoli centri, sfociate anche in gravi fenomeni corruttivi³.

Come già accennato, la forza esterna che ha alterato il sistema e che ha aperto alla sua fase di c.d. «precarizzazione» trova espressione nel d.l. n. 113/2018. Quest'ultimo ha trasformato il meccanismo di accoglienza da unico e distinto in fasi a «binario, distinto in base allo status dei rifugiati»⁴. In estrema sintesi, perseguendo il dichiarato intento di voler superare il diritto di permanenza indistinto dei migranti sul territorio italiano, la riforma ha li-

² Sull'iniziale disciplina del sistema di accoglienza si vedano, *ex pluribus*, S. PENASA, *L'accoglienza dei richiedenti asilo: sistema unico o mondi paralleli?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2017, pp. 1 ss.; ID., *Enti locali e sistema di protezione: da una accoglienza "di emergenza" a una accoglienza "integrata"?*, in J. WOELK, F. GUELLA e G. PELACANI (a cura di), *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'emergenza immigrazione*, Napoli, 2016, pp. 167 ss.; F. BIONDI DAL MONTE, *La disciplina del diritto d'asilo tra accoglienza ed emergenza*, *ivi*, pp. 75 ss.; P. BONETTI, *Le nuove norme italiane sul diritto di asilo: trattenimento, identificazione e accoglienza dei richiedenti asilo*, in *Studium Iuris*, n. 6/2016, pp. 708 ss.

³ Gli Autori menzionati nelle precedenti note evidenziano come il suddetto sbilanciamento in favore delle amministrazioni statali su quelle locali sia conseguenza della mancata pianificazione degli ingressi regolari, così da circoscrivere le emergenze a significativi flussi in ingresso effettivamente non programmabili, nonché del carattere volontario del sistema SPRAR quanto all'adesione dei comuni, tale da avere legittimato l'astensione di numerose realtà territoriali. Riguardo al fenomeno corruttivo, invece, basti la menzione del noto caso c.d. "Mafia capitale", con ipotesi di mala amministrazione che hanno per l'appunto riguardato anche la gestione dei centri di accoglienza per cittadini stranieri; sul tema, V. TONDI DELLE MURA, *La sussidiarietà fra corruzione e concorrenza: le urgenze di un principio sempre attuale*, in *Diritti-fondamentali.it*, n. 1/2019, pp. 1 ss.

⁴ Il virgolettato, anche quello del periodo precedente, si riferisce sempre alla ricostruzione offerta da M. GIOVANNETTI, *La frontiera mobile dell'accoglienza per richiedenti asilo e rifugiati in Italia*, *cit.*, pp. 2 ss.

mitato i servizi di seconda accoglienza (ora erogati nel nuovo SIPROIMI) a coloro cui fosse già stato riconosciuto un titolo definitivo di soggiorno, circoscrivendo ai soli servizi garantiti nei CPA e nei CAS le prestazioni in favore di chi si trovava in attesa di definizione del proprio status giuridico (richiedenti asilo e ricorrenti)⁵.

Le critiche e i dubbi di compatibilità con il diritto internazionale, europeo e costituzionale hanno portato, nel 2020, a un tentativo di rimuovere la forza compressiva esercitata dal d.l. n. 113/2018, senza che però questo abbia determinato un ritorno “elastico” alle posizioni iniziali. Il d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, infatti, avvia la fase di c.d. «rinnovamento»⁶, con la prima accoglienza che recupera il carattere di transitorietà, essendo (almeno sulla carta) operante solo per il tempo necessario per l’espletamento degli adempimenti che consentono al migrante di acquisire la condizione di richiedente asilo. Condizione che, appunto, permette il trasferimento nel nuovo Sistema di accoglienza e integrazione (SAI), il quale invece non recupera appieno le caratteristiche dell’originario SPRAR perché, a differenza di quanto succedeva fino al 2018, la seconda accoglienza mantiene ora una distinzione per status, con le prestazioni di “secondo livello” (quelle più strettamente indirizzate all’integrazione del migrante) accessibili solo ai soggetti titolari di protezione e non ai richiedenti⁷.

⁵ Si noti che anche i servizi all’interno di CPA e CAS sono stati quantitativamente e qualitativamente ridotti rispetto alla previgente disciplina, come risulta dallo schema di capitolato approvato con d.m. 20 novembre 2018. Su questi aspetti e, più in generale, sulle conseguenze del d.l. n. 113/2018, si vedano C. CORSI, *Il diritto di asilo tra impasse, inasprimenti della disciplina e prossime riforme*, in *federalismi.it*, n. 23/2020, pp. 4 ss.; M. INTERLANDI, *La dimensione organizzativa dell’accoglienza degli immigrati nella prospettiva del diritto ad una “buona amministrazione”: il ruolo degli enti locali nel bilanciamento degli interessi della persona immigrata e delle comunità “ospitanti”*, in *PA Persona e Amministrazione*, n. 1/2020, pp. 301 ss.; F. CAMPOMORI, *La governance multilivello delle politiche di accoglienza dei richiedenti asilo e rifugiati in Italia*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 1/2019, pp. 5 ss.; F. GUELLA, *Sistema di accoglienza dei richiedenti asilo e disposizioni in materia di iscrizione anagrafica nel c.d. Decreto Sicurezza*, in *Osservatorio AIC*, n. 1-2/2019, pp. 48 ss.; N. VETTORI, *Servizio pubblico di accoglienza e diritti fondamentali dei richiedenti asilo*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2019, pp. 135 ss.

⁶ Il riferimento è sempre al modello fornito da M. GIOVANNETTI, *La frontiera mobile dell’accoglienza per richiedenti asilo e rifugiati in Italia*, cit., pp. 2 ss.

⁷ Sulle novità conseguenti al d.l. n. 130/2020, si vedano F. BIONDI DAL MONTE, *Il sistema di accoglienza e integrazione e i diritti dei minori stranieri. Riflessioni sulla disciplina introdotta dal d.l. n. 130/2020*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 1/2021, pp. 120 ss.; S.

Quelli qui brevemente riassunti, d'altra parte, sono solo gli interventi diretti e principali sulla disciplina normativa dell'accoglienza, che ne hanno determinato le più sostanziali evoluzioni – e, per questo, più ampiamente indagati in dottrina, come indicato in nota. Tuttavia, altre novità intercorse negli ultimi anni appaiono capaci di incidere significativamente sugli equilibri di tale sistema, specialmente perché in grado di influenzare due dimensioni essenziali del suo modo di essere servizio sociale, ossia insieme di prestazioni volte al miglioramento delle condizioni di vita dei nuovi componenti della comunità nazionale, sin dal loro ingresso sul territorio italiano⁸.

Da un lato, il Codice del Terzo settore del 2017 sembra avere avviato una riconsiderazione degli equilibri “orizzontali”, ossia dei rapporti tra amministrazioni pubbliche responsabili del servizio di accoglienza e privati a cui esso viene esternalizzato. Dall'altro, l'articolato meccanismo di accoglienza “parallela” sorto in risposta alla crisi ucraina apre a nuove riflessioni sui corretti equilibri “verticali” interni al sistema, ovvero sull'individuazione del livello amministrativo (centrale o locale) a cui attribuire un ruolo preminente nell'assistenza dei richiedenti protezione.

Le successive pagine, dunque, sono intese a riflettere sulla portata di queste novità, anche in un'ottica di previsione delle future evoluzioni dei meccanismi di accoglienza nazionali.

D'ANTONIO, *Una nuova formula per l'accoglienza dei richiedenti asilo*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, gennaio 2021; M. GIOVANNETTI, *Giro di boa. La riforma del sistema di accoglienza e integrazione per richiedenti e titolari di protezione internazionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2021, pp. 28 ss.; G. TROPEA, *La condizione amministrativa del rifugiato, nella segmentarietà della frontiera*, in *Nuove autonomie*, n. 3/2021, pp. 633 ss.; M. CONSITO, *L'accoglienza e il trattenimento del richiedente asilo dopo il c.d. decreto immigrazione 2020: tra (tiepidi) ritorni al passato e nuove restrizioni*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, dicembre 2020; G. CONTI, *La protezione umanitaria e il nuovo Sistema di accoglienza e integrazione nel d.l. n. 130/2020*, in *federalismi.it*, n. 35/2020, pp. 1 ss.

⁸ Numerosi sono gli interventi dottrinali concernenti i servizi sociali in cui è possibile individuare una definizione; *ex pluribus*, M. DELSIGNORE, *I servizi sociali nella crisi economica*, in *Diritto amministrativo*, n. 3/2018, pp. 587 ss.; A. ALBANESE, *Servizi sociali*, in M.P. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, IV, pp. 1897 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *I servizi sociali*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, pp. 1019 ss.; E. FERRARI, *I servizi sociali*, Milano, 1986.

2. I rapporti tra amministrazioni e privati a seguito del Codice del Terzo settore

Partendo dai menzionati equilibri orizzontali, punto fermo di questa riflessione non può che essere l'incontestata riconducibilità del servizio di accoglienza alla *species* dei servizi sociali e, dunque, al *genus* dei pubblici servizi, con le amministrazioni che mantengono la responsabilità della loro organizzazione, pur potendone affidare la gestione concreta a soggetti privati⁹.

Questo, proprio in relazione al servizio di accoglienza, trova chiare conferme anche nei testi normativi. Così, gli artt. 9 e 11 d.lgs. n. 142/2015 espressamente menzionano la possibilità per le prefetture di esternalizzare la gestione dei CPA e dei CAS¹⁰. Quanto al Sistema di accoglienza e integrazione, invece, la prassi dell'affidamento ai privati da parte delle amministrazioni comunali è stata oggetto di graduale formalizzazione attraverso i decreti ministeriali, succedutisi nel tempo, con cui si sono definite le linee guida per il funzionamento del servizio¹¹.

Tuttavia, se per i CPA e i CAS i summenzionati articoli sono univoci nel

⁹ Sui servizi pubblici (e sulla loro esternalizzabilità) numerosi e illustri sono i contributi dottrinali, a partire da A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (diretto da), *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1930, IV, pp. 633 ss. e U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964. Ancora, si vedano per esempio R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008 e, più di recente, R. VILLATA e S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi*, Torino, 2022; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici*, Padova, 2001; N. RAGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; S. CATTANEO (voce), *Servizi pubblici*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1990, XLII, pp. 362 ss.; F. MERUSI, *Servizio pubblico*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1960, XVII, pp. 215 ss. Con specifico riguardo al sistema di accoglienza, invece, M. CONSITO, *L'accoglienza dei richiedenti asilo tra emergenza ed esternalizzazione della gestione*, in F. ASTONE, R. CAVALLO PERIN, A. ROMEO e M. SAVINO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Torino, 2019, pp. 182 ss.

¹⁰ Così l'art. 9, comma 2, in relazione ai CPA: «La gestione dei centri di cui al comma 1 può essere affidata [...] ad enti pubblici o privati che operano nel settore dell'assistenza ai richiedenti asilo o agli immigrati o nel settore dell'assistenza sociale, secondo le procedure di affidamento dei contratti pubblici». Così, invece, l'art. 11, comma 2, in materia di CAS: «Le strutture [...] sono individuate dalle prefetture-uffici territoriali del Governo, previo parere dell'ente locale nel cui territorio è situata la struttura, secondo le procedure di affidamento dei contratti pubblici. È consentito, nei casi di estrema urgenza, il ricorso alle procedure di affidamento diretto [...]».

¹¹ A chiare lettere a partire dall'art. 6 d.m. 10 agosto 2016, ai sensi del quale: «Per la realizzazione dei servizi di accoglienza integrata indicati dalle presenti linee guida l'ente locale proponente può avvalersi di uno o più enti attuatori [...]».

richiedere l'applicazione delle procedure di affidamento dei contratti pubblici (salvo i casi di estrema urgenza, tali da legittimare affidamenti diretti), maggiore incertezza ha caratterizzato il Sistema di accoglienza e integrazione (a partire da quando era ancora SPRAR), stante l'assenza di esplicite indicazioni procedurali. Sicché, questo vuoto di disciplina, accompagnato dalla riconducibilità del SAI a un settore – quello dei servizi sociali – per lungo tempo ritenuto sottraibile al diritto pro-concorrenziale europeo¹², ha consentito il proliferare di soluzioni non uniformi lungo il territorio nazionale. Ai comuni che hanno fatto rigida applicazione della disciplina in materia di appalti si sono affiancati enti locali che hanno esternalizzato ricorrendo alle previsioni più elastiche dalla legge 8 novembre 2000, n. 328¹³.

Le incertezze e le ambiguità quanto alle previsioni applicabili, dunque, hanno spesso prodotto soluzioni distorte, denunciate dall'AVCP/ANAC¹⁴ e condannate dalla giurisprudenza¹⁵, tradottesi in affidamenti diretti, proroghe

¹² In materia, vedasi da ultimo l'articolata ricostruzione del tema effettuata da E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali*, Torino, 2021, pp. 91 ss. In precedenza, M.V. FERRONI, *L'affidamento agli enti del terzo settore ed il codice dei contratti pubblici*, in *Nomos*, n. 2/2018, pp. 17 ss.; M. MATTALIA, *Gli operatori economici nella disciplina sugli appalti e concessioni tra concorrenza e solidarietà*, in *Diritto amministrativo*, n. 3/2016, pp. 465 ss.; G. GRECO, *Servizi sociali e disciplina della concorrenza: dalla esclusione alla (possibile) eccezione*, in *Diritto del commercio internazionale*, n. 3/2015, pp. 822 ss.; A. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, n. 1/2015, pp. 89 ss.; A. ALBANESE, *Servizi sociali*, in M.P. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, IV, pp. 1897 ss. (spec. pp. 1906 ss.).

¹³ In tema di esternalizzazione dei servizi di accoglienza, oltre al già citato M. CONSITO, *L'accoglienza dei richiedenti asilo tra emergenza ed esternalizzazione della gestione*, cit., pp. 182 ss., vedasi G.A. GIUFFRÈ, *Profili di organizzazione e di evidenza pubblica del sistema di accoglienza*, in *federalismi.it*, n. 13/2018, pp. 2 ss. e F.V. VIRZÌ, *L'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale: un'indagine sulle procedure di gara*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2017, pp. 1 ss. Sia consentito il rinvio anche a L. GALLI, *La coprogrammazione e la co-progettazione dei servizi di integrazione dei migranti. Paradigmi di coinvolgimento della società civile nei percorsi di inclusione sociale*, Torino, 2022 (spec. pp. 225 ss.).

¹⁴ Si vedano, per esempio, la deliberazione AVCP dell'8 marzo 2012, n. 25, oppure la deliberazione ANAC del 30 settembre 2014, n. 7 e il parere ANAC del 21 novembre 2015, n. 77.

¹⁵ Sono oramai numerose le pronunce con cui i giudici affermano l'esigenza di applicare le regole del Codice dei contratti pubblici alle procedure di esternalizzazione dei servizi di accoglienza; fra le molte, TAR Molise, sentenza del 17 marzo 2020, n. 94; Cons. Stato, sez. V, sentenza del 24 gennaio 2019, n. 586; Tar Campania-Salerno, sez. I, sentenza del 16 maggio 2019, n. 771; TAR Piemonte, sez. I, sentenza del 20 luglio 2018, n. 901.

indebite dei contratti in corso, scarsa pubblicità dei bandi, procedure negoziate con un solo partecipante¹⁶. Il tutto, dunque, in aperta violazione di quei principi (economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento e trasparenza) in ogni caso irrinunciabili in presenza di procedure comportanti l'assegnazione di risorse pubbliche¹⁷, questo in prevenzione di fenomeni di mala amministrazione e a garanzia della qualità dei servizi offerti.

La reazione, pertanto, si è avuta con l'ultimo dei già richiamati decreti ministeriali disciplinanti le linee guida SAI, il d.m. 18 novembre 2019, il cui art. 10 riconosce la necessità di rispettare le previsioni del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nelle procedure di selezione del partner privato dell'amministrazione comunale, chiamato ad attuare il servizio. La stretta in favore della disciplina pro-concorrenziale sembrerebbe pertanto evidente, anche se la dottrina e l'ANAC stessa hanno altrettanto chiaramente sottolineato come questa scelta non possa essere considerata la panacea di tutti i mali per un sistema in cui la scarsa partecipazione dei privati alle procedure selettive è imputabile a una pluralità di fattori¹⁸.

Ancora, il ricorso obbligato a dinamiche economico-concorrenziali non appare necessariamente il più adeguato al coinvolgimento degli operatori privati tradizionalmente interessati all'affidamento dei servizi di accoglienza. Nella maggior parte delle ipotesi, infatti, tali servizi sono erogati in concreto da enti del Terzo settore¹⁹, ovvero soggetti vocati a operare al di fuori delle

¹⁶ In dottrina, vedasi N. PARISI, *La tutela dei diritti del migrante tramite la prevenzione della corruzione: la prassi dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in F. ASTONE, R. CAVALLO PERIN, A. ROMEO e M. SAVINO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., pp. 93 ss.

¹⁷ In questo senso è particolarmente chiara la dottrina che ha trattato il tema delle sovvenzioni pubbliche, a partire da G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, Milano, 1967. Più di recente, vedasi anche F. GIGLIONI, *Art. 12*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pp. 669 ss.

¹⁸ Tra questi fattori vengono menzionate, per esempio, la limitatezza delle risorse offerte a copertura dei costi del servizio, la mancata divisione in lotti delle differenti attività svolte nei singoli centri o, ancora, la richiesta che siano gli operatori privati a mettere a disposizione le infrastrutture presso cui garantire l'accoglienza, generando un fenomeno di *lock-in* in favore di quei (pochi) operatori che possiedono immobili adeguati. In materia, F.V. VIRZI, *L'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale: un'indagine sulle procedure di gara*, cit., pp. 14 ss., oltre a ANAC, delibera 20 gennaio 2016, n. 32 (*"Determinazione Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali"*), pp. 19 ss.

¹⁹ Sul Terzo settore è presente ampia bibliografia. Si vedano, su tutti, E. ROSSI e S. ZAMAGNI (a cura di), *Il Terzo settore nell'Italia unita*, Bologna, 2011 e S. ZAMAGNI (a cura di), *Libro bianco sul terzo settore*, Bologna, 2011.

dinamiche di mercato e di profitto, ma piuttosto secondo le traiettorie solidali e volontaristiche proprie della c.d. “amministrazione condivisa”²⁰. Come menzionato nella sezione introduttiva del presente contributo, quindi, assumono rilevanza particolare altre novità intercorse nell’ultimo quinquennio, quali il Codice del Terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117) e le conseguenti modifiche al Codice dei contratti pubblici disposte con d.l. 16 luglio 2020, n. 76, nonché la significativa sentenza della Corte Cost. 26 giugno 2020, n. 131²¹.

L’obiettivo di queste novità è stato quello di dare nuovo valore al privato sociale, così come agli strumenti volti a garantirne il dialogo e la collaborazione con le amministrazioni nel perseguimento dei pubblici interessi. La *ratio* è quella di sottrarre tali istituti (su tutti, la coprogettazione) dalla zona grigia dei meri *escamotage* intesi esclusivamente ad eludere le rigidità (e le garanzie) della disciplina appalti, per farne strumenti di evidenza pubblica, comunque rispettosi dei principi di economicità, trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento (si veda l’art. 55 d.lgs. n. 117/2017)²². Strumenti, quindi, di eguale dignità rispetto agli appalti, ma capaci di creare

²⁰ Per la primigenia formulazione del concetto di amministrazione condivisa, vedasi G. ARENA, *Introduzione all’amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997, pp. 29 ss., anche se lo stesso Autore ne riconosce il radicamento in opere precedenti quali, su tutte, F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994, ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 2006, I, pp. 869 ss.

²¹ Sono oramai numerosi i contributi in relazione al Codice del Terzo settore; fra i molti, A. FICI, E. ROSSI, G. SEPIO e P. VENTURI (a cura di), *Dalla parte del Terzo settore. La riforma letta dai protagonisti*, Bari, 2019; S. PELLIZZARI e A. MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e terzo settore*, Napoli, 2019; P. MICHIARA, *L’ordinamento giuridico del terzo settore. Profili pubblicistici*, in *Munus*, 2019, pp. 457 ss.; M. CLARICH e B. BOSCHETTI, *Il Codice Terzo Settore: un nuovo paradigma?*, in *Jus-online*, 2018, pp. 28 ss.; P. CONSORTI, L. GORI ed E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2018. Per un’analisi dottrinale della pronuncia della Corte, invece, G. ARENA, *L’amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/2020, pp. 1449D ss. e, più nel dettaglio, la pluralità di interventi contenuti in A. FICI, L. GALLO e F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, 2020. Si suggerisce anche l’ascolto di G. AMATO, *La rivoluzione del ruolo del Terzo settore nella sentenza 131/2020*, online: <https://www.spreaker.com/user/11851781/sentenze-amato>.

²² Per un’approfondita riflessione sulle potenzialità degli strumenti introdotti con il Codice del Terzo settore (in particolare, la coprogettazione) si veda, su tutti, E. FREDIANI, *La coprogettazione dei servizi sociali*, cit.

momenti di amministrazione condivisa e di sfruttare al meglio le potenzialità degli enti del Terzo settore.

Uno “sfruttamento” del *non profit* che si tradurrebbe, in prima battuta, in spazi di coinvolgimento nell’esercizio della funzione amministrativa e, per quanto qui di interesse, in un’ideazione dialogata dei servizi SAI che, grazie alle risorse e all’*expertise* condivise dal privato sociale, consenta un migliore soddisfacimento dei diritti dei richiedenti asilo e dell’interesse pubblico alla loro accoglienza e integrazione²³. Un coinvolgimento attivo, poi, che potrebbe fungere da incentivo per una maggiore partecipazione degli operatori privati alle procedure di affidamento, stante i riconosciuti spazi di co-decisione circa le caratteristiche dei servizi oggetto di successiva esternalizzazione. Ancora, un coinvolgimento nella progettazione del SAI che consentirebbe una maggiore adesione della società civile – di cui gli ETS sono enti esponenziali – ai percorsi di inclusione degli stranieri, in attuazione del concetto di integrazione riconosciuto a livello normativo come frutto dell’impegno reciproco del migrante e della comunità di accoglienza, a cui il nuovo SAI è chiamato ad attribuire sempre maggiore rilevanza (come d’altronde suggerisce la sua stessa denominazione, la quale contempla non solo l’accoglienza ma, appunto, anche l’integrazione)²⁴.

Che questo non sia, ancora una volta, mero *law on books*, trova conferma in esperienze pratiche di coprogettazione del Sistema di accoglienza e integrazione, con “tavoli di amministrazione condivisa” che hanno coinvolto, oltre ai rappresentanti degli enti locali, una pluralità di ETS, dimostratisi disponibili a superare le dinamiche di competizione per l’assegnazione dei

²³ Sulle modalità di coinvolgimento del privato sociale nell’ideazione e nell’attuazione dei servizi sociali, si vedano – oltre a E. FREDIANI, *Op. ult. cit.* – G. CICERI e L. RAIMONDI, *La coprogettazione dal punto di vista amministrativo*, in U. DE AMBROGIO e C. GUIDETTI (a cura di), *La coprogettazione. La partnership tra pubblico e terzo settore*, Roma, 2016, pp. 33 ss.; C. GUIDETTI, *Livelli e fasi di coprogettazione*, ivi, pp. 55 ss.; M. MOSCHETTI, *Il profilo giuridico e tecnico della coprogettazione*, in M. BRUNOD, M. MOSCHETTI ed E. PIZZARDI (a cura di), *La coprogettazione sociale*, Trento, 2016, pp. 159 ss.; L. CATALDI e F. GIROTTI, *Dentro la scatola nera dei processi di pianificazione zonale. Modelli di gestione, prospettive di istituzionalizzazione e arene di potere*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, n. 2/2012, pp. 199 ss.

²⁴ Così l’art. 4-bis d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286: «[...] si intende con integrazione quel processo finalizzato a promuovere la convivenza dei cittadini italiani e di quelli stranieri, nel rispetto dei valori sanciti dalla Costituzione italiana, con il reciproco impegno a partecipare alla vita economica, sociale e culturale della società [enfasi aggiunta]». In materia di integrazione, sia consentito il rinvio a L. GALLI, *Rethinking integration contracts. The role of administrative law in building an intercultural society*, Napoli, 2021 e alla bibliografia ivi menzionata.

fondi pubblici e a investire tempo e risorse in un miglioramento congiunto del servizio cittadino di seconda accoglienza²⁵.

D'altra parte, che quella della pari dignità tra procedure di affidamento solidali e pro-concorrenziali sia una strada percorribile per il futuro, con la conseguente possibilità di scelta rimessa agli enti locali responsabili dei singoli progetti SAI, trova da ultimo riscontro nello schema preliminare del nuovo Codice dei contratti pubblici, del 7 dicembre 2022²⁶. In esso, infatti, la solidarietà e la sussidiarietà orizzontale, quale espressione tipica dei rapporti con gli ETS, sono richiamate sin dai principi generali del nuovo Codice (art. 6), legittimando la pubblica amministrazione ad «apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di co-amministrazione [...] fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con i privati, [...] in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato [...sicché] gli affidamenti di tali attività [...] avvengono nel rispetto delle disposizioni previste dal decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 [e non dal Codice dei contratti pubblici]».

3. I rapporti centro-periferia nella nuova accoglienza dei rifugiati ucraini

Passando invece alle dinamiche verticali, si è già accennato quello che sarebbe l'equilibrio, *on books*, tra amministrazioni centrali e amministrazioni locali nell'ambito del sistema di accoglienza: se l'identificazione, la prima assistenza e la prima accoglienza (e quindi, CPSA, *hotspot*, CPA e CAS) rientrano nelle competenze statali, la seconda accoglienza ricadrebbe sugli enti territoriali (*in primis* i comuni, per quanto riguarda il SAI). Questo,

²⁵ Un valido esempio è fornito dalla “Procedura ad evidenza pubblica di co-progettazione per la selezione degli Enti Attuatori della progettazione SPRAR per il triennio 2017-2019” del Comune di Bologna, la cui documentazione è reperibile online: <https://www.aspbologna.it/2013-12-16-16-32-27/opportunita-di-lavoro/avvisi-bandi-e-inviti-scaduti>. Oltre all'Avviso pubblico con cui si è avviata la procedura, particolarmente interessanti sono i verbali delle sedute del Tavolo di coprogettazione, a testimonianza dell'impegno congiunto di amministrazioni locali ed ETS nell'ideare le migliori soluzioni per l'accoglienza dei richiedenti asilo, solo in un successivo momento oggetto di competizione tra privati per l'individuazione dell'affidatario del servizio.

²⁶ Lo schema preliminare del nuovo Codice dei contratti pubblici è reperibile online: www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/17550825/1_CODICE+CONTRATTI+ARTICOLI+%281%29.pdf/eb97a977-0185-851c-ff3c-81ec31a7860d?t=1670928388208.

d'altronde, in pieno riflesso di un'impostazione costituzionale che, con il Titolo V, conferma l'attribuzione della materia immigrazione (come gestione dei flussi migratori) alle competenze statali, mentre i servizi sociali (ivi inclusi quelli indirizzati ai richiedenti asilo) alle competenze residuali dei livelli subnazionali. Perno di tale equilibrio sarebbe poi il principio di leale collaborazione, che trova la sua concretizzazione nelle forme di coordinamento previste dall'art. 16 d.lgs. n. 142/2015, ossia in quei Tavoli nazionali e regionali con compiti di pianificazione, programmazione e riparto territoriale dei posti da destinare alle finalità di accoglienza.

Si è parimenti già detto come questo equilibrio, configurato con l'intervento normativo del 2015, non sia mai giunto a concretizzazione, a fronte di un'accoglienza gestita in misura quantitativamente prevalente nelle strutture emergenziali statali (CAS), piuttosto che nel sistema comunale di seconda accoglienza. Squilibrio in ogni caso ulteriormente accentuato con la decretazione del 2018, che ha reso ordinaria, per i richiedenti asilo, l'accoglienza nei centri governativi, a discapito del ruolo dell'allora SI-PROIMI. Da ultimo, per quanto il d.l. n. 130/2020 ricostruisca sulla carta l'originario bilanciamento tra centro e periferia, l'innalzamento ad esso conseguente dei servizi garantiti nei CAS – sicuramente da accogliere con favore, rispetto alla loro riduzione qualitativa e quantitativa frutto delle riforme del 2018 – resta implicita conferma di un sistema che, in concreto, è destinato a vivere nella “normalizzazione dell'emergenza”. In altre parole, le strutture governative appaiono sempre e comunque chiamate a giocare un ruolo preponderante, in costante sacrificio della dimensione locale, ovvero quella più consona alla gestione degli interventi di assistenza e integrazione dei migranti²⁷.

Su questi temi, però, occasione nuova di riflessione è tristemente offerta dagli eventi bellici che hanno colpito la popolazione ucraina, con un conseguente massiccio afflusso di richiedenti protezione sul territorio europeo e

²⁷ La centralità della dimensione locale nei percorsi di accoglienza e integrazione è ampiamente riconosciuta nella dottrina nazionale e internazionale; fra i molti, vedasi F. CRÉPEAU, *Protecting migrants' rights: undocumented migrants as local citizens*, in F. CRÉPEAU e C. SHEPARD (a cura di), *Human Rights and Diverse Societies: Challenges and Possibilities*, Newcastle upon Tyne, 2013, pp. 201 ss.; F. CAMPOMORI, *Immigrazione e cittadinanza locale*, Roma, 2008, pp. 26 ss.; T. CAPONIO, *Città italiane e immigrazione*, Bologna, 2006, pp. 65 ss. Questo aspetto è anche chiaramente riconosciuto nel *Piano nazionale d'integrazione dei titolari di protezione internazionale* del Ministero dell'Interno (spec. pp. 13), disponibile online: <https://www.interno.gov.it/sites/default/files/piano-nazionale-integrazione.pdf>.

nazionale. L'esigenza di prestare loro soccorso ha portato – in breve tempo – alla fioritura di un sistema di accoglienza parallelo a quello “ordinario” previsto dai d.lgs. n. 142/2015 e d.l. n. 416/1989, che vede il suo momento genetico nella Delibera del Consiglio dei Ministri del 28 febbraio 2022²⁸, con cui si è dichiarato lo stato di emergenza e si è attribuito al Capo del Dipartimento della protezione civile l'incarico di organizzare, tramite proprie ordinanze, il suddetto sistema assistenziale.

L'esigenza di unità di azione a fronte di un evento emergenziale di portata nazionale ha giustificato, quindi, l'enfatizzazione del ruolo di indirizzo e operativo delle amministrazioni centrali (in specie, del Governo, del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Dipartimento della Protezione civile), a partire dalla proliferazione della decretazione d'urgenza e, soprattutto, delle ordinanze *ex art. 25* d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, manifestazione chiara di un'amministrazione non solo esecutrice, ma anche creatrice del diritto²⁹.

Quanto a questo “nuovo” sistema di accoglienza – e ai rapporti centro-periferia che lo caratterizzano – si possono sostanzialmente distinguere tre fasi.

Una prima fase riconducibile al d.l. 28 febbraio 2022, n. 16 e alle ordinanze del 4 marzo 2022, n. 872-873³⁰, in cui il netto sbilanciamento in favore del ruolo delle amministrazioni nazionali trova immediata conferma nell'istituzione di due nuovi organismi in seno al Dipartimento della Protezione civile, la Direzione di Comando e Controllo (Di.Coma.C.) e il Comitato di coordinamento, entrambi volti ad assicurare la corretta e uniforme attuazione a livello locale degli indirizzi centrali. Ancora, se ai Presidenti delle regioni viene riconosciuto l'incarico di commissari delegati dell'emergenza, a

²⁸ La delibera è consultabile online: <https://www.protezionecivile.gov.it/it/normativa/delibera-cdm-del-28-febbraio-2022-emergenza-ucraina-0>.

²⁹ Su questa trasformazione del ruolo dell'amministrazione, specie in circostanze emergenziali, vedasi G. TROPEA, *Potere di ordinanza, normalizzazione dell'emergenza e trasformazioni dell'ordinamento*, in *Diritto amministrativo*, n. 4/2021, pp. 885 ss.

³⁰ L'ordinanza n. 872 è reperibile al seguente indirizzo: <https://www.protezionecivile.gov.it/it/normativa/ocdpc-n-872-del-4-marzo-2022-disposizioni-urgenti-di-protezione-civile-assicurare-sul-territorio-nazionale-laccoglienza-il-soccorso-e-lassistenza-alla-0>; mentre l'ordinanza n. 873 è anch'essa reperibile online: <https://www.protezionecivile.gov.it/it/normativa/ocdpc-n873-del-6-marzo-2022-ulteriori-disposizioni-urgenti-di-protezione-civile-assicurare-sul-territorio-nazionale-laccoglienza-il-soccorso-e-0>.

loro sono attribuiti interventi in tema di trasporto, assistenza sanitaria e assistenza immediata post ingresso, mentre l'accoglienza vera e propria resta di competenza delle prefetture, cui spetta per la presa in carico dei migranti tramite CPA, CAS e tramite il SAI, oppure procedendo al reperimento di nuove strutture (art. 3 o.d.p.c. n. 872/2022).

La seconda fase è invece condensata nell'art. 31 d.l. 21 marzo 2022, n. 21, le cui previsioni sono specificate nell'ordinanza del 29 marzo 2022, n. 881³¹ e nel Piano nazionale per l'accoglienza e l'assistenza alla popolazione ucraina³², formulato sempre dalla Protezione civile. Tale fase si caratterizza per l'effettiva introduzione di un nuovo sistema di accoglienza diffusa, estraneo agli "ordinari" circuiti CAS e SAI, finanziato con fondi pubblici ma sostanzialmente rimesso, nella sua ideazione, attuazione e gestione, ai soli enti del privato sociale. Il livello amministrativo centrale continua a giocare un ruolo chiave, in quanto l'attivazione di questi nuovi progetti di accoglienza deve passare attraverso la pubblicazione – da parte del Dipartimento della Protezione civile – di uno o più avvisi di manifestazione di interesse di rilievo nazionale³³, cui fa seguito una selezione tra gli ETS candidatisi e una stipula di convenzioni *ex art.* 56 d.lgs. n. 117/2017, il tutto da svolgersi sempre a livello di amministrazioni centrali. È poi la già menzionata Di.Coma.C. a gestire la redistribuzione dei migranti nelle regioni, chiamate (solo) a questo punto a intervenire nella gestione dei titolari di protezione loro affidati. D'altro canto, che le istanze di coinvolgimento delle comunità locali si siano fatte più pressanti traspare dalla necessaria sottoscrizione di accordi di partenariato tra gli enti del Terzo settore e i comuni in cui i progetti di accoglienza troveranno svolgimento pratico, prima che si possa arrivare alla conclusione delle menzionate convenzioni nazionali di attivazione dei percorsi di accoglienza.

Il sistema così ideato ha però riscontrato sostanziali intoppi, che ne hanno drasticamente rallentato l'attuazione³⁴, come probabile conseguenza delle

³¹ L'ordinanza è consultabile online: <https://www.protezionecivile.gov.it/it/normativa/ocdpc-n-881-del-29-marzo-2022-0>.

³² Il Piano è reperibile online al seguente indirizzo: <https://emergenze.protezionecivile.gov.it/static/8acce8d2f3ed23eff62df9066bb4e3d2/piano-nazionale-laccoglienza-e-lassistenza-alla-popolazione-proveniente-dallucraina.pdf>.

³³ Vedasi l'avviso dell'11 aprile 2022, pubblicato online: <https://www.protezionecivile.gov.it/it/bando-di-gara/avviso-lacquisizione-di-manifestazioni-di-interesse-lo-svolgimento-di-attivitadi-accoglienza-diffusa-nel-territorio-nazionale-beneficio-delle-persone-0>.

³⁴ Si veda l'ordinanza del 15 settembre 2022, n. 921. Quest'ultima, reperibile online sul si-

difficoltà di gestione centralizzata degli elevati numeri della “nuova accoglienza” (sia in termini di migranti beneficiari, che di soggetti privati attuatori), ma anche del mancato coinvolgimento di regioni dimostratesi invece disponibili a ricevere richiedenti protezione (così per Sicilia, Calabria e Basilicata). D’altra parte, anche le modalità di partecipazione delle amministrazioni comunali – secondo una dinamica volontaristica, analoga a quella prevista per il SAI, per quanto veri protagonisti della “nuova accoglienza” siano direttamente i soggetti privati – ha contribuito a quella che già appare come una “mancata nascita” di un sistema ancora una volta concepito solo sulla carta³⁵.

Infatti, dei 24.000 posti offerti ad aprile dal Terzo Settore – si noti, numeri non troppo distanti da quelli raggiunti, dopo decenni, dall’intero SAI –, 17.000 sono stati selezionati (pari a 29 convenzioni), ma solo poco più di 5000 sono ad oggi effettivamente attivati (pari a 12 convenzioni)³⁶. Considerata la data di chiusura di questi progetti, per il momento prorogata fino al 3 marzo 2023³⁷, ma considerati anche i numeri complessivi dell’emergenza (oltre 170.000 arrivi, di cui solo circa 20.000 accolti nel sistema CAS/SAI e gli altri affidati all’esclusivo impegno e risorse degli ETS e delle famiglie), l’iniziativa di una “nuova accoglienza” diffusa appare dunque gravemente pregiudicata³⁸.

to della Protezione civile, riconosce il ritardo nell’attivazione del nuovo meccanismo di accoglienza, al punto da deviarne alcune risorse verso altre forme di sostegno per la popolazione ucraina giunta in Italia: <https://www.protezionecivile.gov.it/it/normativa/ocdpc-n-921-del-15-settembre-2022-0>.

³⁵ Per una sintesi delle problematiche che hanno caratterizzato l’attivazione del sistema di accoglienza “parallelo” per i rifugiati ucraini, vedasi L. ALFONSO, *Profughi ucraini, le norme frenano l’accoglienza di famiglie e Terzo settore*, 24 agosto 2022, online: <https://www.vita.it/it/article/2022/08/24/profughi-ucraini-le-norme-frenano-laccoglienza-di-famiglie-e-terzo-set/163834/>.

³⁶ Questi dati sono reperibili online, nella *dashboard* realizzata sul sito della Protezione civile contenente informazioni relative all’accoglienza diffusa realizzata sul territorio nazionale in favore delle persone provenienti dall’Ucraina: <https://mappe.protezionecivile.gov.it/it/mappe-e-dashboards-emergenze/mappe-e-dashboards-ucraina/accoglienza-diffusa>.

³⁷ La proroga del termine iniziale del 31 dicembre 2022 è stata disposta dall’art. 1, commi 669-671, della legge 29 dicembre 2022, n. 97.

³⁸ I numeri complessivi dell’accoglienza sono reperibili online, nella *dashboard* realizzata sul sito della Protezione civile contenente informazioni relative agli ingressi nel territorio nazionale da parte di persone provenienti dall’Ucraina:

Un tentativo di salvataggio è sembrato provenire dalla o.d.p.c. del 20 ottobre 2022, n. 937³⁹, con cui si sono autorizzati i Presidenti di regioni e province a stipulare autonomamente convenzioni con enti del Terzo settore, a condizioni analoghe a quelle previste dalla convenzione nazionale, per l'attivazione direttamente a livello locale del nuovo sistema di accoglienza diffusa. Pare così essersi recentemente aperta una terza fase, in cui la normalizzazione di quella che rimane un'emergenza è accompagnata dal riconoscimento del ruolo, difficilmente rinunciabile, dei livelli amministrativi periferici nell'attivazione dei percorsi di accoglienza e inclusione sociale.

4. Conclusioni e sguardi (preoccupati) al futuro

Giungendo alle riflessioni conclusive, e guardando al futuro, un elemento sembra incontrovertibilmente emergere tanto dall'introduzione del Codice del Terzo settore, quanto dalle soluzioni adottate in risposta alla crisi ucraina.

Si tratta del ruolo ancora più centrale riconosciuto all'azione complementare della società civile nell'attuazione del sistema di accoglienza. La dimensione orizzontale di questo sistema, dunque, risulta ulteriormente sbilanciata in favore dell'intervento sussidiario del Terzo settore. Se questo appare sicuramente un bene in un'ottica di pieno sfruttamento delle risorse, delle competenze e dell'*expertise* del *non profit* per un migliore soddisfacimento delle esigenze di accoglienza dei richiedenti asilo, esso non dovrebbe tradursi in una mera privatizzazione dell'assistenza dei migranti. In altre parole, non può diventare concretizzazione di un disinteresse del settore pubblico per la gestione del fenomeno migratorio e, dunque, di un'inammissibile deresponsabilizzazione in relazione a un servizio indispensabile non solo per il soddisfacimento dei diritti dei migranti, ma anche per il benessere della società di accoglienza⁴⁰.

<https://mappe.protezionecivile.gov.it/it/mappe-e-dashboards-emergenze/mappe-e-dashboards-ucraina/ingressi-alle-frontiere>. Sul limitato apporto pubblico rispetto all'accoglienza "solidale e sussidiaria" fornita dal privato sociale (o direttamente da singole famiglie), vedasi invece S. PIGNATARO, *Ucraina: luci e ombre del sistema di accoglienza*, 13 ottobre 2022, online: <https://www.vita.it/it/article/2022/10/13/ucraina-luci-e-ombre-del-sistema-di-accoglienza/164414/>.

³⁹ L'ordinanza è reperibile online: <https://www.protezionecivile.gov.it/it/normativa/ocdpc-n-937-del-20-ottobre-2022-0>.

⁴⁰ Sull'imprescindibile esigenza che, in relazione a un servizio pubblico (e quindi anche a

Quanto ai rapporti verticali, la “normalizzazione dell’emergenza” sembra condannare il sistema a uno squilibrio in favore del centro sulla periferia, per quanto la dimensione locale appare innegabilmente quella più consona all’organizzazione e all’attuazione dei progetti di accoglienza e integrazione in una società civile a cui è naturalmente più prossima e di cui ha, dunque, una più compiuta rappresentazione⁴¹. Le difficoltà di una gestione centralizzata dell’accoglienza, d’altra parte, sono chiaramente emerse anche quando si è dovuto affrontare un’emergenza vera e propria, quale quella ucraina, laddove alla paralisi delle nuove soluzioni introdotte si è cercato di dare risposta, in ultima battuta, ampliando proprio il coinvolgimento dei territori.

Nel concludere, vale la pena ricordare che i protagonisti involontari (o, meglio, le vittime) di tutte queste tensioni rimangono sempre i richiedenti asilo, in balia delle espansioni e delle contrazioni di un sistema dal forte significato politico e che, sottoposto a continue sollecitazioni, stenta a trovare una forma e un equilibrio soddisfacenti.

un servizio sociale, come quello dell’accoglienza dei migranti) l’amministrazione mantenga la responsabilità ultima quanto alla sua corretta organizzazione ed erogazione, pur in caso di sua esternalizzazione a soggetti privati, vedasi, su tutti, R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, cit., 1 ss. e, più di recente, R. VILLATA e S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi*, cit., pp. 6 ss.

⁴¹ In tema di “normalizzazione dell’emergenza” e su come tale fenomeno (anche al di fuori dall’“emergenza migranti”) vada ad alterare i rapporti centro-periferia, vedasi G. TROPEA, *Potere di ordinanza, normalizzazione dell’emergenza e trasformazioni dell’ordinamento*, cit., pp. 885 ss. e G. PIPERATA, *Emergenza pandemica e distribuzione del potere amministrativo tra centro e periferia*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, n. 3/2020, pp. 318 ss. Invece, sull’“emergenza migratoria” e sulle possibili risposte, si vedano F. CORTESE, *La crisi migratoria e la gestione amministrativa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2/2019, pp. 435 ss. e M. SAVINO, *Il diritto dell’immigrazione: quattro sfide*, ivi, 2019, pp. 381 ss.

**La giurisprudenza delle Corti nazionali:
quanto creativa?**

IL SINDACATO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE
SULLA CONDIZIONE GIURIDICA DELLO STRANIERO
E SULL'IMMIGRAZIONE

Roberto Cherchi*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'applicazione dell'art. 3 Cost. nella giurisprudenza costituzionale degli ultimi cinque anni. – 3. Diritto dell'immigrazione e garanzia dei diritti fondamentali tra scrutinio stretto e scrutinio deferente. – 4. Conclusioni: una giurisprudenza costituzionale sempre discutibile, ma nel complesso coerente ed efficace.

1. *Introduzione*

In questo scritto ci si propone di ricostruire le linee di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale in materia di condizione giuridica dello straniero e immigrazione, con particolare riferimento alle tecniche di applicazione del principio di uguaglianza, alla garanzia dei diritti inviolabili o fondamentali, e al quantum di discrezionalità riconosciuta al legislatore. Oggetto di indagine è altresì il tema della legittimazione della Corte costituzionale in relazione agli altri organi di indirizzo politico, nel contesto di questa più recente giurisprudenza. Ci si interroga, infine, su quale possa essere l'influenza, in tale percorso di legittimazione, del dialogo tra la Corte costituzionale, la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte europea di giustizia in materia di immigrazione e condizione giuridica dello straniero.

2. *L'applicazione dell'art. 3 Cost. nella giurisprudenza costituzionale degli ultimi cinque anni*

La giurisprudenza della Corte costituzionale degli ultimi cinque anni in cui si fa applicazione dell'art. 3 Cost. in tema di condizione giuridica dello straniero rivela una tendenziale continuità rispetto alla giurisprudenza più risalente¹. In particolare, nei giudizi relativi alle norme che escludono lo

* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Cagliari.

¹ Tale fatto ha sicuramente un valore in sé: come ha rilevato C. ESPOSITO, *La irresponsabi-*

straniero dall'accesso ad alcune prestazioni sociali, in cui di regola l'art. 3 Cost. e talvolta l'art. 14 Cedu sono indicati come parametro, il principio di uguaglianza/non discriminazione è applicato sotto diversi profili, ma in linea di principio sempre perseguendo uno scrutinio "stretto" o "rigoroso" di ragionevolezza: tecnica di giudizio in cui, secondo alcuni, la Corte muoverebbe da una presunzione di illegittimità costituzionale².

Viene in evidenza, in primo luogo, la sentenza 186/2020 sulla preclusione dell'iscrizione anagrafica per l'asilante politico, in cui la Corte costituzionale ha rilevato, accanto alla violazione dell'art. 3 cost. sotto i profili della razionalità e della ragionevolezza, anche il mancato rispetto del principio della pari dignità sociale. Per la Consulta, la norma oggetto del giudizio generava uno "stigma sociale" nei confronti degli appartenenti a una minoranza. Questa formula era già stata utilizzata nella sentenza 249/2010, in cui la Corte aveva esaminato la disparità di trattamento "qualificata" ex art. 3 Cost. (per condizioni personali e sociali) e aveva affermato la necessità di un "vaglio positivo" di ragionevolezza, che secondo alcuni lascerebbe intendere una presunzione

lità dello Stato per eventi di servizio e gli artt. 28 e 3 della Costituzione, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962, p. 5, «ancora peggiori degli indirizzi inesatti sono quelli contraddittori della Corte, che legittimano il dubbio che il legislatore e i sudditi della legge, più che ai giudizi, siano sottoposti alla volontà sovrana o arbitraria della Corte». V. altresì G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 59.

² Secondo un orientamento, quando la Corte costituzionale giudica della legittimità di una norma applicando lo scrutinio "stretto" o "rigoroso", muove da una presunzione di illegittimità costituzionale. La Corte Suprema americana applica questo tipo di scrutinio a quelle ipotesi in cui «la legislazione chiaramente (*on its face*) contrasta con uno specifico divieto posto dalla Costituzione, come quelli del *Bill of Rights*, oppure quando si dirige, in termini discriminatori, nei confronti di discrete and *insular minorities*, come quelle religiose, nazionali o razziali (caratterizzate, in particolare, da uno scarso potere politico»: così A. TURTURRO, *Scrutinio stretto e presunzione di illegittimità nel controllo sulle leggi*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 3/2015, p. 10. Nella giurisprudenza costituzionale italiana tale tipo di scrutinio lo si riscontrerebbe nei giudizi relativi a: 1) leggi-provvedimento; 2) leggi di sanatoria di atti amministrativi; 3) leggi retroattive (e le leggi di interpretazione autentica); 4) leggi di «chiamata in sussidiarietà»; 5) leggi che integrano una discriminazione "qualificata", ossia per uno dei motivi di cui all'art. 3, c. 1 Cost., 6) leggi che incidono su diritti fondamentali; 6) leggi che derogano al criterio territoriale di competenza nella giustizia amministrativa. Sullo scrutinio stretto nella giurisprudenza costituzionale italiana v. G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, p. 97; F. BIONDI, *Oggetto e parametro*, in R. BALDUZZI, P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007, p. 58; A. TURTURRO, *Scrutinio stretto e presunzione di illegittimità nel controllo sulle leggi*, cit., p. 18 ss.

di illegittimità della norma medesima. È interessante notare, inoltre, come la Corte non si sia neppure posta il problema dell'esistenza di un collegamento tra il principio di uguaglianza dei cittadini (art. 3 Cost.) e il principio personalistico (art. 2 Cost.), per la prima volta enunciato nelle note sentenze Corte cost. 120/1967 e 104/1969, e abbia quindi interpretato la formula "tutti i cittadini", cui la pari dignità sociale è riferita, in senso atecnico, il che sembra confermare quell'orientamento che ritiene impossibile ascrivere un significato univoco alla parola cittadino nei lavori dell'Assemblea costituente³.

In secondo luogo, lo scrutinio di razionalità/ragionevolezza "rigoroso" o "stretto" è ravvisabile nelle decisioni che hanno ad oggetto le prestazioni che soddisfano bisogni primari, funzionali a rimediare a «gravi situazioni di urgenza», a provvedere «al sostentamento della persona»⁴ e «alla salvaguardia di condizioni di vita accettabili»⁵, le cui norme sono sussumibili nel nucleo fondamentale di uno o più diritti sociali (diritto alla salute, diritto all'istruzione, diritto alla protezione sociale) e nell'art. 2 Cost. In alcune di queste decisioni è venuto in evidenza come parametro anche l'art. 14 Cedu, collegato all'art. 117, comma 1 Cost.

In terzo luogo, è di regola sempre uno scrutinio stretto quello relativo alle norme che escludono l'accesso a prestazioni non essenziali, eccedenti il nucleo minimo del diritto costituzionale, essendosi ritenuto irragionevole, a parte l'eccezione di cui alla sentenza 222/2013, il riferimento alla cittadinanza⁶, alla titolarità del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo⁷ o ad un periodo minimo di residenza, sia come condizione⁸ che

³ In questo senso v. F. CERRONE, *Identità civica e diritti degli stranieri*, in *Politica del diritto*, n. 3/1995, p. 441 ss.; C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, Padova, 2001, pp. 69-70; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007, p. 105 ss.

⁴ Corte cost., sentenza del 28 maggio 2010, n. 187.

⁵ Corte cost., sentenze del: 16 dicembre 2011, n. 329; 15 marzo 2013, n. 40; 27 febbraio 2015, n. 22, 11 novembre 2015, n. 230; 15 marzo 2019, n. 50.

⁶ Corte cost., sentenze del 2 dicembre 2005, n. 432 e 9 febbraio 2011, n. 40.

⁷ Corte cost., sentenze del: 2 dicembre 2005, n. 432; 30 luglio 2008, n. 306; 23 gennaio 2009, n. 11; 18 gennaio 2013, n. 4; 4 luglio 2013, n. 172; 4 marzo 2022, n. 54.

⁸ Corte cost., sentenze del: 4 luglio 2013, n. 172; 19 luglio 2013, n. 222; 11 giugno 2014, n. 168; 25 maggio 2018, n. 107; 9 marzo 2020, n. 44; 23 dicembre 2020, n. 281; 22 gennaio 2021, n. 7. Su questi temi v. anche A. GUARISO, *I cittadini extra UE e l'accesso alle prestazioni di assistenza e sicurezza sociale*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione asilo cittadinanza*, Rimini, 2021, p. 485 ss.; E. LONGO, *Assistenza*, in C. PANZERA, A. RAUTI (a cura di), *Dizionario dei diritti degli stranieri*, Napoli, 2020, p. 75 ss.

come criterio premiale⁹ per l'accesso a tali prestazioni¹⁰. Quest'ultimo punto merita di essere evidenziato. Sebbene infatti, al di fuori di questo specifico ambito materiale, lo scrutinio della Consulta sia di regola deferente nei giudizi in cui è indicato come parametro il solo art. 3 Cost. (senza un collegamento con altri diritti costituzionali)¹¹, invece nei giudizi in esame, in cui l'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali è fondata su uno status, ritenuto indiscutibilmente scollegato dalle situazioni di bisogno e di disagio, lo scrutinio è comunque "stretto" o "rigoroso". La Corte sembra quindi muovere da una presunzione di illegittimità.

Questi orientamenti interpretativi si sono consolidati, di decisione in decisione, sin dalla sentenza Corte cost. 432/2005, al punto che sembra essersi formata una consuetudine interpretativa nel senso della chiara illegittimità (*on its face*, direbbe la Corte Suprema americana) di tali forme di differenziazione, ammettendosi solo l'esclusione dello straniero irregolarmente o non stabilmente soggiornante.

Fatte queste premesse, deve essere evidenziato che sono di segno opposto tre recenti decisioni aventi ad oggetto leggi statali relative ad alcune prestazioni sociali (assegno sociale, reddito di cittadinanza, reddito di inclusione¹²), in cui la Corte ha applicato lo scrutinio deferente. Il giudice delle leggi ha così ritenuto non manifestamente irragionevole l'uso dello stilema del radicamento territoriale per circoscrivere l'ambito soggettivo della prestazione¹³, radicamento che sarebbe desumibile dalla titolarità di un permesso di

⁹ Corte cost., sentenza del 29 gennaio 2021, n. 9.

¹⁰ Corte cost., sentenze del: 9 febbraio 2011, n. 40; 18 gennaio 2013, n. 2; 7 giugno 2013, n. 133; 24 maggio 2018, n. 106; 20 luglio 2018, n. 166.

¹¹ Cfr. V. ONIDA, *L'eguaglianza ed il principio di non discriminazione*, Resoconto del seminario del 12 dicembre 2003 redatto dal Dott. Giorgio Repetto e dal Dott. Maurizio Rossi, in <http://www.luiss.it/semcost.>, p. 5 ss., in part. p. 7, in cui il relatore sostiene che «quando la Corte utilizza solamente il parametro di cui all'art. 3 Cost., essa giunge talvolta a non dichiarare l'incostituzionalità di una norma che pure opera un'indubbia discriminazione, in quanto l'irragionevolezza della discriminazione non viene ritenuta a tal fine sufficiente».

¹² Rispettivamente Corte cost., sentenze del: 15 marzo 2019, n. 50; 25 gennaio 2022, n. 19; 17 febbraio 2022, n. 34.

¹³ Tale stilema è stato rinvenibile in precedenza solo in una petizione di principio contenuta nella sentenza 19 luglio 2013, n. 222, nella quale, però, non si era avuta la dichiarazione di illegittimità della disposizione oggetto del giudizio. Nella sentenza i giudici costituzionali avevano ritenuto che non solo il decorso del tempo sia da considerarsi indice di radicamento territoriale, ma anche altri fattori che sono indice di inclusione sociale, in particolare i «legami affettivi, lavorativi e familiari instaurati all'interno della comunità stessa». Su questa decisione

soggiorno a tempo indeterminato e dalla lungo residenza (dieci anni per l'assegno sociale e il reddito di cittadinanza, due anni per il reddito di inclusione). Così nella sentenza 50/2019 sull'assegno sociale, il radicamento territoriale "rafforzato", desumibile dal duplice requisito del titolo di soggiorno a tempo indeterminato e dalla residenza decennale, è considerato non manifestamente irragionevole in quanto indice di inserimento stabile e attivo, secondo una logica premiale (la Corte afferma che in tal modo il legislatore «riconosce e valorizza il concorso al progresso della società, grazie alla partecipazione alla vita di essa in un apprezzabile arco di tempo»)¹⁴. Il radicamento territoriale "rafforzato" è previsto anche con riferimento al reddito di cittadinanza e al reddito di inclusione, anche se la Corte costituzionale è stata chiamata a giudicare della legittimità di solo uno dei due requisiti (la titolarità del permesso di soggiorno a tempo indeterminato).

In particolare, nelle sentenze sui redditi di cittadinanza e di inclusione ci sono alcuni profili degni di una nota critica.

Il primo è l'assunto secondo cui una prestazione di *workfare*, che implica l'adesione a «un sistema di rigorosi obblighi e condizionalità» in funzione dell'integrazione sociale, possa essere legittimamente circoscritta ai titolari di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato. La ragionevolezza di questo indirizzo legislativo è discutibile, perché non sembra coerente con altre norme che impongono allo straniero regolarmente e stabilmente soggiornante, anche se privo del permesso di soggiorno a tempo indeterminato, obblighi e condizionalità di tenore analogo (si pensi all'istituto dell'accordo di integrazione di cui all'art. 4-*bis* TUI, inserito dall'art. 1, comma 25, l. 94/2012).

Il secondo profilo critico è che l'asserita declinazione del criterio del "radicamento territoriale" da parte del legislatore è solo apparente, in quanto essa nasconde una differenziazione/discriminazione in base alla cittadinanza, che si percepisce dall'esame contestuale dei due requisiti della titolarità del permesso di soggiorno a tempo indeterminato e della residenza decennale.

v. E. LONGO, *L'eguaglianza alla prova delle migrazioni: la giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni sociali a favore degli stranieri residenti*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2022, p. 214.

¹⁴ In senso critico rispetto a questa sentenza v. A. GUARISO, *L'infinito conflitto tra divieti di discriminazione e welfare "selettivo"*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius Migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, 2020, p. 528 s., che la ritiene l'archetipo di quell'indirizzo legislativo e giurisprudenziale che applica il criterio della "corrispettività" per selezionare gli aventi diritto alle prestazioni sociali che non soddisfano bisogni primari.

La combinazione di questi due requisiti impone allo straniero di soddisfare nella sostanza la quasi totalità dei presupposti di legge per divenire cittadino con provvedimento concessorio¹⁵, situazione nella quale si trova tipicamente

¹⁵ I requisiti per il conseguimento del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo sono infatti: a) il possesso, da almeno cinque anni, di un permesso di soggiorno in corso di validità; b) la disponibilità di un reddito sufficiente (in base all'art. 9 TUI, il reddito deve essere non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale e, nel caso di richiesta relativa ai familiari, deve essere sufficiente secondo i parametri indicati nell'articolo 29, comma 3, lettera b, TUI, ossia deve essere «un reddito minimo annuo derivante da fonti lecite non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale aumentato della metà dell'importo dell'assegno sociale per ogni familiare da ricongiungere. Per il ricongiungimento di due o più figli di età inferiore agli anni quattordici è richiesto, in ogni caso, un reddito non inferiore al doppio dell'importo annuo dell'assegno sociale. Ai fini della determinazione del reddito si tiene conto anche del reddito annuo complessivo dei familiari conviventi con il richiedente»); la disponibilità di un alloggio idoneo (l'alloggio è idoneo se rientra nei parametri minimi previsti dalla legge regionale per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica ovvero se è fornito dei requisiti di idoneità igienico-sanitaria accertati dall'Azienda unità sanitaria locale competente per territorio: art. 9 TUI); il superamento di un esame di lingua italiana (ai sensi dell'art. 9, c. 2-bis, TUI, «il rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo è subordinato al superamento, da parte del richiedente, di un test di conoscenza della lingua italiana ... nel caso di permesso di soggiorno CE rilasciato per lo svolgimento di attività di ricerca presso le università e gli enti vigilati dal Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca di cui al decreto legislativo 31 dicembre 2009, n. 213, non è richiesto il superamento del test di cui al primo periodo»). Come requisito negativo è previsto il non essere lo straniero un pericolo per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato (art. 9, c. 4, TUI). La legge 91/1992 prevede, per l'acquisto della cittadinanza con procedimento concessorio, il requisito della residenza legale e ininterrotta sul territorio nazionale per dieci anni (gli anni sono cinque se si tratta di apolidi; quattro se si tratta di cittadini di un altro Paese UE: art. 9, c. 1, lett. f e d, l. 91/1992). Ci sono poi alcune ulteriori ipotesi residuali. Può acquistare la cittadinanza con provvedimento concessorio: a) lo straniero «il cui padre o la cui madre o uno degli ascendenti in linea retta di secondo grado sono stati cittadini per nascita, o che è nato in Italia e, in entrambi i casi, vi risiede da almeno tre anni» (l. 91/1992, art. 9, co. 1, lett. a); b) lo straniero «maggiorrenne adottato da cittadino italiano e residente in Italia da almeno cinque anni» (art. 9, co. 1, lett. b); c) lo straniero che «abbia prestato servizio alle dipendenze dello Stato italiano, anche all'estero, per almeno cinque anni (l. n. 91/1992, art. 9, co. 1, lett. c). Salvi i casi previsti dall'art. 4 della legge n. 91/1992, nel quale si richiede specificamente l'esistenza di un rapporto di pubblico impiego, si considera che abbia prestato servizio alle dipendenze dello Stato chi sia stato parte di un rapporto di lavoro dipendente con retribuzione a carico del bilancio dello Stato» (D.P.R. 572/1993, art. 1, co. 2, lett. c). La giurisprudenza amministrativa ha poi indicato ulteriori requisiti che attestano l'avvenuta integrazione sociale: il possesso di adeguate fonti di sussistenza

chi è in attesa del perfezionamento di tale (lunghissimo) procedimento amministrativo¹⁶. In altri termini, il destinatario della misura deve essere un cittadino o un “quasi cittadino”. Il fatto che l’ordinanza di rimessione alla base della sentenza 19/2022 sul reddito di cittadinanza avesse ad oggetto solo uno dei requisiti (la titolarità del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo) non ha tuttavia consentito alla Corte costituzionale di valutare tale effetto discriminatorio. Non ci si può però esimere dal rilevare che, in una dimensione costituzionalmente orientata, il criterio del radicamento territoriale dovrebbe essere declinato assieme a quello della “transizione”, che postula l’uguaglianza tra cittadino e straniero, ancor prima dell’acquisto nella cittadinanza, con riferimento a quei diritti – dal diritto all’unità familiare, al diritto all’istruzione fino alla rete di diritti e doveri che caratterizzano le misure di *workfare* – il cui godimento dovrebbe accompagnare il percorso di integrazione sociale verso la cittadinanza. In questo solco si collocano due note decisioni della Corte costituzionale che hanno valorizzato lo status di straniero regolarmente e stabilmente soggiornante come fonte non solo di diritti ma anche di doveri dello straniero (in particolare, la sentenza 172/1999 relativa al servizio militare dell’apolide e la 119/2005 sull’accesso al servizio civile). Così, ad esempio, nella prima sentenza la Corte ha affermato che una «comunità di diritti e di doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto, accoglie e accomuna tutti coloro che, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri, secondo quanto risulta dall’art. 2 della Costituzione»; parimenti, nella sentenza 119/2015 sul servizio civile degli stranieri, la Corte riconosce che «l’ammissione al servizio civile consente oggi di realizzare i

(Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza del 16 settembre 1999, n. 1474); la conoscenza della lingua italiana; l’idoneità professionale; l’ottemperanza agli obblighi tributari e contributivi; quali requisiti negativi, l’assenza di eventuali sentenze penali intervenute a carico degli interessati, in relazione ai fatti a cui tali condanne si riferiscono sia al loro eventuale ripetersi (Consiglio di Stato, sez. I, parere del 20 ottobre 2004, n. 9374); l’assenza di ragioni collegate alla sicurezza della Repubblica ed all’ordine pubblico (Consiglio di Stato, sez. I, parere del 26 ottobre 1988, n. 1423). Sull’acquisto della cittadinanza per naturalizzazione v. B. BAREL, *Cittadinanza*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, cit., p. 396 ss.

¹⁶ Il termine per la conclusione del procedimento amministrativo era di quarantotto mesi (art. 9-ter, l. n. 91/1992, introdotto dal d.l. 113/2018) dalla data di presentazione della domanda (art. 3, D.P.R. n. 362/1994). Il successivo d.l. n. 130/2020 (art. 4, co. 5) ha ridotto questo termine a ventiquattro mesi, prorogabili al massimo fino a trentasei mesi, ma solo per le domande di cittadinanza che sono state presentate a partire dal 19 dicembre 2020, data di entrata in vigore della legge di conversione di tale decreto.

doveri inderogabili di solidarietà e di rendersi utili alla propria comunità, il che corrisponde, allo stesso tempo, ad un diritto di chi ad essa appartiene»¹⁷.

3. *Diritto dell'immigrazione e garanzia dei diritti fondamentali tra scrutinio stretto e scrutinio deferente*

Se nella giurisprudenza relativa alla condizione giuridica dello straniero, quale che sia il parametro evocato, si osserva di regola uno scrutinio stretto (salve le importanti eccezioni cui si è fatto riferimento), di contro la giurisprudenza relativa al diritto dell'immigrazione, in cui si giudica della legittimità delle norme direttamente connesse al controllo delle frontiere e alla regolazione dei flussi migratori, rivela tradizionalmente un approccio deferente, riconoscendosi al legislatore ampia discrezionalità, salvi i casi dell'errore o dell'arbitrio manifesto (Corte cost. sent. 62/1994¹⁸). Tuttavia anche in questo filone giurisprudenziale, quando la Corte è chiamata a vagliare il rispetto delle garanzie e del contenuto minimo di alcuni diritti costituzionali di particolare pregio (libertà personale¹⁹, diritto alla salute²⁰, diritto di difesa²¹), essa

¹⁷ Su questa giurisprudenza, *ex plurimis*, v. A. RAUTI, *Diritto degli stranieri e modelli di cittadinanza*, in F. ASTONE, R. CAVALLO PERIN, A. ROMEO, M. SAVINO, *Immigrazione e diritti fondamentali. Atti dei convegni Siracusa, 4 maggio 2017 - Torino, 27 ottobre 2017*, Università di Torino, 2019, p. 201 ss.

¹⁸ Secondo Corte cost., sentenza 24 febbraio 1994, n. 62, «la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione. E tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità, limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli». La discrezionalità del legislatore nella determinazione delle condizioni di ingresso e soggiorno sul territorio nazionale è ulteriormente precisata in Corte cost., sentenza 24 luglio 2019, n. 194, ove si chiarisce che «il legislatore statale gode di “ampia” discrezionalità nella disciplina di detta materia (sentenze n. 277 del 2014, n. 202 del 2013 e n. 172 del 2012), dato che essa è “collegata al bilanciamento di molteplici interessi pubblici” (tra le molte, sentenze n. 172 del 2012 e n. 250 del 2010); e che, pur disponendo di tale ampia discrezionalità, il legislatore naturalmente resta sempre tenuto al rispetto degli obblighi internazionali, sulla base dell'art. 117, primo comma, Cost., e costituzionali (sentenze n. 202 del 2013, n. 172 del 2012 e n. 245 del 2011), compreso il criterio di ragionevolezza intrinseca (tra le altre, sentenza n. 172 del 2012)».

¹⁹L'eccezione più significativa è quella dei giudizi in cui si lamenta la lesione della libertà

non pone in essere né uno scrutinio stretto (che sembra implicare una presunzione di illegittimità) né uno scrutinio deferente (entro il limite della non manifesta arbitrarietà), ma applica i test di ragionevolezza e proporzionalità nel quadro di un giudizio che potremmo definire “intermedio”²², o anche, mutuando una formula statunitense, scrutinio deferente “che morde”²³.

Rispetto a questo quadro, la giurisprudenza relativa alla garanzia dei diritti fondamentali dello straniero negli ultimi cinque anni è di sicuro interesse.

Una discontinuità è da ravvisarsi in primo luogo nella già citata sentenza Corte cost. 186/2020, in cui in seguito a uno scrutinio stretto si è dichiarata illegittima la preclusione dell’iscrizione anagrafica da parte dell’asilante poli-

personale, in particolare Corte cost., sentenza 10 aprile 2001, n. 105; in continuità con questa decisione si colloca Corte cost., sentenza 20 dicembre 2017, n. 275.

²⁰ Si veda in particolare, Corte cost., sentenza del 17 luglio 2001, n. 252, in un giudizio relativo all’art. 19, comma 2, d. lgs. n. 286/1998, nella quale la norma è stata dichiarata illegittima nella parte in cui non prevede il divieto di espulsione dello straniero extra-comunitario che, essendo entrato irregolarmente nel territorio dello Stato, vi permanga al solo scopo di terminare un trattamento terapeutico che risulti essenziale in relazione alle sue pregresse condizioni di salute. La Corte ha affermato che il diritto alle prestazioni sanitarie è costituzionalmente condizionato e bilanciato con altri interessi di rilievo costituzionale, ma che è fatto comunque salvo il godimento di «un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l’attuazione di quel diritto». V. altresì Corte cost., sentenza 22 luglio 2010, n. 269, in cui si evoca l’esistenza di un «contesto normativo caratterizzato dal riconoscimento in favore dello straniero, anche privo di un valido titolo di soggiorno, di un nucleo irriducibile di tutela del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana».

²¹ Con riferimento alla giurisprudenza costituzionale più risalente si vedano Corte cost., sentenze 15 marzo 1972, n. 50 e 23 aprile 1974, n. 109; con riferimento alla giurisprudenza successiva all’entrata in vigore del d. lgs. n. 286/1998 si vedano Corte cost., sentenze 31 maggio 2000, n. 161; 16 giugno 2000, n. 198; 20 luglio 2021, n. 157.

²² Lo scrutinio intermedio è applicato dalla Corte Suprema americana con riferimento a classificazioni quasi sospette (genere, o status): uno scrutinio ugualmente rigoroso, in cui però si dà spazio al bilanciamento con un legittimo interesse di governo. Cfr. A. TURTURRO, *Scrutinio stretto e presunzione di illegittimità nel controllo sulle leggi*, cit., p. 9.

²³ Su questo tipo scrutinio v. A. TURTURRO, *Scrutinio stretto e presunzione di illegittimità nel controllo sulle leggi*, cit., p. 18. Sull’intensità dello scrutinio nelle decisioni in cui si lamentava la lesione della libertà personale, del diritto di difesa e del diritto alla salute, ci si consenta di rinviare a R. CHERCHI, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso soggiorno e allontanamento*, Napoli, 2012, p. 29 ss.

tico. Si è già evidenziato che in questa sentenza la Corte costituzionale ha applicato, sotto diversi profili, l'art. 3 Cost.²⁴, e che tra i parametri del giudizio era invocato anche il diritto d'asilo (art. 10 comma 3 Cost.): la norma censurata può essere considerata collegata sia all'interesse alle prestazioni sociali che all'interesse al controllo delle frontiere e alla regolazione dei flussi migratori. La Corte costituzionale avrebbe tuttavia anche potuto adottare una sentenza interpretativa di rigetto, in presenza di un indirizzo interpretativo nella giurisprudenza dei giudici comuni che già ammetteva l'iscrizione anagrafica del richiedente asilo, rilevando l'assenza di un divieto esplicito in questo senso²⁵. Anche per questo motivo la sentenza è rilevante. A ben vedere, una sentenza interpretativa sarebbe stata in linea con una copiosa giurisprudenza nell'ambito dell'immigrazione che «si caratterizza in prevalenza per decisioni interpretative che salvano la normativa vigente affidando ai giudici il compito di adattare le varie previsioni al quadro costituzionale e, per questa via, di tutelare adeguatamente i diritti degli stranieri»²⁶.

Analoga intensità di scrutinio è ravvisabile nella sentenza di accoglimento

²⁴ Nella sentenza sull'iscrizione anagrafica del richiedente asilo, la Corte costituzionale ha giudicato in ordine al mancato rispetto dell'art. 3 Cost. sotto il duplice profilo della razionalità e della ragionevolezza. Per la Corte il difetto di razionalità deriva dal fatto che l'iscrizione anagrafica attesta una situazione di fatto, la presenza stabile sul territorio comunale, ed è precondizione dell'esercizio delle funzioni pubbliche. È contraddittorio, quindi, che una norma inserita in un quadro normativo diretto ad aumentare la sicurezza finisca con l'intaccarne le precondizioni, che sono da individuarsi nella mappatura della presenza stabile delle persone sul territorio. Con riferimento alla ragionevolezza la Corte ha evocato, in conformità con la propria precedente giurisprudenza, l'imperativo di uguaglianza tra cittadino e straniero nel godimento dei diritti inviolabili o fondamentali (Corte cost., sentenze 23 novembre 1967, n. 120 e 26 giugno 1969, n. 104), e ha ribadito che anche al di fuori di questo ambito sono illegittime le norme che sanciscono una disparità di trattamento priva di una causa giustificativa razionale o non arbitraria (*ex plurimis*, Corte cost., sentenza 2 dicembre 2005, n. 432); ha ribadito come le norme a carattere generale contenute nel testo unico sull'immigrazione possono essere derogate solo in presenza di un'adeguata causa giustificativa (il testo unico prevede che le iscrizioni e variazioni anagrafiche hanno luogo in condizioni di parità con i cittadini: art. 6, c. 7, TUI). Infine - è questo il terzo e ultimo profilo di applicazione dell'art. 3, comma 1 cost. - la disparità di trattamento viola la pari dignità sociale in quanto integra uno stigma sociale nei confronti di questa categoria di stranieri.

²⁵ Su questi indirizzi giurisprudenziali v. N. CANZIAN, *L'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo dopo la sentenza n. 186/2020 della Corte costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2021, p. 57.

²⁶ Così G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 232.

relativa ad una circostanza aggravante del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina ex art. 12 TUI (Corte cost., sent. 63/2022). Si verteva in un ambito in cui le sanzioni penali, che pure incidono sul diritto "di pregio" della libertà personale, sono direttamente connesse all'interesse alla regolazione e al controllo dei flussi migratori. Anche qui la Corte costituzionale non ha perseguito uno scrutinio deferente e ha dichiarato illegittima la norma *de qua*, dando seguito al principio, già affermato nella sentenza 236/2016, della sindacabilità delle pene manifestamente sproporzionate.

Parimenti di rilievo sono due decisioni in cui si lamentava la lesione del diritto di difesa, anch'esso diritto "di pregio": decisioni sostanzialmente contraddittorie per schemi argomentativi e conseguente dispositivo.

Nella sentenza 157/2021 la Corte ha giudicato in ordine alla dubbia legittimità costituzionale dell'art. 79, comma 2, t.u. spese di giustizia, che stabilisce che «[p]er i redditi prodotti all'estero, il cittadino di Stati non appartenenti all'Unione europea correda l'istanza con una certificazione dell'autorità consolare competente, che attesta la veridicità di quanto in essa indicato». In questa decisione si afferma che: 1) il diritto di difesa è un diritto inviolabile, proprio anche dello straniero ex artt. 2, 3 e 24 Cost.; 2) l'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti è essa stessa il contenuto del diritto inviolabile; 3) il diritto fondamentale è bilanciabile con altri interessi di rilievo costituzionale, ma il bilanciamento è ben temperato solo se l'eventuale compressione del diritto è ragionevole e proporzionata; 4) la norma oggetto del giudizio faceva gravare sull'istante il rischio del fatto del terzo (ossia l'autorità consolare), la cui eventuale inerzia o inadeguata collaborazione renderebbero impossibile produrre tempestivamente la corretta certificazione richiesta; 5) se l'esclusione dal patrocinio a spese dello Stato di uno straniero non abiente, cittadino di un Paese non appartenente all'Unione europea, «viene a dipendere dall'inerzia di un soggetto pubblico terzo, non sopperibile [...] con gli istituti di semplificazione amministrativa e decertificazione documentale previsti, invece, per i cittadini italiani e dell'Unione europea», si fa gravare su tale straniero il rischio dell'impossibilità di produrre la sola documentazione ritenuta necessaria, inficiando la possibilità di un accesso effettivo alla tutela giurisdizionale. Si veniva così a creare un irragionevole *vulnus* al principio di eguaglianza, *vulnus* che è stato sanato da una sentenza additiva che ha dichiarato illegittima la norma nella parte in cui non consentiva all'interessato di produrre una dichiarazione sostitutiva di tale documentazione.

Di segno totalmente diverso è invece la sentenza Corte cost. 13/2022 in cui, sempre con riferimento al diritto di difesa, questi argomenti sembrano essere contraddetti. La Corte di Cassazione come giudice *a quo* ha censurato

la disposizione secondo la quale «la procura alle liti per la proposizione del ricorso per cassazione deve essere conferita, a pena di inammissibilità del ricorso, in data successiva alla comunicazione del decreto impugnato; a tal fine il difensore certifica la data di rilascio in suo favore della procura medesima».

Il giudice *a quo*, con riferimento a tale disposizione, aveva lamentato la violazione dell'art. 3 Cost. sotto i profili dell'irragionevolezza e dell'illogicità, nonché la violazione del principio, costituzionale, convenzionale e eurounitario, del giusto processo, del diritto di asilo e del diritto di difesa. La violazione dell'art. 3 Cost. è stata invocata sotto il profilo dell'intrinseca irragionevolezza (per il giudice *a quo* lo scopo perseguito, ossia assicurare un effettivo interesse alla decisione del ricorso, avrebbe potuto essere perseguito con una norma più adeguata²⁷); in secondo luogo si è affermata l'irragionevole disparità di trattamento nell'esercizio del diritto di difesa (artt. 3 e 24 Cost.), in quanto la disposizione censurata introdurrebbe un regime processuale aggravato da un onere formale ulteriore solo per una determinata categoria di soggetti, gli stranieri richiedenti la protezione internazionale, senza che sia dato riscontrare alcuna ragionevole giustificazione. Tale onere si tradurrebbe per il giudice *a quo* «in un sostanziale impedimento alla proposizione dell'unico mezzo di gravame esperibile, appunto il ricorso per Cassazione».

La Corte costituzionale ha deciso nel senso dell'infondatezza, seguendo un percorso argomentativo completamente diverso rispetto a quello della precedente sentenza 157/2021.

Nonostante nel *thema decidendum* il giudice *a quo* avesse indicato come parametri del giudizio “pesi massimi” come il principio di eguaglianza, il principio del giusto processo, il diritto di asilo e il diritto di difesa, la Corte, anziché prendere le mosse da tali disposizioni costituzionali (in particolare dal diritto di difesa, come accaduto nella sentenza 157/2021), ha in primo luogo affermato l'esigenza di uno scrutinio deferente, in quanto al legislatore si riconosce ampia discrezionalità con riferimento alle norme di diritto processuale²⁸. Data questa premessa, è stato sufficiente individuare una ragione

²⁷ Ossia mediante una norma «volta, ad esempio, ad attestare la presenza del ricorrente in Italia a ridosso dell'udienza nel procedimento di legittimità che talora è celebrata anche dopo qualche anno dalla proposizione del ricorso»: cfr. Corte cost., sentenza 20 gennaio 2022, n. 13, punto 1 del ritenuto in fatto.

²⁸ Secondo la Corte costituzionale «occorre ricordare che costante è, in proposito, l'affermazione che nella conformazione della disciplina processuale il legislatore gode di ampia discrezionalità, con il solo limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte

giustificativa per far salva la norma oggetto del giudizio, senza che ci si dovesse addentrare nell'applicazione dei test di necessità e proporzionalità. La finalità non irragionevole è stata individuata nel contenimento dell'accesso al ricorso per Cassazione (ritenuto diffuso verosimilmente anche in ragione del gratuito patrocinio), che si è inteso perseguire attraverso la regola della necessaria posterità della procura speciale. Questa norma, invero, pone in capo allo straniero un gravosissimo onere, considerato che dopo la riforma del 2017 lo straniero richiedente asilo non ha più titolo per rimanere nel territorio dello Stato in ragione della sua richiesta di protezione internazionale. La Corte ha mostrato di essere consapevole di questa difficoltà, ma ha ritenuto che il diritto di difesa possa essere comunque esercitato grazie all'istituto della procura consolare.

Questo ragionamento però non appare pienamente coerente con alcune premesse che sono state valorizzate nella sentenza 157/2021, e cioè che: a) il diritto di difesa è un diritto inviolabile; b) il suo nucleo minimo è costituito dalla possibilità di proporre l'azione; c) l'interesse alla difesa è bilanciabile con altri interessi di rilievo costituzionale, ma sempre nel rispetto dei criteri di ragionevolezza e proporzionalità; d) considerato che l'asilante politico ricorrente per Cassazione necessariamente non si trova più in Italia, prevedere l'obbligo di procura consolare significa imporre allo straniero e al suo difensore un gravosissimo onere, perché il rilascio della stessa dipende dall'efficienza amministrativa delle rappresentanze consolari, che può variare da Paese a Paese (efficienza che la stessa sentenza 157/2021 ha posto in discussione); e) a differenza di quanto affermato nella sentenza 157/2021, in questo caso lo straniero si deve far carico dell'eventuale inefficienza amministrativa nel rilascio di una procura consolare²⁹. In ultima analisi, possiamo dire che il percorso argomentativo è fortemente condizionato dalla tecnica di giudizio (scrutinio "intermedio" o scrutinio deferente), e la scelta della stessa è quanto meno discutibile, perché in entrambe le decisioni veniva in evidenza la lesione (anche) del diritto di difesa. In questo caso un giudizio non deferente e un conseguente più accurato scrutinio dell'intensità della compres-

adottate (*ex plurimis*, sentenze n. 80 e n. 58 del 2020, n. 271 del 2019, n. 199 del 2017, n. 121 e n. 44 del 2016)».

²⁹ Su questa sentenza, in senso critico rispetto alla logica di "efficienza e rapidità" che la ispira, v. G. FAMIGLIETTI, *Autentica della firma e certificazione della data per me pari sono. Il doppio onere relativo alla procura speciale per il ricorso in Cassazione in materia di protezione internazionale al vaglio della Corte costituzionale (commento alla sentenza n. 13/2022)*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2022, p. 335.

sione dei diritti invocati come parametro, avrebbe potuto (o forse dovuto) condurre all'adozione di una sentenza monito o di un'ordinanza di rinvio ad un'altra udienza, secondo lo schema "Cappato" (Corte cost. ord. 207/2018).

4. *Conclusioni: una giurisprudenza costituzionale sempre discutibile, ma nel complesso coerente ed efficace*

La giurisprudenza costituzionale degli ultimi cinque anni appare nel suo complesso coerente ed efficace: coerente, perché le sentenze che fanno eccezione alla regola non inficiano una lunga catena di sentenze in linea con le coordinate fondamentali della giurisprudenza costituzionale pregressa; efficace, perché sono decisioni nel segno della decostruzione dell'idea di un diritto dell'immigrazione come diritto speciale, e della promozione dell'universalità dei diritti fondamentali.

Si è ritenuto di evidenziare l'esistenza di alcune possibili incongruenze metodologiche. Non si possono tuttavia omettere le difficoltà in cui si muove la Corte costituzionale. Essa è un organo di garanzia giuridica, la cui attività realizza un prolungamento del processo di integrazione politica in una dimensione dialogica con gli altri organi costituzionali, che incontra sempre l'esigenza e il limite della conservazione e del rafforzamento della propria legittimazione³⁰. Accade invece che, quando si viene ai giudizi sulle norme ine-

³⁰ Secondo P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica*, Napoli, 1988, p. 113, nel moderno Stato democratico l'interpretazione costituzionale non può che essere il frutto della collaborazione di organi diversi, «abbandonando la convinzione dell'unico centro governante che deve imprimere una certa direzione al movimento di una società e riconoscendo, invece, che il governare ... è la risultante di una serie di interrelazioni e retroazioni tra soggetti e sistemi diversi». Parimenti A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2019, pp. 251 e 257, in part. 282, evidenzia che «la Corte costituzionale non è un giudice comune, bensì un'istituzione di garanzia della costituzione e dell'equilibrio dei poteri della Repubblica, [...] governo e parlamento sono i suoi interlocutori principali, con i quali vanno stabilite e concretizzate relazioni di collaborazione, nel rispetto dei ruoli e del processo democratico. La ricerca di un giusto mezzo tra garanzia della costituzione e rispetto dei processi democratici di decisione rappresenta il contenuto proprio della legittimazione della Corte costituzionale. Sembra banale: ma ciò che conta, accanto alla separazione dei poteri, è l'equilibrio tra i poteri». V. altresì ID., *La Corte costituzionale come giudice dell'esperienza giuridica*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2021, p. 147, per il quale «l'interlocutore privilegiato della Corte costituzionale è e resta il legislatore: lo scambio di soluzioni e la reciproca collaborazione è fondamentale per la

renti allo straniero e all'immigrazione, la Corte sia sola, nella garanzia della Costituzione, rispetto alla politica, che almeno in parte assume un atteggiamento antagonista, ambivalente, non costituzionalmente orientato, rispetto al fenomeno migratorio.

Nella prospettiva futura, il percorso di decostruzione della specialità del diritto dell'immigrazione, come emerge dallo scritto della professoressa Biondi Dal Monte, può essere rafforzato attraverso gli strumenti e le tecniche di tutela multilivello dei diritti fondamentali. Già in passato vi sono state importanti sentenze, alcune delle quali risalenti, in cui si è fatta applicazione di norme della CEDU così come interpretate dalla Corte Edu³¹. Pensiamo, infine ad alcuni recenti rinvii pregiudiziali della Corte costituzionale alla Corte di giustizia³². E' quindi auspicabile il rafforzamento di quella giurisprudenza che, valorizzando il dialogo tra le Corti, sulla base di ordinanze di rimessione ben strutturate nella definizione del *thema decidendum*, conduca al rafforzamento delle tutele nel quadro di «una valutazione “sistemica e non frazionata” dei diritti fondamentali, in modo da assicurare la “massima espansione delle garanzie” esistenti di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca», e che tramite questa espansione delle tutele conduca il diritto amministrativo dello straniero e dell'immigrazione nell'alveo di un diritto normale e non speciale.

costruzione di un rapporto equilibrato, nell'esperienza giuridica, tra *gubernaculum* e *iurisdictio*».

³¹ Si pensi al diritto al matrimonio, ex art 12 Cedu, in rapporto alla norma che imponeva la presentazione del titolo di soggiorno come condizione per le pubblicazioni matrimoniali: Corte cost., sentenza 25 luglio 2011, n. 245; si pensi altresì al diritto alla vita privata e familiare, ex art. 8 Cedu, interpretato come limite al potere di allontanamento dello straniero: Corte cost., sentenza 18 luglio 2013, n. 202.

³²Il rinvio pregiudiziale è venuto in evidenza, in particolare, in Corte cost., ordinanza 30 luglio 2020, n. 182, in tema di assegno di natalità e assegno di maternità, e in Corte cost., ordinanza 18 novembre 2021, n. 217, con riferimento al mandato di arresto europeo. Parimenti, in Corte cost., sentenza 4 marzo 2022, n. 54, sugli assegni di natalità e di maternità, si afferma che «il principio di parità di trattamento nel settore della sicurezza sociale, nei termini delineati dalla CDFUE e dal diritto derivato e poi ribaditi dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, si raccorda ai principi consacrati dagli artt. 3 e 31 Cost. e ne avvalorava e illumina il contenuto assiologico, allo scopo di promuovere una più ampia ed efficace integrazione dei cittadini dei Paesi terzi».

LA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE SUI DIRITTI DEGLI STRANIERI E DEI RICHIEDENTI ASILO

Francesca Biondi Dal Monte*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Sindacato costituzionale e scelte discrezionali del legislatore. – 3. Il dialogo tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia dell'Unione europea. – 4. I temi al centro della giurisprudenza costituzionale. – 5. Conclusioni. La giurisprudenza costituzionale: quanto creativa?

1. *Introduzione*

Nel corso degli ultimi trent'anni la dimensione giurisdizionale del diritto dell'immigrazione ha contribuito significativamente alla tutela dei diritti degli stranieri, sia nell'ambito di giudizi in via incidentale sia di quelli in via principale. Molteplici sono le decisioni nella quali la Corte costituzionale italiana ha ribadito che lo straniero è titolare di tutti i diritti fondamentali che la Costituzione riconosce alla persona, affermando la spettanza agli stranieri di numerosi diritti e libertà fondamentali (diritto alla vita, alla libertà personale, alla salute, alla difesa, a professare liberamente la propria fede religiosa, all'abitazione, ecc.)¹. Significativa a tal proposito è la sentenza n. 105/2001, laddove la Corte ha affermato che «per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risaltarne minimamente scalfito il ca-

* Professoressa Associata in Diritto Costituzionale, Scuola Superiore Sant'Anna.

¹ Si vedano tra le varie Corte cost., sentenza del 16 maggio 2008, n. 148, *Cons. in dir.* § 3. Tra i primi studi sul tema si vedano, G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova, 1992, pp. 240 ss.; M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari di diritti fondamentali*, in *Riv. Crit. di Dir. Priv.*, 1992, pp. 203 ss.; C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, Padova, 2001, pp. 118 ss.; P. BONETTI, *I principi, i diritti e i doveri. Le politiche migratorie*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, pp. 82 ss. Sulla dimensione giurisdizionale del diritto dell'immigrazione e il ruolo delle Corti costituzionali nella tutela dei diritti degli stranieri, si veda, in particolare, M.C. LOCCHI, *I diritti degli stranieri*, Roma, 2010, pp. 181 ss. Sul ruolo della Corte costituzionale italiana come riferimento per lo studio dei diritti degli stranieri, si veda L. MONTANARI, *La giurisprudenza costituzionale sui diritti degli stranieri*, in *Federalismi.it*, n. 2/2019, pp. 63 ss.

rattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani».

In una prima fase, la scarsa incidenza sul piano sociale del fenomeno migratorio aveva fatto sì che fino agli anni '90 il numero di questioni giunte alla Corte fosse esiguo². Tale elaborazione giurisprudenziale è divenuta, invece, particolarmente significativa a seguito dell'approvazione del d.lgs. n. 286 del 1998, testo unico in materia di immigrazione (di seguito indicato T.U. Imm.), e delle riforme più o meno restrittive che ne sono seguite, con particolare riferimento alla legge n. 189 del 2002, cosiddetta legge Bossi-Fini, e alle successive normative che hanno legato la gestione del fenomeno migratorio a questioni di sicurezza e ordine pubblico (in particolare nel 2009 e poi nel 2018 e 2020)³. In questo quadro hanno assunto un ruolo sempre più rilevante le discipline nel frattempo adottate dalle Regioni italiane che, in taluni casi, hanno anche previsto il riconoscimento di certi diritti e prestazioni a favore degli stranieri non in regola con le norme sull'ingresso e soggiorno⁴. Particolarmente significativa è stata anche l'influenza che in tale giurisprudenza costituzionale è stata esercitata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁵, nonché dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, anche grazie all'attivazione del rinvio pregiudiziale.

² Sul punto si veda S. MAGNANENSI, P. PASSAGLIA, E. RISPOLI (a cura di), *La condizione giuridica dello straniero*, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, Madrid, 25-26 settembre 2008, in www.cortecostituzionale.it, in part. § 3.4.

³ Per un approfondimento sull'evoluzione delle politiche in materia, si veda E. ROSSI, *Immigrazione e diritti a quattordici anni dalla legge Turco-Napolitano*, in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNA (a cura di), *La governance dell'immigrazione*, Bologna, 2013, pp. 61 ss., nonché F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI, *Diritto e Immigrazioni. Percorsi di diritto costituzionale*, Bologna, 2022, pp. 49 ss. Tra le più recenti riforme deve inoltre annoverarsi anche il d.l. n. 20/2023, convertito con modificazioni dalla legge n. 50/2023, entrato in vigore nelle more della pubblicazione di questi Atti.

⁴ Si vedano in particolare Corte cost., sentenze del: 7 luglio 2010, n. 269; 18 ottobre 2010, n. 299 e 21 febbraio 2011, n. 61. Per un approfondimento sul punto, cfr. C. CORSI, *Diritti sociali e immigrazione nel contraddittorio tra Stato, Regioni e Corte costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2012, pp. 43 ss., e P. CARROZZA, *Diritti degli stranieri e politiche regionali e locali*, in C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Napoli, 2016, 57 ss.

⁵ Sul punto si vedano in particolare Corte cost., sentenza del 28 maggio 2010, n. 187, e sentenza del 15 aprile 2011, n. 139, in relazione al parametro di cui all'art. 117, comma 1, Cost.

Volendo tracciare un bilancio quinquennale dell'attività giurisprudenziale in materia, in linea con le intenzioni del Quinto Convegno Annuale dell'Accademia di Diritto e Migrazioni (ADiM), il presente lavoro si concentrerà sulle decisioni del periodo 2018-2022, adottando due principali chiavi di lettura. Sotto un primo profilo, alcune delle più recenti decisioni saranno analizzate mettendo in luce la tensione esistente tra sindacato costituzionale e (limiti alle) scelte discrezionali del legislatore in materia; sotto un secondo profilo, è possibile individuare in alcune decisioni un attivo dialogo tra Corte costituzionale e Corti sovranazionali, con specifico riferimento alla Corte di Giustizia dell'Unione europea anche a seguito dell'attivazione del rinvio pregiudiziale. Saranno poi analizzati alcuni specifici ambiti materiali, interrogandosi in conclusione anche sull'eventuale apporto "creativo" di questa giurisprudenza.

2. *Sindacato costituzionale e scelte discrezionali del legislatore*

In molte decisioni riguardanti l'immigrazione è chiaramente identificabile la tensione tra il riconoscimento di diritti fondamentali e la discrezionalità del legislatore nella determinazione delle condizioni di ingresso e soggiorno sul territorio nazionale. Già in una risalente sentenza del 1997 la Corte costituzionale chiariva che «le ragioni della solidarietà umana non possono essere affermate al di fuori di un corretto bilanciamento dei valori in gioco, di cui si è fatto carico il legislatore»⁶.

Un tema quello dei limiti alla discrezionalità del legislatore in materia di immigrazione che torna nell'ultimo quinquennio in alcune significative decisioni, tra cui nella sentenza n. 194/2019, resa nel giudizio promosso in via principale e riguardante il d.l. n. 113/2018 (conv. dalla l. n. 132/2018) e in particolare le modifiche da questo apportate alla disciplina dell'accoglienza, della protezione umanitaria e dell'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo. In quell'occasione la Corte ha, infatti, avuto modo di precisare che il legisla-

⁶ Corte cost., sentenza del 21 novembre 1997, n. 353, *Cons. in dir.* § 2. Sul tema più generale del rapporto tra controllo delle frontiere e tutela di diritti umani fondamentali, nella dialettica tra "paradigma della cittadinanza" e "paradigma della territorialità", cfr. M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2017, pp. 41 ss. Con particolare riferimento alla condizione degli stranieri non regolarmente presenti sul territorio, cfr. R. Cherchi, *La condizione giuridica dello straniero irregolarmente soggiornante tra legge e diritti della persona*, in *Costituzionalismo.it*, 2013.

tore statale gode di ampia discrezionalità in materia, dato che essa è «collegata al bilanciamento di molteplici interessi pubblici». Tuttavia, pur disponendo di tale ampia discrezionalità, la Corte ha cura di ribadire che «il legislatore naturalmente resta sempre tenuto al rispetto degli obblighi internazionali, sulla base dell'art. 117, primo comma, Cost., e costituzionali (sentenze n. 202 del 2013, n. 172 del 2012 e n. 245 del 2011), compreso il criterio di ragionevolezza intrinseca (tra le altre, sentenza n. 172 del 2012)»⁷.

E difatti successivamente, con la sentenza n. 186/2020⁸, la Corte costituzionale è tornata su un profilo specifico della riforma del 2018, censurando la scelta del legislatore di escludere i richiedenti asilo dall'iscrizione anagrafica. Sotto un primo profilo, tale previsione viene ritenuta intrinsecamente irragionevole, poiché accresce, anziché ridurre – nell'ottica dichiarata dal decreto sicurezza – i problemi connessi al monitoraggio degli stranieri che soggiornano regolarmente nel territorio statale anche per lungo tempo, in attesa della decisione sulla loro richiesta di asilo «finendo per questo verso col rendere problematica, anziché semplificare, la loro stessa individuazione a tutti i fini, compresi quelli che attengono alle vicende connesse alla procedura di asilo». Inoltre, sotto un secondo profilo, la Corte – richiamando i propri precedenti in tema di uguaglianza e condizione dello straniero⁹ – precisa come tale previsione configuri un trattamento differenziato e indubbiamente peggiorativo di una particolare categoria di stranieri in assenza di una ragionevole giustificazione. Infatti, poiché la registrazione anagrafica è semplicemente

⁷ Per un commento si veda C. PADULA, *Le decisioni della Corte costituzionale del 2019 sul decreto sicurezza*, in *Le Regioni*, n. 4/2019, pp. 1152 e ss. Sul punto sia consentito rinviare anche a F. BIONDI DAL MONTE, *Ridondanza "in concreto" e interpretazione conforme a Costituzione del decreto sicurezza nel giudizio in via principale*, in *Le Regioni*, n. 4/2019, pp. 1137 ss.

⁸ Per un commento alla sentenza, cfr. A. CIERVO, *La Corte costituzionale ritorna sul c.d. "decreto sicurezza" e dichiara illegittimo il divieto di iscrizione anagrafica nei confronti dei richiedenti protezione internazionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4/2020, pp. 2025 ss. Su analogo tema si veda anche la successiva ordinanza del 6 maggio 2022, n. 129. Sul diritto all'iscrizione anagrafica come corollario della libertà di soggiorno, si veda G. D'AMICO, *La libertà "capovolta". Circolazione e soggiorno nello Stato costituzionale*, Napoli, 2020, p. 160.

⁹ Tra le prime decisioni in materia cfr. Corte cost. sent. n. 120/1967, successivamente si veda anche Corte cost., sentenza del 2 dicembre 2005, n. 432. Per un approfondimento più generale si vedano A. RUGGERI, *Note introduttive a uno studio sui diritti e sui doveri costituzionali degli stranieri*, in *Rivista AIC*, n. 2/2011, pp. 1 ss.; M. CARTABIA, *Gli «immigrati» nella giurisprudenza costituzionale: titolari di diritti e protagonisti della solidarietà*, in C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR E A. SPADARO (a cura di), *Quattro lezioni sugli stranieri*, Napoli, 2016, pp. 1 ss.

la conseguenza del fatto oggettivo della legittima dimora abituale della persona in un determinato luogo, la circostanza che si tratti di un cittadino o di uno straniero, o di uno straniero richiedente asilo, comunque regolarmente insediato, non può costituire una ragionevole giustificazione alla base del trattamento differenziato. Come chiarito in più occasioni dalla Corte, «la riconosciuta eguaglianza di situazioni soggettive nel campo della titolarità dei 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», fermo restando comunque il limite della razionalità del suo apprezzamento.

Se poi analizziamo la disciplina dei reati connessi all'immigrazione irregolare, ampia è la discrezionalità riconosciuta al legislatore in materia, così come, più in generale, nella definizione delle condotte rilevanti ai fini della repressione penale. Del resto, come chiarito in altre occasioni dalla Corte¹⁰, il controllo giuridico dell'immigrazione – che allo Stato, compete a presidio di valori di rango costituzionale e per l'adempimento di obblighi internazionali – «comporta, d'altro canto, necessariamente la configurazione come fatto illecito della violazione delle regole in cui quel controllo si esprime». A tal fine, determinare quale sia la risposta sanzionatoria più adeguata, se di tipo penale o meramente amministrativo «rientra nell'ambito delle scelte discrezionali del legislatore, il quale ben può modulare diversamente nel tempo – in rapporto alle mutevoli caratteristiche e dimensioni del fenomeno migratorio e alla differente pregnanza delle esigenze ad esso connesse – la qualità e il livello dell'intervento repressivo in materia»¹¹. Tuttavia, è la stessa Corte a chiarire che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. «l'ampia discrezionalità di cui dispone il legislatore nella quantificazione delle pene incontra il limite nella manifesta sproporzione della singola scelta sanzionatoria, sia in relazione alle pene previste per altre figure di reato, sia rispetto alla intrinseca gravità delle condotte abbracciate da una singola figura di reato»¹².

Con particolare riferimento all'ambito dell'immigrazione, varie sono le fattispecie penali contemplate nel T.U. Imm. e oggetto nel tempo del sindacato della Corte costituzionale, tra cui, nell'ultimo quinquennio, quella del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, di cui all'art. 12, comma 1,

¹⁰ Sul punto si veda, tra le varie, Corte cost., sentenza del 13 gennaio 2004, n. 5.

¹¹ Sul punto Corte cost., sentenza dell'8 luglio 2010, n. 250.

¹² Più in generale sul sindacato costituzionale in materia penale, cfr. Corte cost., sentenza del 10 maggio 2019, n. 112 (§ 8 *Cons. in dir.*).

T.U. Imm. Tale previsione punisce chiunque promuova, diriga, organizzi, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compia altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, prevedendo un significativo aggravamento di pena qualora il fatto sia commesso «utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti»¹³. Tale aggravante è stata dichiarata non conforme a Costituzione con la sentenza n. 63/2022, ove la Corte ha avuto modo di chiarire come il drastico aumento di pena (da uno a cinque anni di reclusione, nel minimo, e da cinque a quindici anni, nel massimo) previsto per il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare nelle ipotesi aggravate viola i principi di ragionevolezza e di proporzionalità della pena. Peraltro, la parificazione delle condotte in esame a quelle del traffico internazionale di migranti costituisce, a parere della Corte, una scelta legislativa manifestamente irragionevole, in quanto, se compiute senza scopo di lucro, le prime sono ordinariamente compatibili con situazioni nelle quali l'aiuto all'ingresso illegale è prestato per finalità (in senso lato "altruistiche") assai lontane da quelle del traffico, nelle quali lo straniero è "vittima" della condotta criminosa. Infatti, se è vero che l'intera gamma delle ipotesi delittuose descritte dall'art. 12 T.U. Imm. ha quale comune oggetto di tutela l'ordinata gestione dei flussi migratori, la severità della pena comminata dal legislatore non può comunque essere manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva del reato: il che accade, come chiarito dalla Corte, «ove il legislatore fissi una misura minima della pena troppo elevata, vincolando così il giudice all'inflizione di pene che potrebbero risultare, nel caso concreto, chiaramente eccessive»¹⁴.

3. *Il dialogo tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia dell'Unione europea*

Una seconda prospettiva di analisi delle più recenti (e non solo) sentenze della Corte costituzionale in tema di immigrazione richiama il dialogo con le Corti sovranazionali, e in particolare con la Corte di Giustizia, anche attra-

¹³ Si fa in particolare riferimento all'art. 12, comma 3, lett. d), del T.U. Imm.

¹⁴ Per un commento 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.

verso il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost., con una rilevante novità – avvenuta proprio in questo quinquennio – e rappresentata dall'attivazione da parte della stessa Corte costituzionale del rinvio pregiudiziale¹⁵.

Emblematica a tal proposito l'ordinanza n. 182/2020, relativa alla compatibilità della disciplina nazionale in tema di assegno di natalità e assegno di maternità con il diritto dell'Unione europea, inizialmente limitata ai soli soggiornanti di lungo periodo.

In tale occasione la Corte ha avuto modo di chiarire come il rinvio pregiudiziale si collochi, «in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia [...], affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico (art. 53 della CDFUE)». L'intervento chiarificatore richiesto alla Corte di giustizia è inoltre funzionale alla garanzia dell'uniforme interpretazione dei diritti e degli obblighi che discendono dal diritto dell'Unione, considerando la “connessione inscindibile” tra i principi e i diritti costituzionali evocati nelle ordinanze di rimessione all'esame della Corte e quelli riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, arricchiti dal diritto secondario.

Nel merito della questione, tra le disposizioni rilevanti del diritto dell'Unione europea viene anzitutto richiamato l'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in tema di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale, che riconosce il diritto di «[o]gni persona che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione [...] alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali», in conformità alle previsioni del diritto dell'Unione e alle legislazioni e alle prassi nazionali. Nel diritto secondario, il riferimento va alla direttiva 2011/98/UE, che prevede il diritto alla parità di trattamento nell'ambito della sicurezza sociale ai cittadini di Paesi terzi ammessi nel territorio degli Stati membri per fini lavorativi o ai quali è comunque consentito lavorare. In particolare, si prevede che essi beneficino dello stesso trattamento riservato ai cittadini dello Stato membro in cui soggiornano in materia di sicurezza sociale (art. 12, paragrafo 1, lett. e, che richiama il regolamento n. 883/2004)¹⁶. Ed è proprio alla luce di tale ultima normativa che la Corte di

¹⁵ Per un approfondimento più generale del tema, cfr. B. RANDAZZO, *Il “riaccentramento” del giudizio costituzionale nella prospettiva di un sistema integrato di giustizia costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 3/2020; pp. 144 ss.; A. RUGGERI, *Il giudice e la “doppia pregiudizialità”: istruzioni per l'uso*, in *Federalismi.it*, n. 6/2021, pp. 211 ss.

¹⁶ Per un commento all'ordinanza si veda S. GIUBBONI, *L'accesso all'assistenza sociale de-*

Giustizia, pronunciandosi sul rinvio pregiudiziale¹⁷, ha chiarito che l'articolo 12, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2011/98/UE deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che esclude tale categoria di cittadini di Paesi terzi dal beneficio dell'assegno di natalità e dell'assegno di maternità. Conseguentemente con sentenza n. 54/2022, la Corte costituzionale ha poi dichiarato l'illegittimità costituzionale di detta disciplina nazionale nella parte in cui escludeva, tra i beneficiari, i cittadini di Paesi terzi ammessi nello Stato a fini lavorativi e coloro ai quali è consentito lavorare, seppur ammessi per motivi diversi dall'attività lavorativa. Più in generale il diritto dell'Unione europea viene richiamato dalla Corte anche per rafforzare le tutele già previste agli artt. 3 e 31 Cost., di cui – espressamente – «avvalora e illumina il contenuto assiologico, allo scopo di promuovere una più ampia ed efficace integrazione dei cittadini dei Paesi terzi»¹⁸.

Si segnalano nello stesso quinquennio anche le ordinanze n. 216 e n. 217/2021 in tema di mandato di arresto europeo, con le quali la Corte costituzionale ha sottoposto alla Corte di Giustizia due questioni pregiudiziali concernenti l'interpretazione della decisione quadro 2002/584/GAI e la mancata previsione, nella normativa nazionale, di alcune ipotesi di rifiuto facoltativo della consegna di cittadini di Paesi terzi che dimorino o risiedano sul suo territorio. Si fa in particolare riferimento al caso in cui la consegna possa esporre l'interessato al pericolo di subire un grave pregiudizio alla salute e al caso in cui essa possa ledere il suo diritto alla vita privata e familiare¹⁹.

gli stranieri alla luce (fioca) dell'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (a margine di un recente rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale), in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4/2020, pp. 1982 ss. Con particolare riferimento alla Carta dei diritti dell'Unione europea, si veda A.O. COZZI, *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent'anni dalla sua proclamazione*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2020, pp. 659 ss.

¹⁷ Si veda CGUE, sentenza del 2 settembre 2021, *O.D. e altri c. INPS*, C-350/20, ECLI:EU:C:2021:659.

¹⁸ Sul punto W. CHIAROMONTE, *L'estensione agli stranieri degli assegni di natalità e maternità: la Consulta chiude il cerchio del dialogo fra Corti massimizzando le tutele*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 4/2022, pp. 733 ss.

¹⁹ Per un approfondimento sulle questioni si vedano C. AMALFITANO C., M. ARANCI, *Mandato d'arresto europeo ed extracomunitario residente o dimorante in Italia: ancora nessuna tutela da parte della corte costituzionale (né del legislatore)*, in *Sistema penale*, n. 1/2022, pp. 55 ss., e F. VENTURI, *Le ordinanze n. 216 e 217 del 2021 della Corte Costituzionale: il rinvio pregiudiziale come calumet della pace nell'ordinamento (penale) multilivello*, in *Diritti Comparati*,

Non mancano poi casi nei quali la normativa nazionale in tema di immigrazione è stata dichiarata in contrasto con il diritto dell'Unione alla luce del parametro di cui all'art 117, primo comma, Cost. Si può richiamare a tal proposito la sentenza n. 106/2018, con la quale è stata dichiarata costituzionalmente illegittima la previsione della legge ligure che introduceva il requisito della regolare residenza da almeno dieci anni consecutivi nel territorio nazionale per l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica (in seguito ERP) a cittadini di Paesi terzi²⁰. La norma si poneva, infatti, in palese contrasto con le disposizioni della direttiva 2003/109/CE, che richiede un periodo di residenza nello Stato di soli cinque anni per il riconoscimento al cittadino di paese terzo dello status di soggiornante di lungo periodo e, con esso, del diritto all'assegnazione degli alloggi di ERP in condizioni di parità con i cittadini italiani.

Significativa, inoltre, anche la sentenza n. 67/2022, in tema di assegno per il nucleo familiare e riguardante l'esclusione, anche per i soggiornanti di lungo periodo e per i titolari di permesso unico, dei familiari non residenti in Italia. Tale esclusione era stata già oggetto di due rinvii pregiudiziali promossi dalla Corte di Cassazione dinanzi alla Corte di Giustizia, conclusi nel senso dell'incompatibilità della disciplina nazionale con le previsioni in tema di parità di trattamento previste dalle direttive 2003/109/CE e 2011/98/UE. La Corte di Cassazione, nel sollevare la questione di legittimità costituzionale, ritiene tuttavia di non poter dare diretta attuazione al diritto dell'Unione, come interpretato nelle sentenze rese dalla Corte di giustizia in risposta al duplice rinvio pregiudiziale, richiamando la discrezionalità del legislatore in materia, al quale spetterebbe la scelta dei rimedi con cui rimuovere gli effetti discriminatori e quella di limitare la parità di trattamento. Tale assunto non è tuttavia condiviso dalla Corte costituzionale, la quale – dilungandosi in un'ampia ricostruzione dei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento dell'Unione europea – chiarisce come nella prospettiva del primato del diritto dell'Unione, diversamente da quanto assume la Corte di cassazione, deve riconoscersi effetto diretto alle norme di diritto europeo contenute nelle sopraccitate direttive, nella parte in cui prescrivono l'obbligo di parità di trattamento tra alcune categorie di cittadini di Paesi terzi e i cittadini dello Stato

20 gennaio 2022. Le conclusioni dell'avvocato Generale Manuel Campos Sánchez-Bordona nella causa C-700/21 sono state presentate il 15 dicembre 2022.

²⁰ Per un commento della sentenza n. 106/2018 congiunto ad altre coeve decisioni si veda C. CORSI, *La trilogia della Corte costituzionale: ancora sui requisiti di lungo-residenza per l'accesso alle prestazioni sociali*, in *Le Regioni*, n. 5-6/2018, pp. 1170 ss.

membro in cui costoro soggiornano. Si tratta, in particolare, «di un obbligo cui corrisponde il diritto del cittadino di paese terzo – rispettivamente titolare di permesso di lungo soggiorno e titolare di un permesso unico di soggiorno e di lavoro – a ricevere le prestazioni sociali alle stesse condizioni previste per i cittadini dello Stato membro». Le relative questioni di legittimità costituzionale vengono dunque dichiarate inammissibili per difetto di rilevanza²¹.

4. *I temi al centro della giurisprudenza costituzionale*

Se guardiamo poi all'oggetto delle questioni decise dalla Corte costituzionale nel quinquennio considerato, molteplici sono le materie trattate: cittadinanza²²; abitazione²³; accesso agli asili nido²⁴; misure di contrasto alla povertà²⁵; assegno sociale²⁶; reddito di inclusione²⁷ e reddito di cittadinanza²⁸; assegno di maternità e natalità²⁹; diritto di difesa³⁰.

Tra tali temi, risultano meritevoli di particolare attenzione le sentenze in

²¹ Per un approfondimento A. RUGGERI, *Alla Cassazione restia a far luogo all'applicazione diretta del diritto eurounitario la Consulta replica alimentando il fecondo "dialogo" tra le Corti*, in *www.giurcost.org*, n. 2/2022, pp. 252 ss., e N. LAZZERINI, *Lunga vita alla disapplicazione immediata (se non si tratta di doppia pregiudizialità): riflessioni a margine della sentenza n. 67/2022 della Corte costituzionale*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 3/2022, pp. 315 ss.

²² In tema di cittadinanza si veda in particolare la questione relativa al giuramento della persona in condizione di disabilità (sentenza del 7 dicembre 2017, n. 258), nonché di recente alla questione relativa alla morte del coniuge sopravvenuta in pendenza del procedimento di acquisto della cittadinanza per matrimonio (sentenza del 26 luglio 2022, n. 195).

²³ Corte cost., sentenze del: 24 maggio 2018, n. 106, cit.; 20 luglio 2018, n. 166; 9 marzo 2020, n. 44; del 29 gennaio 2021, n. 9.

²⁴ Corte cost., sentenza del 25 maggio 2018, n. 107.

²⁵ Corte cost., sentenza del 22 gennaio 2021, n. 7.

²⁶ Corte cost., sentenza del 4 dicembre 2018, dep. il 15 marzo 2019, n. 50.

²⁷ Corte cost., sentenze del: 17 febbraio 2022, n. 34; 21 ottobre 2021, n. 196; 10 luglio 2020, n. 146.

²⁸ Corte cost., sentenza del 25 gennaio 2022, n. 19.

²⁹ Corte cost., sentenza del 4 marzo 2022, n. 54, cit.

³⁰ Sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato si veda Corte cost., sentenza del 20 luglio 2021, n. 157; sulla procura alle liti nei procedimenti relativi alla protezione internazionale si veda Corte cost., sentenza del 20 gennaio 2022, n. 13.

tema di abitazione per i significativi arresti raggiunti. La Corte costituzionale ha infatti avuto modo di tornare su alcuni principi affermati nella pregressa giurisprudenza per precisarne portata e ambito di applicazione. Nello specifico, la Corte chiarisce in modo assai netto l'illegittimità della residenza protratta sul territorio (e dell'esercizio di attività lavorativa per un certo periodo di tempo) ai fini dell'accesso all'ERP, valorizzandone la funzione sociale e superando alcune aperture inizialmente delineate nella sua pregressa giurisprudenza. Si fa in particolare riferimento all'ordinanza n. 32/2008, nella quale la Corte aveva avuto modo di affermare che il requisito della residenza continuativa, ai fini dell'assegnazione di un alloggio, «risulta non irragionevole quando si pone in coerenza con le finalità che il legislatore intende perseguire [...], specie là dove le stesse realizzino un equilibrato bilanciamento tra i valori costituzionali in gioco»³¹. Nella più recente sent. n. 44/2020, la Corte precisa comunque che il requisito della residenza protratta, a differenza di quello della residenza tout court (che serve a identificare l'ente pubblico competente a erogare una certa prestazione ed è un requisito che ciascun soggetto può soddisfare in ogni momento), integra una condizione che può determinare l'esclusione di un soggetto da prestazioni sociali fondamentali, con la conseguenza che le norme che introducono tale requisito vanno vagliate con particolare attenzione, «in quanto implicano il rischio di privare certi soggetti dell'accesso alle prestazioni pubbliche solo per il fatto di aver esercitato il proprio diritto di circolazione o di aver dovuto mutare regione di residenza». Del resto, e più in generale, la Corte ha affermato che i criteri adottati dal legislatore per la selezione dei beneficiari dei servizi sociali devono presentare un collegamento con la funzione del servizio e che tali criteri devono essere coerenti con l'art. 3 Cost. Pertanto, se la ratio del servizio ERP è il soddisfacimento del bisogno abitativo, è agevole constatare – a parere della Corte – che la condizione di previa residenza protratta dei suoi destinatari non presenta con esso alcuna ragionevole connessione³².

³¹ Tra i precedenti si vedano anche Corte cost., sentenze del: 19 luglio 2013, n. 222, e 11 giugno 2014, n. 168.

³² Per un approfondimento si vedano F. CORVAJA, *Finale di partita. L'incostituzionalità dei requisiti di lungo-residenza previsti dalle leggi regionali quali condizioni di accesso alle prestazioni sociali*, in *Osservatorio AIC*, n. 6/2020, pp. 431 ss., e C. DOMENICALI, *Sull'illegittimità del criterio del radicamento territoriale per l'accesso all'edilizia popolare: dalla condizionalità all'universalità dei diritti sociali?*, in *Le Regioni*, n. 3/2020, pp. 628 ss. Con riferimento all'incostituzionalità della condizione di residenza sul territorio provinciale come titolo di preferenza per l'accesso all'università si veda invece Corte cost., sentenza del 19 marzo 2021, n. 42.

Sempre in tema di accesso all'ERP, si segnala altresì la sentenza n. 9/2021, con la quale la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittima la previsione regionale che obbligava i soli cittadini di Paesi terzi a presentare la documentazione attestante l'assenza di alloggi adeguati nel Paese di origine o di provenienza. Con tale decisione la Corte ha altresì chiarito la portata della previsione (che trova eco in molte discipline locali) che richiede per i soli cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea l'onere di produrre la documentazione reddituale e patrimoniale del Paese in cui hanno la residenza fiscale ai fini dell'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica. A parere della Corte, la norma può essere interpretata in senso conforme a Costituzione per due profili distinti e concorrenti. In primo luogo, essa va intesa nel senso che l'onere aggiuntivo opera solo se il richiedente ha la residenza fiscale in un Paese diverso dall'Italia. Solo in questo caso si giustifica, infatti, tale onere, in quanto diretto a dare conto di una situazione economica che sfugge alle possibilità di controllo e verifica delle autorità nazionali. In secondo luogo, la previsione deve essere interpretata in modo da non far gravare sul richiedente non solo l'impossibilità di acquisire detta documentazione ma anche le conseguenze del ritardo o delle difficoltà nell'acquisire la documentazione in parola presso le Autorità diplomatiche e consolari, poiché diversamente la disciplina si tradurrebbe in un aggravio procedimentale vessatorio e irragionevolmente discriminatorio verso i cittadini di Paesi terzi rispetto agli altri cittadini.

In questa stessa direzione si pone anche la sentenza n. 157/2021 in tema di accesso al gratuito patrocinio, la cui disciplina richiedeva per i soli cittadini di Stati terzi e non anche per quelli italiani ed europei la certificazione dell'autorità consolare per i redditi prodotti all'estero. Tale disciplina è stata ritenuta eccessivamente gravosa per lo straniero, sul quale ricade il rischio della impossibilità di produrre tale specifica prova documentale e dunque l'effettività dell'accesso alla giustizia, con conseguente sacrificio del nucleo intangibile del diritto alla tutela giurisdizionale. In questo caso la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della disciplina in questione nella parte in cui non consentiva allo straniero, in caso di impossibilità a presentare la documentazione richiesta, di produrre una dichiarazione sostitutiva della documentazione. Si tratta in particolare di una pronuncia additiva, che – richiamando sul punto previsioni già contenute nel processo penale e nella procedura concernente il riconoscimento della protezione internazionale – ha consentito alla Corte di affermare la possibilità per lo straniero di produrre, a pena di inammissibilità, una «dichiarazione sostitutiva di certificazione» rela-

tiva ai redditi prodotti all'estero, una volta dimostrata l'impossibilità di presentare la richiesta certificazione³³.

Altro tema meritevole di attenzione è senz'altro quello dell'accesso alle prestazioni sociali, il quale – rispetto ad un ormai consolidato orientamento circa i criteri di erogazione delle prestazioni connesse a condizioni di disabilità³⁴ – ha visto alcuni “scostamenti” in relazione alla disciplina relativa all'assegno sociale e a quella in tema di reddito di cittadinanza.

A tal proposito, in merito alla richiesta del permesso UE per soggiornanti di lungo periodo ai fini del riconoscimento dell'assegno sociale³⁵, nella sentenza n. 50/2019 la Corte ha avuto modo di chiarire che la Costituzione impone di preservare l'uguaglianza nell'accesso all'assistenza sociale tra cittadini italiani e cittadini di Paesi terzi «soltanto con riguardo a servizi e prestazioni che, nella soddisfazione di “un bisogno primario dell'individuo che non tollera un distinguo correlato al radicamento territoriale” (sentenza n. 222/2013), riflettano il godimento dei diritti inviolabili della persona». Al di là del confine invalicabile appena indicato, può dunque il legislatore – secondo quanto precisato dalla Corte – graduare con criteri restrittivi o finanche escludere l'accesso dello straniero a provvidenze ulteriori. In questa direzione, le provvidenze possono divenire – come nel caso dell'assegno sociale – anche il corollario dello stabile inserimento dello straniero in Italia, nel senso che la Repubblica con esse ne riconosce e valorizza il «concorso al progresso della società, grazie alla partecipazione alla vita di essa in un apprezzabile arco di tempo». Resta tuttavia ancora incerta la qualificazione di “bisogno primario” dell'individuo e la sua portata anche in relazione a prestazioni non connesse a condizioni di disabilità ma ad esempio relative a indigenza, anzianità e difficoltà di inserimento lavorativo³⁶.

³³ La Corte costituzionale non ritiene invece eccessivo l'onere di certificazione della data di rilascio della procura alle liti (per la proposizione del ricorso per cassazione) di cui è gravato il difensore dello straniero richiedente protezione internazionale, su cui si veda sentenza del 20 gennaio 2022, n. 13.

³⁴ Sul punto G. ARCONZO, *La condizione giuridica delle persone straniere con disabilità. Percorsi di ricerca nella prospettiva delle discriminazioni multiple*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2022, pp. 149 ss.

³⁵ Si ricorda che l'assegno sociale è riconosciuto a chi abbia compiuto 67 anni (prima del gennaio 2019 l'età era 65) ed è una prestazione sociale riservata a coloro che, residenti in Italia, siano privi di reddito adeguato e di pensione e abbiano raggiunto un'età in linea di massima non più idonea alla ricerca di un'attività lavorativa.

³⁶ Per un commento alla decisione si veda G. BASCHERINI, *Obbligo o parità? Ancora in*

Altro tema meritevole di attenzione è quello dell'accesso al reddito di cittadinanza, prestazione peculiare che, a parere della Corte, «non ha natura meramente assistenziale, proprio perché accompagnato da un percorso formativo e d'inclusione che comporta precisi obblighi, il cui mancato rispetto determina, in varie forme, l'espulsione dal percorso medesimo». Con la sentenza n. 19/2022, la Corte costituzionale ha dunque ritenuto legittima la richiesta del permesso UE per soggiornanti di lungo periodo ai fini del riconoscimento del reddito di cittadinanza, il quale, «pur presentando anche tratti propri di una misura di contrasto alla povertà, non si risolve in una provvidenza assistenziale diretta a soddisfare un bisogno primario dell'individuo, ma persegue diversi e più articolati obiettivi di politica attiva del lavoro e di integrazione sociale. Pertanto, se da un lato, resta fermo il «il diritto di ogni individuo alla “sopravvivenza dignitosa” e al “minimo vitale”», la Corte ritiene di non poter intervenire «“convertendo” verso esclusivi obiettivi di garanzia del minimo vitale una più complessa misura [...] cui il legislatore ha assegnato, come visto, finalità prevalentemente diverse». Chiarisce inoltre la Corte, come gli obiettivi dell'intervento implicino una complessa operazione di inclusione sociale e lavorativa, che il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, non irragionevolmente ha destinato agli stranieri lungo soggiornanti. In questa prospettiva di lungo o medio termine del reddito di cittadinanza, «la titolarità del diritto di soggiornare stabilmente in Italia non si presenta come un requisito privo di collegamento con la ratio della misura concessa, sicché la scelta di escludere gli stranieri regolarmente soggiornanti, ma pur sempre privi di un consolidato radicamento nel territorio, non può essere giudicata esorbitante rispetto ai confini della ragionevolezza»³⁷.

tema di prestazioni assistenziali a favore degli stranieri extracomunitari, ma per l'assegno sociale ci vuole il permesso UE per soggiornanti di lungo periodo, in Giurisprudenza costituzionale, n. 2/2019, pp. 762 ss., e F. CORVAJA, Straniero e prestazioni di assistenza sociale: la Corte costituzionale fa un passo indietro e uno di lato, in Diritto, Immigrazione e Cittadinanza, n. 3/2019, pp. 244 ss. che mette a confronto la sentenza n. 50/2019 con l'ordinanza n. 52/2019, relativa all'assegno per i nuclei familiari numerosi e all'assegno di maternità di base, ove la Corte affida invece il riconoscimento del diritto ai giudici comuni, in applicazione diretta del diritto europeo.

³⁷ Per un commento anche in relazione alla “discontinuità” della giurisprudenza costituzionale segnata dalla precedente sent. n. 50/2019, cfr. D. LOPRIENO, *Riflessioni sul reddito di cittadinanza e gli stranieri alla luce della sent. n. 19 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2022, pp. 252 ss.

5. Conclusioni. La giurisprudenza costituzionale: quanto creativa?

La più recente giurisprudenza costituzionale ha toccato temi chiave per la vita dello straniero, migrante, richiedente asilo e titolare di protezione internazionale, sul territorio nazionale.

Sotto un primo profilo, si possono rilevare profili di continuità con i precedenti, a partire dal richiamo al principio di uguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., applicato in numerose decisioni concernenti sia l'ambito penale sia quello delle prestazioni e servizi di natura sociale, come in tema di accesso all'ERP: ambito che ha visto nuovi approdi giurisprudenziali e chiarimenti interpretativi.

Sotto un secondo profilo, non mancano decisioni nelle quali la Corte ha estensivamente ricostruito e analizzato il quadro normativo di riferimento, contribuendo – tra i vari profili – anche a restituire una maggiore coerenza alla disciplina in questione (si pensi in particolare alle forme di protezione riconducibili all'art. 10 Cost. e analizzate nella sentenza n. 194/2019). Resta tuttavia ancora problematica l'esatta qualificazione dei “bisogni primari” della persona quale “confine” alla discrezionalità del legislatore nel limitare certe prestazioni dirette a porre rimedio a condizioni di indigenza: ambito nel quale non appare così chiara la distinzione tra assegno sociale e altre misure di contrasto alla povertà.

I numerosi ambiti toccati dalla giurisprudenza costituzionale nel quinquennio considerato confermano la centralità della dimensione giurisdizionale del diritto dell'immigrazione, di fronte alle numerose riforme normative che hanno interessato la materia nel corso degli ultimi anni. Si tratta di una giurisprudenza che, nell'ottica della domanda posta in apertura al V Convegno ADiM, non può definirsi di per sé “creativa”, se intendiamo con questo aggettivo il creare “dal nulla”. Come abbiamo avuto modo di chiarire in relazione al reddito di cittadinanza, la stessa Corte ha cura di precisare i limiti del suo sindacato e l'impossibilità di “convertire” prestazioni istituite con precise finalità.

Tuttavia, nuove e articolate argomentazioni giurisprudenziali hanno permesso alla Corte di intervenire in numerosi ambiti materiali, nei quali razionalità e ragionevolezza hanno costituito un'imprescindibile guida verso un progressivo avanzamento dei diritti dei cittadini di Paesi terzi. Del resto, come chiarito più in generale dal Presidente Grossi³⁸, la giurisprudenza co-

³⁸ Si veda la *Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2017*, p. 10, 22.2.2018, disponibile in www.cortecostituzionale.it.

stituzionale costituisce «un solco aperto nel quale si depositano e continuamente fluiscono – anche attraverso le leggi e secondo le traiettorie poco prevedibili della dimensione pubblica – razionalità, ragionevolezza ed eticità collettive, ad un tempo frutto e nutrimento di esperienza: ciò implica, naturalmente, che la Corte – attraverso, ma oltre, la scrittura dei suoi testi – sappia farsene interprete, anche anticipando soluzioni destinate a risultare, in seguito, scontate».

LA GIURISPRUDENZA ORDINARIA SULL'ACCESSO
DEI RICHIEDENTI ASILO
AL TERRITORIO NAZIONALE

Cecilia Siccardi*

SOMMARIO: Premessa. Sul diritto di ingresso *ex art. 10, comma 3 della Costituzione*. – 2. Il riconoscimento del visto umanitario *ex art. 25 del Codice dei visti*: tra giudici e amministrazione. – 3. L'accertamento del diritto di ingresso *ex art. 10, comma 3 della Costituzione*: quali condizioni? – 4. In senso contrario: sulla (non) precettività dell'*art. 10, comma 3 della Costituzione* e sulla necessità di una relazione qualificata con lo Stato. – 5. L'ingresso dei richiedenti protezione via mare: quale ruolo per i giudici? – 6. Alcune riflessioni conclusive sul fondamento, sul presupposto e sugli strumenti di attuazione del diritto di ingresso dei richiedenti asilo.

1. *Premessa. Sul diritto di ingresso ex art. 10, comma 3 della Costituzione*

In questo scritto ci si propone di svolgere un bilancio quinquennale della giurisprudenza ordinaria in materia di ingresso nel territorio nazionale dei richiedenti asilo.

Prima di procedere all'analisi delle pronunce, è opportuno inquadrare, seppur brevemente, il tema dell'ingresso dei richiedenti protezione dal punto di vista dei principi costituzionali.

La Costituzione italiana non si limita a prevedere – come il diritto internazionale ed europeo – il divieto di respingimento, ma garantisce il diritto di ingresso nel territorio dello Stato a coloro che intendono richiedere asilo¹.

Tale considerazione si evince dal dato letterale dello stesso articolo 10, comma 3 il quale, facendo espresso riferimento al «territorio della Repubblica», presuppone l'ingresso del richiedente protezione, ai fini del *godimento* del diritto d'asilo².

* Ricercatrice in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano.

¹ Sulle differenze tra le garanzie previste dal diritto internazionale, europeo e interno C. PANZERA, *Il diritto all'Asilo. Profili costituzionali*, Napoli, 2020, pp. 179 ss.

² In questo senso cfr. M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale. Un'introduzione*, Padova, 2007, pp. 174 ss.

Questa lettura è coerente con i principi espressi in materia dalla Corte di cassazione, la quale ha definito il diritto di cui all'art. 10, comma 3 della Costituzione «un diritto soggettivo perfetto³ all'ottenimento dell'asilo che si sostanzia, in assenza di una legge di attuazione, nel diritto di ingresso nel territorio dello Stato»⁴ o più precisamente nel diritto dello straniero di «accedere al territorio dello Stato al fine di essere ammesso alla procedura di esame della domanda di riconoscimento»⁵.

Anche alla luce di tale orientamento giurisprudenziale la dottrina ha individuato nell'ingresso nel territorio dello Stato il contenuto minimo necessario del diritto costituzionale d'asilo⁶. A tale diritto di ingresso, dovrebbe corrispondere un obbligo a carico delle autorità statali di agevolare l'ingresso nel territorio della Repubblica dei richiedenti protezione.

La domanda di fondo che ci si è posti durante l'indagine è se tale diritto debba essere garantito (e possa essere accertato in giudizio⁷) non solo alle frontiere dello Stato, ma anche dalle autorità italiane che si trovano all'estero⁸, con strumenti volti ad agevolare (come per esempio il riconoscimento di un visto umanitario) il raggiungimento sicuro del nostro paese al fine di presentare domanda di protezione; domanda che, ai sensi del diritto europeo, può essere proposta solo in territorio UE.

Inoltre, dall'analisi emerge un altro interrogativo, già proposto in dottrina: ci si chiede se l'obbligo di garantire l'ingresso dei richiedenti protezione a carico delle autorità italiane all'estero discenda esclusivamente dalla situazione di impedimento delle libertà democratiche sancite dalla Costituzione

³In dottrina C. ESPOSITO, *Asilo (diritto di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. III, Milano, 1958, p. 222.

⁴Così la storica sentenza Cass. Civ., Sez. Un., sentenza del 26 maggio 1997, n. 4674.

⁵Cfr. Cass. Civ., sez. I, sentenza del 25 novembre 2005, n. 25028.

⁶Cfr. P. BONETTI, *L'evoluzione delle norme e delle politiche del diritto di asilo in Italia e in Europa tra protezione internazionale e asilo costituzionale*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius migrandi, Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, p. 784 e M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 174.

⁷A seguito dell'orientamento della giurisprudenza di legittimità che ritiene interamente attuato l'art. 10, comma 3 mediante lo *status* di rifugiato, la protezione sussidiaria e la protezione umanitaria/speciale, non vi è più margine processuale per il riconoscimento dell'asilo del ricorrente che si trova in altro Stato come nel noto caso *Ocalan* cfr. Trib. Civ. Roma, sez. II, sentenza del 10 ottobre 1999, n. 49565.

⁸Di recente tale tesi è sostenuta da P. BONETTI, *La crisi afghana come spunto per risolvere i nodi strutturali del diritto di asilo*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2021.

italiana, *ex art. 10, comma 3 Cost.* o se diversamente siano necessarie altre condizioni, come la presenza di un legame tra lo straniero e l'Italia⁹.

Si vuole riflettere sui quesiti appena illustrati, tentando di delineare i confini del ruolo del giudice ordinario in materia, a fronte della perdurante assenza di una legge di attuazione dell'art. 10, comma 3 Cost¹⁰.

A tal fine, l'indagine si concentrerà sulle recenti pronunce del Tribunale di Roma, rese prevalentemente a seguito di ricorsi *ex art. 700 c.p.c.*, che hanno autorizzato l'ingresso di richiedenti protezione situati all'estero. I casi da cui originano i predetti ricorsi sono diversi e riguardano soggetti vulnerabili, come anche persone respinte alla frontiera da autorità italiane, giornalisti afgani le cui libertà sono in pericolo, o difensori di diritti umani perseguitati nei paesi di origine. Nell'analisi delle pronunce si porrà l'attenzione sulle argomentazioni che hanno indotto i giudici a riconoscere i visti umanitari *ex art. 25 del Codice dei visti (Reg. CE n. 810/2009)* e ad accertare o negare il diritto di ingresso nel territorio dello Stato al fine di richiedere protezione, *ex art. 10, comma 3 della Costituzione*.

Infine, si ritiene utile svolgere qualche considerazione sul ruolo del giudice ordinario rispetto all'ingresso via mare di richiedenti (o potenziali richiedenti protezione).

2. *Il riconoscimento del visto umanitario ex art. 25 del Codice dei visti: tra giudici e amministrazione*

Nelle prime pronunce in materia, il Tribunale di Roma non ha fatto espresso riferimento all'art. 10, comma 3 della Costituzione, ma ha autorizzato l'ingresso dei ricorrenti sulla base dell'art. 25 del Codice europeo dei visti (Reg. CE n. 810/2009), il quale consente agli Stati di «derogare al principio dell'adempimento delle condizioni di ingresso previste dal Codice delle frontiere Schengen» e riconoscere eccezionalmente «visti con validità territoriale limitata» «quando, per motivi umanitari o di interesse na-

⁹ Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Chiedere asilo da lontano*, in *Questione Giustizia*, n. 2-3/2022, p. 4.

¹⁰ Sull'interpretazione dell'art. 10, comma 3 della Costituzione in assenza di una legge di attuazione cfr. P. BONETTI, *Commentario all'art. 10, comma 3 della Costituzione*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. E. VIGEVANI, *La Costituzione Italiana. Commentario articolo per articolo*, Bologna, 2021, pp. 75 ss.; ID, *Stranieri e immigrazione di fronte alla Costituzione: una introduzione*, in *Rivista di diritto costituzionale*, n. 2/2020, pp. 65 ss.

zionale o in virtù di obblighi internazionali, lo Stato membro interessato *lo ritiene necessario*»¹¹.

Queste pronunce sono particolarmente interessanti per valutare l'operato creativo del giudice poiché il Tribunale di Roma ha ordinato al Ministero il riconoscimento di visti umanitari, nonostante questi ultimi non siano regolati da alcuna norma interna e nonostante le note pronunce della Corte di giustizia dell'UE¹² e della Corte EDU¹³, che ne hanno rimesso la competenza agli Stati.

Tra le pronunce che hanno fatto riferimento all'art. 25 del Codice europeo dei visti merita di essere richiamata, anzitutto, l'ordinanza del Tribunale di Roma del 21 febbraio 2019, la prima che ha consentito l'ingresso di un richiedente protezione situato all'estero¹⁴. Nell'ambito di un procedimento di urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, la ricorrente, una madre nigeriana, domandava al giudice di ordinare al Ministero degli Affari esteri (Ambasciata italiana a Tripoli) di rilasciare un visto umanitario o un visto per cure mediche, al figlio minore, trattenuto in Libia in precarie condizioni di salute. Il giudice fonda il suo ragionamento sull'art. 25 del Codice dei visti chiedendosi se, nel caso di specie, sussistano i presupposti per il rilascio in deroga al principio dell'adempimento delle condizioni di ingresso (art. 25 del Codice dei visti

¹¹ In generale sui visti umanitari di cui all'art. 25 del Codice europeo dei visti cfr. C. FAVILLI, *Visti umanitari e protezione internazionale: così vicini così lontani*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2017; F. GATTA, *Vie di accesso legale alla protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2018, pp. 31 ss.; S. MARINAI, *L'Unione europea e i canali di accesso legale per i soggetti bisognosi di protezione internazionale*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2020, pp. 57 ss.

¹² CGUE, sentenza del 7 marzo 2017, *X e X c. État belge*, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173. A commento si vedano in particolare A. DEL GUERCIO, *La sentenza X. e X. della Corte di giustizia sul rilascio del visto umanitario: analisi critica di un'occasione persa*, in *European Papers*, n. 2/2017, pp. 271 ss.; H. DE VYLDER, *X and X v. Belgium: a missed opportunity for the CJEU to rule on the State's obligations to issue humanitarian visa for those in need of protection*, in *Strasbourg Observer*, 2017.

¹³ Corte EDU (Grande Camera), sentenza del 5 marzo 2020, *M.N. e altri c. Belgio*, ric. n. 3599/18. Per un'analisi congiunta delle due pronunce si veda F. CAMPLONE, *La sentenza M. N. e al. C. Belgio alla luce di X e X: la conferma della prudenza delle Corti o impulso allo sviluppo di canali di ingresso legali europei?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3/2020, pp. 240 ss.; F. L. GATTA, *La "saga" dei visti umanitari tra le Corti di Lussemburgo e Strasburgo, passando per il legislatore dell'Unione europea e le prassi degli Stati membri*, in *Diritti fondamentali*, n. 1/2019, p. 11.

¹⁴ Cfr. Trib. Civ. Roma, ordinanza del 21 febbraio 2019.

lett. a), non soddisfatte dal minore. La permanenza in Libia, secondo il Tribunale, può comportare «un pregiudizio irreparabile per il minore e per la sua condizione psico-fisica nel tempo necessario all'ottenimento della tutela in via ordinaria». Simile pregiudizio, associato alla particolare situazione di vulnerabilità in cui versa il minore, ha determinato l'accoglimento della domanda da parte del Tribunale di Roma, il quale ha contestualmente ordinato al Ministero degli Affari Esteri il rilascio di un visto umanitario in favore del figlio minore della ricorrente.

Come osservato in dottrina, in questo caso, il Tribunale di Roma sembra operare «una interpretazione costituzionalmente orientata» dell'art. 25 del Codice dei visti che porta il giudice «ad affermare che, a fronte di una situazione di particolare vulnerabilità, lo Stato deve consentire il ricongiungimento del minore alla madre regolarmente soggiornante, anche in deroga all'art. 28 e ss. t.u.i. e dunque al di fuori del procedimento ordinario di ricongiungimento familiare»¹⁵.

Un'altra pronuncia che si fonda sull'art. 25 del Codice europeo dei visti è l'ordinanza del Tribunale di Roma del dicembre 2021, vertente sul ricorso, *ex art. 700 c.p.c.*, proposto da due giornalisti Afghani alla luce della grave situazione di rischio cui sono esposti dopo la presa del potere del regime dei Talebani¹⁶.

In questa pronuncia il Tribunale di Roma sembra volersi porre al riparo da critiche, affermando che «non è qui in discussione il tema dell'obbligo positivo dello Stato di rilasciare un VTL in presenza di motivi umanitari, trattandosi di una prerogativa che tanto la Corte di Giustizia, quanto la Cedu (come ampiamente argomentato dalla parte resistente) hanno affermato rientrare nella mera discrezionalità dei singoli Stati membri». Nonostante tale consapevolezza, la situazione di rischio in cui versano i due ricorrenti e la ricorrenza dei motivi umanitari prefigurati dal Codice dei visti fa scattare

¹⁵ Così P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Chiedere asilo da lontano*, cit., p. 11.

¹⁶ Cfr. Trib. Civ. Roma, ordinanza del 21 dicembre 2021, n. 62652. Più precisamente i ricorrenti, dopo aver tentato di imbarcarsi nei voli di evacuazione organizzati dall'aeroporto di Kabul, avevano presentato tramite un'avvocata in Italia, una domanda al Ministero degli Affari Esteri per ottenere il visto *ex art. 25* del Codice dei visti. Il Ministero, tuttavia, negava la richiesta, precisando che tali visti avrebbero potuto essere ottenuti solo nell'ambito dei corridoi umanitari. Pertanto i ricorrenti hanno presentato il suddetto ricorso *ex art. 700 c.p.c.* Sulla vicenda sia consentito il rinvio a C. SICCARDI, *Quali vie di ingresso legale per i richiedenti protezione in Europa? Contesto europeo e costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2022, pp. 104 ss.

«quella che – se per le autorità statali costituisce una mera facoltà – per il giudice dei diritti fondamentali rappresenta invece *un'attività doverosa*»¹⁷.

La distinzione tra *l'attività "doverosa" del giudice* e *l'attività facoltativa dell'autorità amministrativa* di fronte a richieste di riconoscimento di visto umanitario troverebbe fondamento – nella prospettazione proposta dal Tribunale di Roma – nello stesso articolo 700 c.p.c. che impone al giudice di adottare «i provvedimenti di urgenza che appaiono secondo le circostanze più idonei a salvaguardare *la posizione di chi ha fondato timore che durante il tempo occorrente per far valere il proprio diritto in via ordinaria questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile*»¹⁸.

Questa parte della motivazione – che avrebbe aperto la strada al riconoscimento del visto umanitario per via giudiziaria senza particolari condizioni, se non quella del fondato timore di un pregiudizio imminente e irreparabile per i diritti del ricorrente – è stata però rivista in sede di reclamo.

Tra i diversi argomenti che inducono il Tribunale di Roma a revocare l'ordinanza cautelare appena richiamata, vi è quello dell'impossibilità di applicare in via giudiziale l'art. 25 del Codice dei visti, in assenza di una normativa nazionale di attuazione. Secondo il Tribunale, anche alla luce della sentenza della Corte di giustizia *X. e X. c. Belgio* il visto umanitario «non può dirsi né concretamente esistente in diritto italiano, né previsto o imposto dalla normativa eurounionale»¹⁹.

Pertanto, contrariamente a quanto affermato nell'ordinanza oggetto di reclamo «il suo rilascio non può essere concesso dalla pubblica amministrazione, tenuta all'osservanza della legge, né venire imposto dall'autorità giurisdizionale, investita del potere-dovere di applicarla, interpretandola in senso costituzionalmente orientato ma senza travalicare i confini della sua operatività». Tra le righe della pronuncia il Tribunale lascia intendere che tali visti possano essere riconosciuti ai richiedenti protezione inseriti nei programmi dei corridoi umanitari, come era stato proposto ai ricorrenti dallo stesso Ministero. Sul punto i giudici cadono però in una contraddizione evidente, posto che i corridoi umanitari, essendo regolati solo mediante protocolli siglati

¹⁷ A seguito di tale ordinanza il Tribunale di Roma è stato adito nuovamente dai ricorrenti *ex art. 669 duodecies* c.p.c. al fine di intimare il Ministero di cessare la condotta omissiva e dare esecuzione all'ordinanza del Tribunale di Roma, cfr. Trib. Civ. Roma, ordinanza del 14 gennaio 2022, n. 76126/2022. Su questa ordinanza è stato poi proposto reclamo.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Cfr. Trib. Civ. Roma, sez. XVIII, ordinanza del 25 febbraio 2022, n. 75658/2022. In senso analogo Trib. Civ. Roma, ordinanze del 25 marzo, 7 e 8 aprile 2022.

tra il Ministero dell'Interno e altre associazioni, non sanano in alcun modo la lacuna normativa in materia di visti umanitari.

I giudici del Tribunale di Roma, in questi casi, non solo si spingono sino a indicare all'amministrazione la tipologia di visto da adottare (visto umanitario *ex art.* 25 del Codice di visti), ma anche le modalità mediante le quali è possibile accedere a tali visti (i corridoi umanitari). In assenza di una legge in materia, il Tribunale di Roma sembra spingersi oltre i confini del proprio ruolo, come delineato all'art. 101 della Costituzione.

Da ultimo, per chiarire i confini dell'applicazione giudiziale dell'art. 25 del Codice dei visti sembra importante richiamare una pronuncia di poco antecedente a quella appena menzionata, resa nell'ambito di un giudizio civile volto ad accertare la responsabilità per danno causato ai ricorrenti per via dei respingimenti operati dalle autorità italiane verso la Libia nel 2009²⁰.

In questo caso, la domanda riguardava l'accertamento del diritto dei ricorrenti a presentare domanda di protezione. Secondo il Tribunale, tale domanda non può trovare fondamento nell'art. 25 del Codice dei visti «essendo inibita al giudice adito l'adozione di una pronuncia di condanna dell'amministrazione ad un *facere*, consistente nell'emissione degli atti necessari a consentire l'ingresso degli odierni attori nel territorio italiano», bensì nell'art. 10, comma 3 della Costituzione.

Tuttavia, nonostante il riconoscimento del visto sia propedeutico alla garanzia del diritto di ingresso *ex art.* 10, comma 3 Cost. «Il principio della separazione dei poteri» – precisa il Tribunale – «non consente al giudice di sostituirsi all'amministrazione».

Si condivide quest'ultima impostazione che distingue nettamente il diritto di ingresso per presentare la domanda di protezione internazionale, fondato sull'art. 10, comma 3 Cost., che – come meglio si dirà nei prossimi paragrafi – può essere accertato in via giudiziale, dallo strumento amministrativo volto a garantire l'ingresso. Il giudice dovrebbe limitarsi ad accertare il diritto di ingresso dei richiedenti protezione (art. 10, comma 3 Cost.), rimettendo all'amministrazione l'individuazione delle modalità più idonee a garantirlo (es. art. 25 Codice dei visti, ma non solo)²¹.

²⁰ Cfr. Trib. Civ. Roma, sentenza del 28 novembre 2019, n. 22917. Su questa pronuncia v. M. SAVINO, G. DEL TURCO, *Chi è stato illegittimamente respinto ha diritto di rientrare in Italia*, in *ADiM Blog, Osservatorio della giurisprudenza*, gennaio 2020.

²¹ Cfr. ancora Trib. Civ. Roma, sentenza del 28 novembre 2019, n. 22917. In questo caso il Tribunale di Roma «accerta il diritto degli attori ad accedere nel territorio italiano allo scopo di presentare domanda di riconoscimento della protezione internazionale ov-

3. *L'accertamento del diritto di ingresso ex art. 10, comma 3 della Costituzione: quali condizioni?*

A questo punto, occorre analizzare le argomentazioni che hanno indotto il Tribunale di Roma a consentire l'ingresso dei ricorrenti nel territorio italiano ai fini della presentazione della domanda di protezione, sulla base dell'art. 10, comma 3 della Costituzione.

Come anticipato, la prima pronuncia di riferimento in questo senso è la sentenza del Tribunale di Roma del novembre 2019, appena richiamata, resa a seguito della richiesta di risarcimento del danno di persone respinte via mare dalle autorità italiane²².

La domanda di «accertamento del diritto a presentare domanda di protezione internazionale» viene accolta dal giudice in base al seguente ragionamento.

Anzitutto, il Tribunale di Roma richiama la nota giurisprudenza della Corte di Cassazione, che considera l'art. 10, comma 3 della Costituzione interamente attuato dai tre istituti dello *status* di rifugiato, della protezione sussidiaria e del diritto al riconoscimento del permesso umanitario/speciale²³; protezioni che, come noto, possono essere richieste esclusivamente nel territorio dello Stato, coerentemente al diritto eurounionale.

In secondo luogo, il Tribunale di Roma qualifica, richiamando sempre la giurisprudenza della Cassazione, «il diritto d'asilo quale diritto soggettivo pieno e perfetto» il cui procedimento di riconoscimento «non incide affatto sull'insorgenza del diritto»²⁴. Pertanto, al fine di evitare un ingiustificabile vuoto di tutela di tale diritto, il Tribunale ritiene che «il diritto d'asilo di cui all'art. 10, comma 3 Cost. possa essere declinato nei termini di diritto di accedere nel territorio dello Stato al fine di essere ammesso alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale»²⁵.

In tal caso, il Tribunale non si spinge sino ad individuare le modalità di

vero di protezione speciale secondo le forme che verranno individuate dall'autorità competente».

²² *Ibidem*.

²³ Cfr. Cass. Civ., sez. I, sentenza dell'8 novembre 2019, n. 28969; Cass. Civ., sez. I, sentenza del 21 ottobre 2019, n. 26720; Cass. Civ., sez. VI, sentenza del 4 agosto 2016, n. 16362; Cass. civ., sez. VI, sentenza del 26 giugno 2012, n. 10686.

²⁴ Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., sentenza del 13 novembre 2019, n. 29460.

²⁵ Criticano tale parte della motivazione M. SAVINO, G. DEL TURCO, *Chi è stato illegittimamente respinto ha diritto di rientrare in Italia*, cit.

accesso al territorio, ma precisa che tali determinazioni spettano, nel rispetto del principio di separazione dei poteri, all'autorità amministrativa competente «che potrà individuare nell'esercizio della propria discrezionalità, gli strumenti più idonei a tutelare le ragioni degli odierni attori (tra i quali la concessione del visto di cui all'art. 25 del Codice dei visti)»²⁶.

Tali argomentazioni sono condivisibili e ricalcano le tesi già prospettate in dottrina, secondo le quali il diritto di cui all'art. 10, comma 3 della Costituzione non presuppone che lo straniero si trovi già sul territorio²⁷. L'ingresso nel territorio dello Stato è un presupposto necessario per presentare la domanda di asilo, nelle forme che oggi attuano l'art. 10, comma 3 Cost. Il giudice, pertanto, può accertare tale diritto, ordinando all'amministrazione di individuare gli strumenti idonei per renderlo effettivo (come il riconoscimento di un visto).

Ancora più incisiva appare l'ordinanza del Tribunale di Roma del 23 maggio 2022 che accoglie il ricorso proposto da un cittadino marocchino, attivista per i diritti umani e per ciò vittima di gravi persecuzioni²⁸. Nella pronuncia il Tribunale propone una lettura extra territoriale dell'art. 10, comma 3 della Costituzione, precisando che «l'evocazione, contenuta nell'art. 10, comma 3 Cost. del "territorio della Repubblica" viene prospettata quale luogo dove lo straniero potrà effettivamente beneficiare della situazione giuridica soggettiva di riferimento e non quale luogo dove il richiedente asilo debba previamente trovarsi al fine di chiedere il riconoscimento»²⁹.

Quanto ai presupposti necessari ai fini del riconoscimento del diritto di ingresso nel territorio dello Stato *ex* art. 10, comma 3 della Costituzione, le pronunce analizzate suscitano qualche perplessità.

Il Tribunale di Roma, infatti, non si limita a valutare la situazione di «impedimento delle libertà democratiche sancite dalla Costituzione italiana», ma delinea delle condizioni ulteriori utili ai fini dell'accertamento del diritto di ingresso, come: a) il fatto che i ricorrenti non abbiano raggiunto il territorio «per circostanze a loro non imputabili ed anzi riconducibili ad un fatto illecito commesso dall'autorità italiana»; b) la presenza di «un solido legame» tra il ricorrente e lo Stato italiano.

²⁶ Così Trib. Civ. Roma, sentenza del 28 novembre 2019, n. 22917.

²⁷ Cfr. M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo*, cit., p. 126.

²⁸ Cfr. Trib. Civ. Roma, ordinanza del 24 maggio 2022, n. 15094. Cfr. sullo stesso caso l'ordinanza *ex* art. 669 duodecies c.p.c. del 14 luglio 2022 che concede all'autorità amministrativa il termine di 7 giorni per l'esecuzione della predetta ordinanza cautelare.

²⁹ *Ibidem*.

Così, quando la domanda è proposta da persone respinte, come nel caso analizzato dei respingimenti verso la Libia nel 2009³⁰ e nel caso di un richiedente respinto al confine della Slovenia³¹, il diritto di ingresso sembra dipendere non solo dalla situazione di rischio per le proprie libertà costituzionali, ma anche dall'accertamento della condotta illecita delle autorità italiane, che hanno reso impossibile il raggiungimento del territorio italiano.

Ancora, nella pronuncia già menzionata del 23 maggio 2022 il Tribunale di Roma ritiene che sia «il solido legame del ricorrente con lo Stato italiano» a permettere di «ritenere sussistente il suo diritto di accedere al territorio nazionale per presentare domanda di protezione internazionale». E per giustificare l'accoglimento del ricorso il Tribunale si dilunga nella descrizione dei legami familiari, sociali e lavorativi del ricorrente con l'Italia che sono stati interrotti per cause a lui non imputabili. Se è pur vero, da un lato, che l'affermarsi della condizione del «solido legame con l'Italia» potrebbe consentire di aprire canali di non scarso rilievo per un ingresso legale e sicuro dei richiedenti asilo³², in favore, ad esempio di profughi con parenti in Italia; dall'altro lato, è opportuno precisare che tale condizione non trova fondamento né nell'art. 10, comma 3 della Costituzione, né nella normativa di rango primario.

Ai sensi della norma costituzionale, il diritto d'asilo spetta a chi si trova nell'impedimento delle libertà democratiche sancite dalla Costituzione. Solo da tale situazione di impedimento può discendere il diritto di ingresso nel territorio dello Stato, senza che sia necessaria altra condizione. Tali condizioni dovrebbero essere – come espressamente precisato dal testo della norma costituzionale – stabilite con legge e non in via giudiziale.

4. *In senso contrario: sulla (non) precettività dell'art. 10, comma 3 della Costituzione e sulla necessità di una relazione qualificata con lo Stato*

Dopo aver analizzato le motivazioni che fondano l'accertamento del diritto di ingresso è opportuno indagare quelle di segno opposto che negano la sussistenza di un diritto di ingresso ex art. 10, comma 3 Cost. Tra le pronunce in questo senso si può richiamare l'ordinanza del Tribunale di Roma del

³⁰ Ancora Trib. Civ. Roma, sentenza del 28 novembre 2019, n. 22917.

³¹ Cfr. Trib. Civ. Roma, ordinanza del 18 gennaio 2021.

³² P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Chiedere asilo da lontano*, cit., p. 12.

25 febbraio 2022³³, già citata, le cui argomentazioni sono state riprese pressoché in maniera identica da ordinanze successive³⁴.

Il primo argomento richiamato dal Tribunale di Roma attiene alla portata dell'art. 10, comma 3 della Costituzione. A proposito, il Tribunale afferma che «a prescindere dall'annoso dibattito sulla natura immediatamente programmatica o immediatamente precettiva, l'art. 10, comma 3 Cost. non si presta da un'applicazione giudiziale diretta e immediata, ostandovi l'esplicito rinvio alla legge, cui è riservata la determinazione delle «condizioni» di esercizio del diritto»³⁵.

È scontato ricordare che il dibattito che il Tribunale di Roma definisce *annoso*, è stato risolto dalla Corte costituzionale, già a partire dalla sua prima sentenza, la n. 1 del 1956, in cui si precisa chiaramente che ogni principio costituzionale ha valore precettivo e non programmatico. Inoltre, quanto espresso dal Tribunale di Roma si pone in contrasto con la consolidata giurisprudenza di legittimità³⁶ e di merito che ha affermato «l'indubbio valore precettivo» dell'art. 10, comma 3 della Costituzione», in quanto è di per sé idoneo «a regolare gli aspetti salienti dell'istituto quanto ai presupposti e al contenuto»³⁷.

L'affermazione pare talmente inesatta da indurre la dottrina a presumere che «forse il Tribunale di Roma non aveva in mente di escludere la diretta applicabilità del precetto costituzionale a tutela dello straniero protetto dal divieto di *refoulement*, quanto piuttosto l'opportunità di regolare con un intervento legislativo la sua più estesa e non scontata attuazione»³⁸.

Inoltre, nella stessa pronuncia il Tribunale motiva l'accoglimento del reclamo sulla base della mancata attuazione per via legislativa nell'ordinamento interno dell'art. 25 del Codice dei visti, come riportato nel paragrafo n. 2 di questo scritto.

In questa sede vale la pena soffermarsi su un ulteriore profilo solo abbozzato nella pronuncia del febbraio 2022 e, poi, sviluppato in un'altra ordinanza, adottata nel mese di giugno 2022, sul caso della richiesta di ingresso di due cittadini afgani³⁹.

³³ Cfr. Trib. Civ. Roma, sez. XVIII, ordinanza del 25 febbraio 2022, n. 75658.

³⁴ In senso analogo Trib. Civ. Roma, ordinanze del 25 marzo, 7 e 8 aprile 2022.

³⁵ Così Trib. Civ. Roma, sez. XVIII, ordinanza del 25 febbraio 2022, n. 75658.

³⁶ Cfr. Cass. Civ., Sez. Unite, sentenza del 26 maggio 1997, n. 4674.

³⁷ Trib. Civ. Roma, sez. II, sentenza del 1° ottobre 1999, n. 49565. Si tratta della sentenza sul noto caso *Ocalan*.

³⁸ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Chiedere asilo da lontano*, cit., p.4

³⁹ Cfr. Trib. Civ. Roma, ordinanza del 24 giugno 2022, n. 23824.

Secondo il Tribunale, la portata applicativa diretta dell'art. 10, comma 3 della Costituzione che si sostanzia nel diritto di ingresso al fine di chiedere asilo «presuppone tuttavia che sia già stato risolto il tema della giurisdizione e dunque della acquisizione di una posizione di responsabilità dello Stato italiano sulla persona del richiedente asilo».

In altri termini, l'art. 10, comma 3 Cost. non imporrebbe «l'insorgenza *tout court* di un dovere di protezione indifferenziato nei confronti di chiunque si rivolga, dovunque e comunque, allo Stato italiano», ma «devono essere individuati i criteri idonei a definire le condizioni minime perché possa radicarsi il diritto ad azionare (giudizialmente) la pretesa a fare ingresso sul territorio nazionale, ed il corrispondente dovere dello Stato (esercitabile in via suppletiva dal giudice dei diritti, ove non spontaneamente adempiuto) di prenderla in esame ed eventualmente accoglierla»⁴⁰.

Al fine di individuare tali criteri, il Tribunale di Roma ripercorre la nozione di giurisdizione di cui all'art. 1 CEDU, come elaborata dalla Corte EDU, nonché quella sancita dall'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

In sintesi, in base a questi principi, il Tribunale ricava, da un lato, «che la giurisdizione di uno Stato» non può «sorgere sulla base della mera scelta del richiedente di rivolgersi ad una piuttosto che ad altra autorità diplomatica»⁴¹.

Dall'altro lato, al fine di radicare la giurisdizione (e dunque la responsabilità) dello Stato italiano è necessario che «sussistano altri fattori, diversi dalla mera richiesta di rilascio del visto»; «e tali fattori devono essere idonei a determinare una relazione qualificata tra lo Stato (in qualità di soggetto obbligato) ed un individuo specifico (in quanto titolare di un diritto) in un particolare contesto»⁴².

Il giudice chiarisce cosa si debba intendere per «relazione qualificata», precisando che essa può risolversi in «una forma di controllo effettivo (si pensi all'accesso alle frontiere nazionali), attraverso l'uso della forza o dell'autorità, o per l'impatto di una normativa anche esterna che implichi l'insorgere di un dovere di intervento (si pensi ad es. alla c.d. "legge del mare")»⁴³.

Tale tesi produce tuttavia degli effetti che si ritengono paradossali.

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² *Ibidem.*

⁴³ *Ibidem.*

Seguendo il ragionamento del Tribunale di Roma solo i migranti sottoposti a forme di controllo da parte dell'autorità italiane possono agire in giudizio per l'accertamento del loro diritto di ingresso. Se la semplice richiesta di visto in un'ambasciata non integra tale forma di controllo, il diritto di agire in giudizio sarà riservato ai migranti che, avviatesi verso le nostre frontiere sono sottoposti al controllo da parte delle nostre autorità, perché fermati o respinti. In tal modo, viene vanificata la *ratio* stessa di richiedere asilo "da lontano", ovvero quella di evitare viaggi pericolosi e morti in mare.

A prescindere dalle conseguenze appena descritte, non si può negare come il Tribunale di Roma sembra aver individuato la condizione della «relazione qualificata», con lo scopo di porre dei limiti al suo stesso operato, a fronte della perdurante assenza di una normativa in materia.

Il giudice, infatti, non si spinge sino a definire le condizioni del diritto d'accesso al territorio dello Stato, circoscrivendo l'ambito di applicazione di cui all'art. 10, comma 3 della Costituzione, ma delinea i criteri in base ai quali è possibile considerare sussistente la giurisdizione italiana, individuando un solido ancoraggio normativo nell'art. 1 CEDU.

Una simile posizione apre problematiche molto profonde che incidono sulla nozione di giurisdizione e sulla creazione di "zone d'ombra" nella tutela dei diritti costituzionali. In questo senso, ci si chiede se non sia opportuno riflettere non solo sulla nozione di giurisdizione fatta propria dalla Corte EDU, che nell'interpretazione proposta dal Tribunale di Roma, esclude l'accertamento giudiziale del diritto di ingresso dei richiedenti protezione internazionale, ma anche su quella proposta dalla giurisprudenza costituzionale. Nella nota sentenza n. 238 del 2014⁴⁴ – concernente la questione, pur diversa da quella in esame, della giurisdizione sui crimini contro l'umanità commessi da uno Stato straniero in territorio italiano – la Corte costituzionale chiarisce come non siano ammesse "zone d'ombra" della giurisdizione italiana⁴⁵, anche ove imposte dal diritto internazionale, «senza che sia prevista alcuna altra forma di riparazione giudiziaria dei diritti fondamentali violati». Tale situazione si pone irrimediabilmente «in contrasto con il principio fondamentale della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali assicurata dalla Costituzione italiana agli artt. 2 e 24 Cost»⁴⁶.

⁴⁴ Cfr. Corte cost., sentenza del 22 ottobre 2014, n. 238.

⁴⁵ Sulle zone d'ombra proprio in riferimento alla sentenza n. 238 del 2014 v. G. SILVESTRI, *Sovranità vs diritti fondamentali*, in *Questione giustizia*, n. 1/2015.

⁴⁶ Corte cost., sentenza del 22 ottobre 2014, n. 238.

5. *L'ingresso dei richiedenti protezione via mare: quale ruolo per i giudici?*

Il diritto di ingresso dei richiedenti protezione internazionale spetta certamente agli stranieri presenti alla frontiera o su navi battenti bandiera italiana. Seguendo i principi sanciti dalla giurisprudenza appena richiamata, il diritto di ingresso *ex art. 10*, comma 3 Cost. dovrebbe essere garantito anche a persone che hanno manifestato la volontà di richiedere protezione e che si trovano su navi battenti bandiera straniera al largo delle coste italiane o attraccate in porto.

Negli ultimi anni, il ruolo del giudice ordinario rispetto al diritto di ingresso di richiedenti protezione via mare è stato limitato. L'adozione dei decreti interministeriali, a partire dall'entrata in vigore del D.l. n. 53 del 2019⁴⁷ (poi modificato dal D.l. n. 130 del 2020⁴⁸), ha radicato la giurisdizione del TAR del Lazio davanti al quale, come noto, sono stati impugnati i provvedimenti interministeriali⁴⁹.

Il giudice ordinario si è piuttosto occupato dell'ingresso dei richiedenti protezione solo incidentalmente, in giudizi non riguardanti direttamente l'accertamento o la violazione del diritto di cui all'art. 10, comma 3 della Costituzione. È il caso, ad esempio, dei procedimenti penali avviati a carico di ONG o altri vettori per i reati connessi al procurato ingresso illegale di stranieri (art. 12 t.u.i, ma non solo)⁵⁰ in cui i giudici hanno ritenuto sussistenti cause di giustificazione, come quella dell'esercizio di un diritto o dell'adempimento di un dovere *ex art. 51 c.p.*⁵¹ o della legittimità difesa *ex art. 52 c.p.*⁵².

⁴⁷ Convertito con legge n. 77 del 2019.

⁴⁸ Convertito con legge n. 173 del 2020.

⁴⁹ Per un'analisi di queste pronunce sia consentito il rinvio a C. SICCARDI, *I diritti costituzionali dei migranti in viaggio. Sulle rotte del Mediterraneo*, Napoli, 2022, pp. 146 ss. Più in generale sulla difficile tutela giurisdizionale dei diritti dei migranti ai confini cfr. M. D'AMICO, C. SICCARDI, *La tutela dei diritti costituzionali dei migranti ai confini*, in M. D'AMICO, M. AMBROSINI, E. PERASSI (a cura di), *Confini, Migrazioni e Diritti umani*, Milano, 2022, pp. 17 ss.

⁵⁰ Sul tema si veda S. ZIRULIA, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3/ 2020, pp. 143 ss.

⁵¹ Si pensi al caso *Rackete* cfr. Cass. Pen., sez. III, sentenza del 20 febbraio 2020 (ud. 16 gennaio 2020), n. 6626. Su questa pronuncia cfr. R. BIN, *Il "caso Rackete": una sentenza importante della Cassazione*, in *LaCostituzione.info*, 2020; S. ZIRULIA, *La Cassazione sul caso Sea Watch: le motivazioni sull'illegittimità dell'arresto di Carola Rackete*, in *Sistema penale*, 24 febbraio 2020.

⁵² Si pensi ai noti casi *Vos Thalassa* (cfr. Trib. Trapani, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, sentenza del 3 giugno 2019 non confermata da Corte di Appello di Palermo, cfr.

Più di recente, tuttavia, una pronuncia del Tribunale di Catania potrebbe avere l'effetto di potenziare il ruolo del giudice ordinario anche in relazione all'ingresso dei richiedenti protezione, salvati in mare.

Ci si riferisce alla vicenda della nave *Humanity*, battente bandiera tedesca, alla quale è stato rivolto, il 4 novembre 2022, un decreto interministeriale di divieto di sosta nelle acque territoriali «oltre il termine necessario ad assicurare le operazioni di soccorso e assistenza nei confronti delle persone che versino in condizioni emergenziali e in precarie condizioni di salute»⁵³.

A differenza dei precedenti casi di navi destinate ai divieti ministeriali, i difensori della *Humanity* non si sono limitati ad impugnare il decreto interministeriale davanti al Tar del Lazio⁵⁴, ma hanno proposto ricorso *ex art.* 700 c.p.c. al fine di domandare al giudice di ordinare l'immediato sbarco dei migranti rimasti ancora a bordo, affinché potessero esercitare il diritto a presentare domanda di protezione internazionale.

Ebbene, il Tribunale di Catania, pur dichiarando cessata la materia del contendere visto l'avvenuto sbarco di tutti i naufraghi, si è pronunciato sulla fondatezza della domanda, al fine di condannare il Ministero al pagamento delle spese giudiziali. A proposito, il giudice afferma chiaramente che «se non fosse cessata la materia del contendere per l'avvenuto sbarco, il ricorso sarebbe stato accolto» poiché «in presenza di domanda di protezione internazionale, sorge l'obbligo per lo Stato di registrare tale domanda consentendo la regolarizzazione seppur temporanea della permanenza del migrante nel

Corte d'Appello Palermo, sez. IV pen., sentenza del 3 giugno 2020, n. 1525; annullata poi da Cass., sez. pen. VI, sentenza del 21 dicembre 2021, n. 15869). Su questa vicenda, da ultimo cfr. F. PARISI, *Sul caso Vos Thalassa. La Cassazione afferma la configurabilità della legittima difesa per i migranti soccorsi in mare che si oppongono con violenza allo sbarco in Libia*, in *Il Foro italiano*, n. 9/2022, pp. 504 ss.; G. FALLACI, *Caso 'Vos Thalassa': configurabile la legittima difesa a favore dei migranti che si oppongono alla riconsegna alla Libia*, in *Rivista penale*, n. 5/2022.

⁵³ Cfr. decreto interministeriale *ex art.* 1, comma 2 del d.l. n. 130 del 2023, conv. con l. n. 173 del 2020, adottato dal Ministro dell'Interno, di concerto con il Ministro della Difesa e il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibile, del 4 novembre 2022. In generale sulle recenti politiche in materia intraprese dal Governo Meloni cfr. C. FAVILLI, *La stagione dei porti semichiusi: ammissione selettiva, respingimenti collettivi e responsabilità dello Stato di bandiera*, in *Questione giustizia*, n. 4/2022 e M. SAVINO, *Il passo falso del Governo Meloni sulle navi ONG e il rischio di isolamento dell'Italia nell'Unione*, in *ADiM Blog, Editoriale*, novembre 2022.

⁵⁴ Tar Lazio, sez. I ter, decreto del 18 novembre 2022, n. 13766. Con tale decreto il Tar del Lazio ha respinto il ricorso e l'istanza di misure cautelari monocratiche, non sussistendo il presupposto dell'estrema gravità e urgenza, visto l'avvenuto sbarco.

territorio dello Stato»⁵⁵. Ne discende, dunque, che in presenza di domanda di protezione internazionale deve essere garantito l'ingresso e lo sbarco dei richiedenti protezione costretti su una nave battente bandiera straniera.

La circostanza che il Tribunale di Catania abbia ritenuto sussistente la propria giurisdizione⁵⁶ apre interessanti scenari riguardo al tema in esame, incoraggiando la proposizione di ricorsi *ex art. 700 c.p.c.* anche per l'accertamento del diritto di ingresso di persone costrette a bordo di navi battenti bandiera straniera.

Sarà interessante valutare se i giudici continueranno sulla strada tracciata dal Tribunale di Catania, anche di fronte alla recente scelta legislativa del d.l. n. 1 del 2023, il quale ha dettagliato ulteriormente le ipotesi di divieto di transito e sosta nelle acque territoriali⁵⁷.

6. *Alcune riflessioni conclusive sul fondamento, sul presupposto e sugli strumenti di attuazione del diritto di ingresso dei richiedenti asilo*

È ora possibile svolgere qualche riflessione conclusiva sul quesito di fondo proposto in premessa. Ci si è chiesti se il diritto di ingresso dei richiedenti protezione internazionale possa essere accertato dal giudice, anche quando il ricorrente si trovi all'estero.

Alla luce dell'analisi svolta è possibile rispondere in senso affermativo a questa domanda, proponendo alcune precisazioni riguardo al fondamento costituzionale, al presupposto e agli strumenti di attuazione di tale diritto.

In primo luogo, il fondamento deve essere individuato nell'art. 10, comma 3 della Costituzione, dal quale discende il diritto di ingresso nel territorio nazionale dei richiedenti asilo e il conseguente obbligo di garantirlo, a carico delle autorità italiane, anche situate all'estero.

In secondo luogo, il presupposto necessario al fine dell'accertamento di

⁵⁵ Trib. Civ. Catania, sez. Immigrazione, ordinanza del 6 febbraio 2023.

⁵⁶ Emerge sullo sfondo il tema preliminare della giurisdizione sui diritti fondamentali. Per un approfondimento cfr. N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione*, in *Federalismi*, n. 12/2020, pp. 177 ss.

⁵⁷ Cfr. Art. 1 d.l. n. 130 del 2020, attualmente in sede di conversione, che modifica l'art. 1, comma 2 del D.l. 130 del 2020. Sulla novella legislativa cfr. L. MASERA, *Il d.l. Piantedosi 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.

tale diritto per via giudiziale è la verifica di una situazione di impedimento dell'esercizio delle libertà democratiche sancite dalla Costituzione italiana. Né la Costituzione, né la legge prevedono altre condizioni.

In terzo luogo, l'individuazione degli strumenti di attuazione idonei a rendere effettivo l'ingresso – come, ad esempio, un visto umanitario *ex art. 25* del Codice europeo dei visti – deve essere rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione, in base a quanto previsto per via legislativa.

Al contrario, nei casi analizzati in questo scritto i giudici hanno esercitato un ruolo che può definirsi “creativo” per due ragioni: essi si sono spinti sino ad indicare le condizioni per la sussistenza del diritto, pur non essendo previste da alcuna fonte (così sostituendosi al legislatore); inoltre, sono giunti ad individuare i provvedimenti amministrativi più idonei a rendere effettivo l'ingresso (così sostituendosi all'amministrazione).

Le conclusioni, anche di segno opposto, della giurisprudenza mettono in evidenza come sia molto problematico lasciare alle diverse sensibilità dei giudici, decisioni fondamentali per la garanzia dei diritti costituzionali.

Quanto appena affermato dimostra come sia tutt'oggi necessaria una legge che dia finalmente attuazione all'art. 10, comma 3 della Costituzione e che si proponga di definire le condizioni dell'ingresso ai fini della domanda di asilo, nonché di regolare gli strumenti (es. visto umanitario) per raggiungere in modo legale e sicuro «il territorio della Repubblica».

SUL DIRITTO AL RILASCIO DEL VISTO PER MOTIVI UMANITARI

Paolo Morozzo della Rocca*

SOMMARIO: 1. Dalla tensione ideale al performante giuridico. – 2. L’asilo dei padri costituenti. – 3. Il metaverso del diritto di asilo. – 4. Alla ricerca di un criterio di vigilata extraterritorialità del diritto a chiedere asilo. – 5. Il visto per motivi umanitari o di asilo nella giurisprudenza romana. – 6. Osservazioni conclusive.

1. *Dalla tensione ideale al performante giuridico*

Nella sua relazione Cecilia Siccardi giunge a un auspicio almeno in astratto condivisibile benché probabilmente orfano del *kairos*, date le tendenze dell’attuale maggioranza parlamentare: quello di una legge che regoli le richieste di asilo da lontano.

Secondo l’Autrice tale legge dovrebbe servire non tanto a introdurre un diritto nuovo, quanto a dare certezza e ordine disciplinare alla tutela di un diritto che si postula già riconosciuto dal nostro ordinamento in forza dell’art. 10, co. 3, Cost. (quello di chiedere asilo o comunque di essere messi in grado di chiedere asilo, ovunque ci si trovi nel mondo).

In effetti nella lettura di Siccardi (sulla scia, sia pure con alcune differenze, di altri autorevoli interpreti¹) l’art.10, co. 3, Cost, non si limita a prevedere il divieto di respingimento del profugo, ma garantisce il diritto a trasferirsi in Italia facendovi ingresso in modo legale e sicuro a coloro che dimostrino o possano dimostrare di avere bisogno di protezione.

Tale diritto implicherebbe di conseguenza l’obbligo per le autorità italiane che si trovano all’estero di fornire alle persone bisognose di protezione gli strumenti volti ad agevolare il raggiungimento sicuro del nostro paese, vuoi per godere del diritto di asilo loro riconosciuto in via anticipatoria, vuoi al fine di presentare o di formalizzare la domanda di protezione (ad esempio rilasciando loro un visto di ingresso per motivi umanitari o di asilo).

Collocato nell’ampia cornice del diritto costituzionale di asilo, tale diritto

* Professore ordinario di Diritto privato, Università per stranieri di Perugia.

¹ Sul punto cfr. anche M. BENVENUTI, *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, n. 2/2010, p. 55.

non sarebbe inoltre limitato a coloro che si trovino, dal punto di vista sostanziale, in una situazione astrattamente eleggibile alla protezione internazionale secondo la disciplina euro-unionale, ma riguarderebbe tutti quelli che nel loro paese soffrirebbero di un impedimento delle libertà democratiche sancite dalla Costituzione italiana, senza che sia necessaria la sussistenza di un qualche significativo legame con l'Italia.

C'è in questa tesi una tensione ideale e l'ascolto di un dramma: quello delle tante vittime di viaggi clandestini e pericolosi, tra le quali particolarmente numerosi sono proprio coloro che fuggono da situazioni di guerra, di pericolo, o di privazione di libertà².

Occorre tuttavia capire se questa tensione ideale, certamente condivisibile, possa dare forma – e in quale misura – a una costruzione giuridica performante, tale da obbligare davvero l'amministrazione al rispetto dell'ipotizzato diritto mediante comportamenti positivi.

2. *L'asilo dei padri costituenti*

Ha certamente ragione Siccardi nel ricordarci come non abbia senso mettere in discussione la precettività dell'art. 10 Cost.³, incautamente messa in dubbio in un infelice ma in realtà secondario passaggio di una recente pronuncia⁴.

Ciò che invece occorre davvero chiarire è se l'art.10, co. 3, Cost. affermi, oppure no, che il diritto di asilo possa essere invocato ovunque nel mondo (ad esempio rivolgendosi a un nostro consolato) da chiunque viva nella privazione delle libertà costituzionali, vincolando l'Italia all'obbligo di esaminarne la domanda.

Vero è, in effetti, che l'art. 10, co. 3, Cost., non si colloca territorialmente. È tuttavia difficile pensare che, nel pensiero dei costituenti esso non avesse riguardo allo straniero sottoposto alla sfera di controllo (potremmo al ri-

² Come sottolineato, tra molti, da P. BONETTI, *La crisi afghana come spunto per risolvere i nodi strutturali del diritto di asilo*, Editoriale, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3/2021, p. 3 ss.

³ Precettività affermata in dottrina già da P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, p. 217; e A. CASSESE, *Art.10*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, p. 534 ss.

⁴ Cfr. Trib. Civ. Roma, Sez. pers. e imm., sentenza del 27 giugno 2022, r.g. 23824/2022.

guardo utilizzare il termine internazionalistico di giurisdizione⁵) dello Stato, pensata in termini essenzialmente di territorio e di confini.

Forse è proprio per la scontatezza di questa delimitazione che i costituenti non si posero nemmeno la domanda che invece ci poniamo noi oggi. Essi che, pure, produssero una norma che la giurisprudenza civile, sin dagli ultimi anni del secolo scorso, ha chiarito essere direttamente, indiscutibilmente e incondizionatamente efficace nei riguardi di chi chieda asilo alle nostre frontiere o già nel nostro territorio, a prescindere dalla sua regolare o irregolare posizione di ingresso o di soggiorno⁶.

Piuttosto, consapevoli dei grandi flussi migratori prodotti dalle guerre che essi già avevano conosciuto (e in particolare dalle due guerre mondiali) i costituenti si erano invece posti il problema del possibile formarsi, in tempi e modi talvolta imprevedibili, di moltitudini migratorie che potessero premere dall'esterno sulle frontiere dell'Italia.

È questa la principale ragione che condusse a inserire nel testo dell'art. 10, c. 3, Cost. l'ambiguo e generico riferimento alle condizioni previste dal legislatore, perché presidiasse la tenuta ordinamentale del diritto di asilo nel concreto svilupparsi delle crisi internazionali e della geopolitica regionale⁷.

Vero è che, rispetto ad allora, nel mutato mondo di oggi l'Europa difende i suoi confini non più solo con le guardie di frontiera ma anche, o soprattutto, con le politiche dell'inavvicinabilità, le quali per un verso mirano a evitare il dilemma stesso della frontiera, ma nello stesso tempo lo aggrava, esternalizzando, in diversi modi, le frontiere, le quali peraltro non sono più tanto e solo frontiere italiane quanto frontiere europee⁸.

Abbattuti in termini generali i pericoli materiali e giuridici del viaggiare, questi sono oggi redistribuiti secondo verticale sproporzione: se sei un turista

⁵ Ed è questa infatti la frontiera oggi in maggiore discussione nei dibattiti sull'asilo. Al riguardo cfr. M. SOSSAI, in P. MOROZZO DELLA ROCCA e M. SOSSAI, *Chiedere asilo da lontano*, in *Diritti senza confini, Questione Giustizia*, postato il 12 settembre 2022, spec. p.6 ss.

⁶ Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., sentenza del 26 maggio 1997, n.4674, seguita poi da numerosi arresti conformi.

⁷ Il riferimento alle condizioni di legge fu alla fine preferito alla formulazione precedentemente proposta di subordinazione del diritto di asilo "alle restrizioni della legge sull'immigrazione", decisamente inaccettabile, su cui M. NICOLINI, C. PANZERA, *Asilo*, in C. PANZERA, A. RAUTI (a cura di), *Dizionario dei diritti degli stranieri*, Napoli, 2020, p. 32.

⁸ Come ben rileva M. SAVINO, voce *Immigrazione*, in *Enc. Dir., I tematici, III, - Funzioni Amministrative*, Milano, 2022, p. 599 ss., un primo tratto di tali politiche è costituito proprio dalle politiche di diniego del visto per rischio migratorio.

per venire in Italia puoi prendere l'aereo, ma se sei un perseguitato devi andare in Libia e poi prendere la barca, investendo molto più denaro, ma soprattutto rischiando la vita e certamente subendo trattamenti inumani.

3. *Il metaverso del diritto di asilo*

Per queste ragioni la domanda che si pongono Siccardi e con lei altri giuristi è strategica, perché per ogni profugo che riesce ad arrivare in Italia ve ne sono moltissimi altri che se potessero arriverebbero, ma non sanno come fare o non ci riescono; e purtroppo tra quelli che provano senza riuscirci molti sono quelli che perdono la vita.

Il tema posto nella relazione di Siccardi – quello del rapporto tra profughi in arrivo e profughi che vorrebbero arrivare – è del resto parte di un fenomeno più grande che ha a che fare con la potenza dei fattori che spingono ad emigrare.

Sappiamo bene infatti che i 18.148 tunisini sbarcati sulle coste italiane nel 2022 non sono, nemmeno grosso modo, tutti quelli che volevano imbarcarsi e a cui dunque, in ipotesi, si sarebbe potuto offrire un percorso legale sufficientemente recettivo da non sospingerli nella clandestinità (o da non destinarli a rimpatrio). Essi sono invece una ben piccola componente di quella gioventù tunisina che oggi, per più del 90%, condivide con la minoranza partente il medesimo sogno migratorio; analogamente a ciò che spera di fare la maggioranza dei giovani africani nel loro complesso.

Ciò si deve a una molteplicità di fattori che raramente consentono di tracciare una linea sicura tra migrazioni economiche e migrazioni forzate, sicché l'intreccio delle motivazioni e delle ragioni del migrare pare a volte indistinguibile anche con riguardo ad ogni singola persona.

Sembra del resto che a livello globale il modello democratico attraversi una fase difficile, se non di recessione; nel mentre, crisi economiche e climatiche si combinano o addirittura trovano corresponsabilità in governi non rispettosi dei diritti umani e sociali fondamentali; e i conflitti armati, di varia intensità, trovano maggiore spazio e minore componibilità a causa dei mutevoli equilibri globali e regionali.

In questa ampia e problematica cornice si collocano moltitudini immense di persone e di diritti umani fondamentali calpestati. Ed è purtroppo questa la ragione per cui, a mio parere, solo nel metaverso-mondo sarebbe ipotizzabile l'affermazione incondizionata, per chi nel pianeta non goda delle libertà democratiche riconosciute dall'Italia, del diritto di ottenere un visto di in-

gresso con cui viaggiare per stabilirsi legalmente nel nostro paese. A meno che – o fino a che – tale diritto non venga contemporaneamente affermato e regolato (dunque necessariamente condizionato) da parte della comunità internazionale.

L'impossibilità di fare coincidere il verso della realtà (spesso offuscato dall'ideologia del sovranismo e della xenofobia) o almeno della fattibilità con il metaverso-mondo ha di recente portato ad un vivo confronto tra la giurisprudenza romana e alcuni fra gli interpreti impegnati, con grande determinazione, nella tutela dei diritti dei migranti e dei profughi meritevoli di protezione.

Come è noto, in via cautelare il tribunale di Roma sul finire del 2021 aveva ordinato al Ministero il rilascio di visti umanitari a favore di due giornalisti afgani rifugiatisi in un paese confinante con l'Afganistan, nonostante la mancanza di una norma di diritto interno che disponesse in tal senso.

È però significativo a mio parere che il giudice monocratico di quella prima decisione figurò poi in decisioni di diverso segno che sono state adottate a breve distanza di tempo dal medesimo tribunale rielaborando il tema.

Il giudice del merito in quella prima occasione aveva forse pensato di salvaguardare una singola posizione senza attendersi un successivo volume di richieste; e non era probabilmente pronto ad aprire nel sistema quella breccia che gli si è poi insistentemente chiesto di aprire.

Mettendo forse a nudo un certo affanno nell'individuazione della motivazione, riguardo a un provvedimento adottato in realtà sulla base di un sentimento di equità e di solidarietà, è stato infatti scritto in quel primo decreto ex art. 700 c.p.c. che quello che per le autorità statali costituisce una mera facoltà (rilasciare oppure no un visto di ingresso) per il giudice dei diritti fondamentali rappresenta invece «un'attività doverosa»⁹.

Al che al lettore potrebbe intenzionalmente sfuggire il fatto che alla pubblica amministrazione il potere di rilasciare o di rifiutare un visto è dato dal legislatore, il quale può vincolarla oppure lasciarle uno *spatium deliberandi*. L'amministrazione esercita solo entro tali margini, sia pure soggetti a interpretazione, il potere dato, senza che le sia consentito travalicarli o deviarne l'esercizio; e negli stessi margini il giudice, sottoposto alla medesima legge, può valutare l'azione amministrativa e tutelare i diritti da essa calpestati.

Non esistono quindi due corporazioni di interpreti con principi giuridici

⁹ Trib. Civ. Roma, Sez. pers. e imm., sentenza del 21 dicembre 2021, r.g.62652/2021, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza* n. 1/2022, *Rass. giurispr. Asilo e protezione internazionale*, a cura di M. FLAMINI e N. ZORZELLA.

diversi da rispettare, ma due poteri entrambi tenuti al rispetto dei diritti così come essi sono stati configurati dal diritto positivo. E non v'è dubbio sul fatto che, collocandosi l'art. 10 Cost. all'apice del diritto positivo italiano, il rilascio del visto sarebbe stato un atto dovuto da parte dell'amministrazione se il mancato rilascio, benché in ottemperanza a una legge ordinaria, avesse comportato una violazione della norma costituzionale.

Sembra però che tale ipotesi non sia stata seguita dalla giurisprudenza, niente affatto convinta di una pura e semplice extraterritorialità del diritto di chiedere asilo in Italia.

Mi si consenta di sottolineare come l'argomento principe di tale rifiuto, benché di solito anticipato e dunque sostituito da considerazioni di carattere esegetico o sistematico, sia dato in primo luogo dalla sua insostenibilità, cui segue però la constatazione della sua contraddittorietà con la collocazione dell'Italia nel sistema europeo della protezione internazionale¹⁰.

Non è facile rispondere, ma occorre comunque chiederselo: quanti milioni di profughi o di persone che avrebbero ragioni per divenire tali chiederebbero di venire legalmente in Italia se il loro diritto di asilo costituzionale nel nostro Paese fosse da loro azionabile attraverso l'ottenimento di un visto di ingresso presso i consolati italiani del paese dove hanno trovato primo rifugio o del quale sono cittadini?

La domanda riguarderebbe in primo luogo, ma di certo non solo, i profughi presenti a milioni in paesi come il Pakistan, il Libano, la Giordania, l'Etiopia, il Kenia, l'Iran, la Turchia, il Mozambico, il Congo, l'Uganda, il Messico, la Colombia, e altri ancora, dove sorgono i più numerosi campi di accoglienza del pianeta.

Una domanda ulteriore, essa pure volta a scenari improbabili, è invece: quanti di tutti loro chiederebbero il visto per l'Italia se questo medesimo diritto fosse loro riconoscibile, sulla base di una regola vincolante condivisa dalla comunità internazionale, dai consolati dei diversi paesi del mondo?

Risponderei alla prima domanda immaginando moltitudini. Viceversa, risponderei alla seconda immaginando certamente molti ingressi, ma forse non moltissimi, di profughi che forse sceglierebbero l'Italia per lo più in ragione

¹⁰Il "Sistema Dublino" di ripartizione delle responsabilità dei paesi membri riguardo alle domande di asilo è in effetti incompatibile con il principio di libera scelta del Paese di asilo, come nota (riguardo proprio al diniego consolare del visto per motivi umanitari) Trib. Civ. Roma, sentenza del 24 giugno 2022, r.g. 23824/2022, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2022, *Rass. giurispr. Asilo e protezione internazionale*, a cura di M. FLAMINI e N. ZORZELLA.

di un legame esistenziale o culturale o di una catena familiare che già li connette al nostro Paese prima di averlo scelto come loro destinazione di asilo.

Si tratta, riguardo ad entrambi questi scenari, di ipotesi lontane dal presente, ma se la politica del diritto va pensata come strategia di cambiamento ed esercitata attraverso l'arte del possibile, è allora il secondo dei due scenari quello sul quale potrebbe valere la pena soffermarsi in quanto, almeno in astratto, o in parte, possibile.

4. *Alla ricerca di un criterio di vigilata extraterritorialità del diritto a chiedere asilo*

Dovremmo in realtà chiederci se tale scenario riguardi esclusivamente una realizzazione futura e invero improbabile, richiedendo iniziative politiche multilaterali che non sembrano potersi scorgere oggi all'orizzonte, oppure se non sia invece possibile rinvenire nell'ordinamento giuridico vigente una sua pur parziale concretizzazione domestica, poi suscettibile di ulteriori sviluppi.

La scelta dello scenario sul quale riflettere e per la cui realizzazione operare è molto delicata – almeno se non si intende solo fare esercizio di accademia – perché insistere su obiettivi irraggiungibili rischia di fare smarrire la strada per giungere almeno a obiettivi più limitati; invero talvolta essi pure ambiziosi benché non connotati dal marchio di quella pura e santa impossibilità che caratterizza i primi.

Potrebbe essere opportuno, al riguardo, riflettere sulla doppia porta chiusa alla tesi che l'art. 25 del codice visti ponga l'obbligo per gli Stati membri di rilasciare un visto di ingresso per motivi umanitari a chiunque lo richieda perché spinto da gravi fattori di rischio a fuggire dal proprio Paese.

Come è noto, la Corte di Giustizia¹¹ (seguita poi dalla stessa Corte EDU¹²) ha infatti rigettato tale assunto, nonostante l'opinione del tutto favorevole dell'Avvocato Generale Mengozzi. Quest'ultimo, nel sostenere la più radicale apertura al diritto di ingresso per motivi umanitari, ha però altresì argomentato contro il possibile accoglimento della tesi favorevole al diritto di ingresso per motivi umanitari di coloro che abbiano un particolare

¹¹ CGUE, sentenza del 7 marzo 2017, *X e X c. État belge*, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173.

¹² Corte EDU (Grande Camera), sentenza del 5 marzo 2020, *M.N. e altri c. Belgio*, ric. n. 3599/18.

legame con il territorio del Paese membro, rendendo così più agevole alla Corte il rigetto anche di questa seconda e minore opzione di estroversione dei doveri di protezione internazionale¹³.

La mia impressione è che – trasferito il terreno di gioco nell'ambito domestico – quella medesima opzione lasciata ai margini del campo euro-unionale debba invece essere valorizzata proprio alla luce dell'art.10, co. 3, Cost., del quale un'acuta dottrina ha messo in luce l'ambito di applicazione segnalando, per un verso, la precettività immediata del dovere di protezione internazionale, che i Costituenti certamente intendevano riferire, in primo luogo, al divieto assoluto di *refoulement* e dunque al diritto di accedere alla procedura di asilo in capo allo straniero giunto ai nostri confini o entrato sul territorio nazionale.

Il medesimo autore ha però anche segnalato l'incompletezza disciplinare della norma costituzionale, la quale è di per sé direttamente applicabile, contenendo però una disciplina completa solo «di alcune parti dell'istituto» e necessitando invece per altre sue parti «di disposizioni legislative di applicazione»¹⁴. Si tratta, a me pare, più di un auspicio che di una mera constatazione. Auspicio purtroppo mai colto nei momenti opportuni e da dimenticare in quelli inopportuni della nostra povera politica.

Ciò spiega tuttavia, per un verso, perché i giudici per molto tempo abbiano potuto riconoscere il diritto costituzionale di asilo anche in assenza di un quadro normativo coerente e sintonico con l'art. 10 Cost., sospingendo poi lo stesso legislatore verso il riconoscimento della protezione umanitaria prima e della protezione speciale poi.

Per altro verso però può pure spiegare perché, a fronte della pretesa di giungere in Italia per chiedere asilo, cosa ben diversa dall'esserci, l'interprete

¹³ Si legge nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale Paolo Mengozzi, del 7 febbraio 2017 che «l'assenza di legami familiari o di altra natura di un simile cittadino con lo Stato membro destinatario della richiesta è a tal proposito irrilevante».

¹⁴ Così C. ESPOSITO, *voce Asilo (diritto di) (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, III, 1958, p. 224, la cui esatta citazione è stata anagrammata nel testo senza però alterarne il senso. Il testo esatto del periodo citato è il seguente: «È diffusa opinione che l'art. 10, comma 3, sia programmatico per la sua vaghezza. (...) Inoltre, esso sarebbe programmatico perché la stessa Costituzione rinvia alla legge perché fissi le condizioni per il godimento del diritto proclamato. L'affermazione è però inesatta sia perché la disposizione, come si vedrà, è di per sé applicabile, sia perché, se pure in una parte necessitasse di disposizioni legislative di applicazione, essa contiene tuttavia, senza possibilità di dubbio, una disciplina completa di alcune parti dell'istituto ed una precisa delimitazione dei poteri della legge».

invochi invece la necessità di una regolamentazione ulteriore che a sua volta costituisca l'esito di un posizionamento consapevole dell'Italia riguardo alle responsabilità da assumere sullo scenario internazionale fatto di conflitti politici e di crisi umanitarie; e dunque delle necessità di asilo che si producono e si moltiplicano senza sosta nel globo terrestre.

Per queste ragioni – è ancora il medesimo autore a notarlo – il legislatore dovrebbe farsi carico di accertare e determinare se, ed in quali limiti, sussistano le condizioni per l'attuazione anche riguardo a chi si trovi lontano dal territorio italiano «dell'art. 10, comma 3, Cost., agendo eventualmente, nello spirito della Costituzione, in esecuzione di accordi internazionali che fissino in via assoluta o correlativa il “grande numero” di coloro che, trovandosi nelle condizioni previste dalla Costituzione, possano materialmente trovare asilo in Italia»¹⁵.

L'auspicio di una legge che, coerentemente con lo spirito della Costituzione, disciplini le condizioni di accesso all'asilo delle persone che si trovino in paesi terzi nell'impossibilità di raggiungere il nostro Paese legalmente è stato ancora di recente, specie dopo la crisi afgana, ripetuto dalla dottrina¹⁶, cadendo in periodo decisamente sfavorevole.

È forse possibile ampliare quella pur giusta osservazione dell'autorevole costituzionalista osservando che se certamente è mancata e manca una legge che enunci le condizioni per la richiesta di asilo al di fuori del territorio nazionale; tuttavia, dette condizioni potrebbero essere trovate nel più complesso corpo dell'ordinamento giuridico.

Orfani non inconsolabili del lavoro legislativo, possiamo dunque confidare che la magistratura si faccia nuovamente cercatrice di quei principi e riferimenti normativi già presenti nell'ordinamento giuridico, tali da consentire già ora di applicare l'art. 10, co. 3, Cost. alle condizioni e nei limiti previsti dalla legge; e ciò, se non a profitto di tutte le persone assenti dal territorio nazionale che pur vorrebbero, se ve ne fosse la possibilità, ottenervi asilo, almeno di quelle che vantino con l'Italia un contatto sociale adeguato.

¹⁵ Così ancora C. ESPOSITO, *Op. cit.*, p. 225. In senso diverso, di recente, M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo*, cit., p. 144 ss., secondo il quale la prospettazione di accordi internazionali per la ripartizione di profughi o di richiedenti asilo «vanificherebbe la libertà per lo straniero di scegliere proprio il nostro Paese piuttosto che un altro», la quale costituirebbe “un elemento non riducibile del diritto di asilo nella sua dimensione costituzionale».

¹⁶ Necessità da ultimo richiamata, tracciandone le possibili linee portanti, da P. BONETTI, *La crisi*, cit., p.3, nonché da C. SICCARDI, *Quali vie di ingresso legale per i richiedenti protezione in Europa? Contesto europeo e costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2022, p. 76 ss.

La stessa Corte EDU, nella richiamata decisione contraria alla individuazione di un diritto di accesso generalizzato all'asilo per il tramite dell'art.25 codice visti, ha del resto fatto salvi «gli sforzi intrapresi dagli Stati parte per facilitare l'accesso alle procedure di asilo attraverso le loro ambasciate e/o rappresentanze consolari»¹⁷. Occorre allora domandarsi quale contributo possano offrire i giudici nazionali alla ricerca di un orientamento nell'emanazione di visti che consentano trasferimenti legali e sicuri.

5. *Il visto per motivi umanitari o di asilo nella giurisprudenza romana*

Le decisioni sui visti umanitari rese dal Tribunale di Roma – specie, ma non solo, tra la fine del 2021 e il 2022 – paiono segnate dalla mancata intesa tra una giurisdizione di per sé non ostile alla possibilità di affermare il diritto di ingresso legale in Italia per richiesta di asilo, purché a determinate condizioni, e un protagonismo nella rappresentanza legale dei diritti dei profughi residenti all'estero decisa a sostenere il diritto al rilascio del visto per motivi umanitari senza alcuna condizione se non la dimostrazione del loro bisogno di protezione.

Merita infatti ricordare che presso il Tribunale di Roma l'affermazione giurisprudenziale del diritto di asilo o di ingresso per motivi umanitari della persona assente dal territorio nazionale aveva già trovato qualche significativo riscontro ben prima della crisi afgana, dando luogo a un orientamento interessante, pur se non impetuoso, il cui caso più noto, ma forse non il più rilevante, è quello che riguardò il leader curdo Ocalan¹⁸.

Nella massima repertoriata quella celebre decisione del tribunale di Roma reca la netta affermazione secondo cui «la presenza del richiedente asilo nel territorio dello Stato non è condizione necessaria per conseguire il diritto di asilo», ma in realtà Ocalan si trovava già in Italia – peraltro giuntovi grazie all'interessamento di esponenti politici della maggioranza di governo dell'epoca, che ve lo accompagnarono con non poco risalto mediatico – quando aveva chiesto l'asilo. Inoltre, il suo successivo allontanamento, pur volontario sotto il profilo formale, sembra non fosse stato motivato da una sua libera volontà di trasferirsi all'estero bensì da ragioni di sicurezza riguardanti la sua persona, ma forse riguardanti soprattutto la stessa sicurezza dello

¹⁷ Corte EDU, *M.N. e altri c. Belgio*, cit., n. 126.

¹⁸ Trib. Civ. Roma, sentenza del 1° ottobre 1999, in *Rivista di diritto internazionale*, 2000, p. 240 ss.

Stato, minacciata, stando a insistenti voci, dalla risentita reazione del governo turco alla decisione italiana di invitarlo, accoglierlo e proteggerlo.

Al di là degli *obiter dicta*, il Tribunale di Roma affermò quindi il principio di diritto secondo cui «qualora il richiedente asilo si trovi in stato di libertà in Italia al momento della proposizione della domanda, il successivo allontanamento dal territorio italiano non fa venir meno l'interesse ad agire» dato che (questa almeno era la speranza del Tribunale) il riconoscimento del diritto di asilo avrebbe potuto comunque influire sulla sua successiva situazione di detenuto in Turchia. E in effetti a sostegno della decisione fu richiamata la disciplina ginevrina e quella della Convenzione di Dublino del 1990 sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo, rilevando che Ocalan si fosse allontanato per troppo poco tempo dall'Italia (cioè da meno di tre mesi sino alla cattura da parte delle forze speciali turche) per consentire a quest'ultima di non esserne più responsabile.

La decisione dei giudici capitolini trova dunque base giuridica in una precedente assunzione di responsabilità da parte dell'Italia e riguarda la procedibilità di una domanda di asilo già presentata sul territorio nazionale e non rinunciata né prima né dopo l'allontanamento "volontario" dall'Italia del richiedente.

Il diverso ma contiguo diritto di accedere nel territorio dello Stato al fine di essere ammesso alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale è stato riconosciuto, molti anni dopo, ad alcuni profughi dei quali era stata previamente accertata l'illegittimità del respingimento in mare operato dalle autorità italiane nel 2009. Di primo acchito l'apporto ricostruttivo della decisione potrebbe sembrare limitato. Il diritto al rilascio del visto in essa sancito non ha infatti come presupposto la libertà di scelta dell'Italia quale Paese di asilo individuato dal richiedente prima dell'espatrio, o comunque prima dell'imbarco finale, ma il grave episodio del già avvenuto respingimento da parte delle autorità italiane in violazione del divieto di *refoulement* dei richiedenti asilo e dunque il rilascio del visto di ingresso ai richiedenti asilo (nel frattempo trasferitisi in Israele) avrebbe potuto essere visto, sul piano funzionale, come una sorta di riparazione in forma specifica del diritto di chiedere asilo a suo tempo violato¹⁹.

L'interessante decisione si fa tuttavia più rilevante in ragione della riquilibrata della domanda dei ricorrenti da parte del tribunale, il quale esclude che possa darsi luogo al risarcimento in forma specifica nei confronti

¹⁹ Trib. Civ. Roma, sentenza del 28 novembre 2019, r.g. n. 22917/2019, confermata da Corte d'Appello di Roma, sentenza dell'11 gennaio 2021, r.g. 2525/2020.

dell'Amministrazione ma in suo luogo accerta l'applicabilità diretta dell'art. 10, co. 3 Cost. affermando che la presenza sul territorio italiano, pur normalmente necessaria per potere formulare la domanda di asilo, non è più richiesta dal precetto costituzionale nelle ipotesi in cui la mancanza del requisito della presenza non deriva da circostanze imputabili al richiedente asilo bensì da un fatto illecito commesso dall'Amministrazione stessa, determinando quindi un espandersi del campo di applicazione diretta della norma costituzionale coniugabile, oltre che alle ipotesi di illecito respingimento, anche ad altri impedimenti posti in essere dall'Italia che vengano qualificati come colpevoli dal giudice del diritto di asilo²⁰.

Particolarmente rilevante ai fini che qui interessano è pure l'ordinanza ex art. 700 c.p.c. con la quale il Tribunale di Roma ha ordinato al ministro degli Esteri il rilascio del visto per motivi umanitari, anziché per motivi familiari, del figlio ancora minorenne di una cittadina nigeriana essa stessa titolare di un permesso di soggiorno per motivi umanitari (titolo di soggiorno ora abolito, il quale comunque non consentiva di richiedere il ricongiungimento familiare)²¹.

Accogliendo le tesi del ricorrente, il tribunale ha affermato la sussistenza del requisito del *fumus boni iuris* ritenendo che la situazione del ragazzo (bisognoso di cure mediche e dimorante in Libia come minore non accompagnato protetto dall'agenzia onusiana IOM) fosse sussumibile nella fattispecie astratta di cui all'art. 25 del Regolamento (CE) n. 810/2009, ove è affermata la possibilità per gli Stati membri di rilasciare visti a territorialità limitata «per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali» in deroga al principio dell'adempimento alle condizioni di ingresso di cui all'art.5, par.1, lett. a), c), d) ed e) del Codice frontiere Schengen.

Il Tribunale si distanzia qui da alcune letture delle già richiamate pronunce delle Corti europee, non condividendone l'assunto secondo il quale la concessione di un visto per motivi umanitari non costituirebbe mai per gli Stati un obbligo nei confronti dei soggetti richiedenti ma una mera facoltà.

²⁰ Coglie il punto M. GIUFFRÈ, *Esternalizzazione delle frontiere e non-refoulement: accesso al territorio e alla procedura di asilo alla luce della sentenza n. 22917/2019*, in *Questione giustizia*, n. 1/2020, p. 198.

²¹ Trib. Civ. Roma, Sez. pers. imm., sentenza del 21 febbraio 2019, su cui, E. FRASCA, *L'ordinanza del Tribunale di Roma del 21 febbraio 2019 che obbliga il ministero degli Esteri all'immediato rilascio di un visto per motivi umanitari restituisce un senso all'articolo 25 del codice dei visti europeo: politiche del diritto ed esigenze di tutela a confronto*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2019, p. 207 ss.

Simili ma non identiche, peraltro, le due questioni postesi rispettivamente al giudice dell'Unione e a quello capitolino, giacché il primo aveva dovuto valutare se il cittadino straniero fosse oppure no titolare di un diritto all'applicazione dell'art. 25 del Regolamento n. 810/2009, mentre il secondo si è invece chiesto, rispondendosi positivamente, se nel caso di specie l'ordinamento interno rendesse oppure no doveroso per lo Stato Italiano (sulla base dei parametri costituzionali) il rilascio di un visto per motivi umanitari, posto che tale visto è tra quelli che ciascun paese ha la possibilità (anche se non l'obbligo) di rilasciare ai sensi del diritto dell'Unione Europea.

L'accoglimento della domanda da parte del Tribunale di Roma in effetti non è fondato in via principale sull'applicazione autosufficiente dell'art. 25 del codice visti, richiamato solo come forma attuativa dell'adempimento degli obblighi derivanti dall'applicazione dell'art. 28 t.u.i. (ove è recepito, tra l'altro, l'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo). L'interpretazione, costituzionalmente orientata, del segnalato combinato disposto porta dunque il Tribunale ad affermare che, a fronte di una situazione di particolare vulnerabilità (da cui anche il ravvisarsi del *periculum in mora*), lo Stato deve consentire il ricongiungimento del minore alla madre regolarmente soggiornante anche in deroga alla disciplina di cui agli artt. 28 e ss. t.u.i. e dunque al di fuori del procedimento ordinario di ricongiungimento familiare.

Un passo decisivo nel valorizzare i pregressi legami del richiedente con l'Italia è stato infine compiuto con un'ordinanza del tribunale romano del maggio 2022 pronunciata riguardo a un attivista politico del Saharawi che aveva vissuto diversi anni, sin da minorenni, in Italia a seguito di un ricongiungimento familiare, fino al suo arresto e alla sua pluriennale detenzione da parte delle autorità marocchine in occasione di una sua visita in quel Paese.

Riparatosi successivamente in Tunisia, egli aveva poi ricevuto il rifiuto del visto di ingresso in Italia per motivi di salute, ma ha poi ottenuto dal giudice romano l'ordine di rilascio di un visto finalizzato alla proposizione della domanda di protezione internazionale, dovendo «in primo luogo rilevarsi come sussista un solido criterio di collegamento con lo stato italiano che permette di ritenere sussistente il diritto del ricorrente a fare ingresso sul territorio per presentare domanda di protezione internazionale. Egli, infatti, ha fatto ingresso in Italia da minorenni e ivi ha sempre vissuto con la sua famiglia di origine, prima di recarsi in Marocco per visitare alcuni parenti nelle more del procedimento amministrativo di rinnovo del permesso di soggiorno che non ha potuto coltivare e portare a termine per cause di forza maggiore e senz'altro a lui non imputabili».

Nel commentare questa decisione qualcuno ha voluto vedervi, piuttosto, l'avvenuta qualificazione del provvedimento consolare sulla richiesta di visto come atto di giurisdizione, data tra l'altro la particolare natura del visto, finalizzato all'esercizio in Italia del diritto di asilo.

«Se così non fosse – è stato dunque affermato - qualsiasi persona straniera che abbia vissuto per un determinato periodo di tempo in Italia potrebbe, anche a distanza di anni, chiedere e ottenere un visto per sfuggire oggi a una delle molteplici violazioni dei diritti umani che integrano il diritto d'asilo»²².

Al riguardo osservo però che è proprio la valorizzazione di un precedente legame con l'Italia, specie, anche se non necessariamente, se prolungato nel tempo, a costituire un criterio di ragionevole ampliamento delle responsabilità del nostro Paese nell'attuazione del diritto di asilo, oltre ad essere il motivo per il quale il quel caso il ricorrente aveva chiesto il visto per l'Italia e non per un altro paese. O almeno così è parso al Tribunale, il quale fonda sull'oggettivazione biografica di questo motivo la sua decisione, osservando in particolare che: «non vi è dubbio che nel caso di specie il solido legame del ricorrente con lo Stato italiano permette di ritenere sussistente il suo diritto ad accedere sul territorio nazionale per presentare domanda di protezione internazionale. (...)».

Il richiedente infatti «non risulta avere nessun legame con altri paesi in grado di offrirgli protezione, mentre risulta provato che in Tunisia corra il concreto rischio di essere rimpatriato in Marocco, dove sarebbe soggetto a gravi persecuzioni da parte delle autorità marocchine».

L'oggettività biografica del legame del richiedente asilo con l'Italia è, nella condivisibile ricostruzione che fa il giudice romano, il criterio legale (o, almeno, una sua eloquente espressione) depositato nelle pieghe dell'ordinamento giuridico tramite il formante giurisprudenziale. Il che consente di evitare che lo strumento dei corridoi umanitari (rectius: del visto per motivi umanitari) a sette anni dalla loro concreta promozione da parte di alcuni enti della società civile²³, «sia rimesso alla sola discrezionalità della pubblica amministrazione senza che sia possibile alcun sindacato giurisdizionale in merito o alcuna applicazione giurisprudenziale di tale istituto».

²² Trib. Civ. Roma, sentenza del 24 maggio 2022, r.g. 15094/2022, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2022, *Rass. giurispr. Asilo e protezione internazionale*, a cura di M. FLAMINI e N. ZORZELLA, ove il citato commento.

²³ Sia consentito il rinvio a P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I due protocolli d'intesa sui "corridoi umanitari" tra alcuni enti di ispirazione religiosa ed il Governo ed il loro possibile impatto sulle politiche di asilo e immigrazione*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2017, p.1 ss.

6. Osservazioni conclusive

Gli elementi che conviene assumere come paradigmatici nell'ordinanza romana del 2019 sono certamente l'esistenza di una situazione di pericolo (costituita in quel caso dalla difficile sopravvivenza del minore in Libia) e la concreta consistenza del legame con l'Italia, legame in questo caso di tipo familiare (non legittimante tuttavia, di per sé, un'ordinaria procedura di ricongiungimento).

Questi due elementi caratterizzano molte situazioni nelle quali l'interprete dovrebbe ragionevolmente differenziare la posizione del singolo richiedente il visto per motivi umanitari rispetto alla moltitudine dei profughi attuali o futuri nel mondo.

Successivamente, specie con l'ordinanza del 24 maggio 2022, il tribunale romano ha preso ancor maggiore consapevolezza di come il legame culturale, biografico, o familiare con l'Italia possa fungere da criterio di attuazione di quel diritto di asilo costituzionale dalla cui richiesta di riconoscimento la Costituzione non ha escluso chi si trovi fuori dal territorio nazionale, limitandosi a porre l'esigenza di individuarne le condizioni di accesso.

La giurisprudenza capitolina – inclusa quella più recente, tra cui, dopo la consegna di questo breve contributo, Trib. Civ. Roma, Sez. pers. imm., Ordinanza 9 giugno 2023, n.20121/2023, che ordina il rilascio del visto a cittadino tunisino già illegittimamente espulso benché richiedente asilo – non sembra quindi volta a una rigida chiusura del diritto di chiedere asilo, restringendolo dentro i confini fisici dell'Italia. Piuttosto, essa pare tesa a valorizzare, meglio e più ampiamente, quel concetto di “relazione qualificata” che potrebbe consentire di aprire canali di non scarso rilievo per un ingresso legale e sicuro dei richiedenti asilo²⁴.

Potrebbe questo essere il caso del profugo afgano che era già vissuto in Italia in anni passati ma era poi ritornato nel suo Paese sperando nella normalizzazione prodotta dagli eserciti occidentali. Potrebbe essere il caso del profugo siriano in grave pericolo i cui fratelli o il cognato risiedono in Italia e si offrono di garantirne, con impegno giuridicamente vincolante (almeno sul piano del diritto civile, in assenza di norme che ne presidino l'adempimento sul piano del diritto amministrativo) gli alimenti per un congruo periodo nel caso del suo ingresso in Italia. Potrebbe essere il caso di un profugo disabile o comunque vulnerabile di cui un parente chieda di potersi occupare sul territorio nazionale. Potrebbe infine trattarsi di un profugo per il quale un ente

²⁴ Si sofferma sul punto la già citata decisione Trib. Civ. Roma, sentenza del 24 giugno 2022, n. 23824/2022.

o un diverso sponsor assumano un impegno analogo a quelli precedentemente indicati per un tempo adeguato a configurare sufficientemente solido il legame sociale con l'Italia e il sostegno all'integrazione ivi assicurato.

Se un orientamento simile a questo che si è ora esemplificato si rafforzasse nella giurisprudenza civile ciò consentirebbe forse al legislatore (quello di domani, speriamo, o del dopodomani), data l'autorevolezza di cui il diritto vivente è depositario, di riflettere con più coraggio sull'ipotesi di superare anche a livello normativo l'attuale fase sperimentale dei corridoi umanitari introducendo – o meglio reintroducendo – in Italia una figura legislativa di sponsorship più corposa e meglio orientata che nel passato alle esigenze di carattere umanitario. Verrebbe così consolidata la ragionevole efficacia del legame sociale con l'Italia ai fini del rilascio di visti che consentano trasferimenti legali e sicuri.

E nella difficoltà di gestire l'asilo come se fosse un ambito del tutto avulso dai variegati flussi migratori, la valorizzazione dei legami (forse soprattutto quelli familiari) potrebbe anche condurre a una collaterale disciplina della sponsorship che consenta l'ingresso legale e sicuro (e la buona accoglienza) anche a prescindere dalla necessità di formalizzare una richiesta di protezione internazionale.

IL GIUDICE AMMINISTRATIVO QUALE “INVENTORE” DI DIRITTO

Antonio Cassatella*

SOMMARIO. 1. Conflittualità giuridica in materia migratoria e ruoli del giudice. – 2. L’attitudine inventiva del giudice amministrativo e il diritto dell’immigrazione. – 3. Come decide il giudice e dovrebbe decidere l’amministrazione: metodi tipologici, assiologici, analogici. – 4. Le responsabilità dei giudici, delle amministrazioni e del legislatore.

1. *Conflittualità giuridica in materia migratoria e ruoli del giudice*

Il tema del sindacato giudiziale in materia migratoria è stato già affrontato in due precedenti studi. Si può partire dai dati allora selezionati per rivisitare i termini di una questione suscettibile di continue riflessioni ed ulteriori approfondimenti.

Si fa riferimento al modo attraverso cui il giudice integra il diritto vigente, risolvendo le controversie sulla base di regole non contemplate dal legislatore alle prese con le varie “emergenze” migratorie¹.

Si tratta di un tema di notevole importanza dal punto di vista del diritto pubblico generale, in quanto il contrasto fra diritto “vigente” nei testi legali e

* Professore associato di Diritto amministrativo, Università di Trento.

¹ Sia permesso rinviare, anche a fini di ulteriori approfondimenti bibliografici richiamati in quei contributi e qui omessi per esigenze espositive, ad A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità delle decisioni amministrative in materia migratoria*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, pp. 816 ss.; ID., *La dimensione personalistica del sindacato delle decisioni amministrative in materia migratoria*, in F. CORTESE, G. PELACANI (a cura di) *Il diritto in migrazione*, Napoli, 2017, pp. 491 ss. In termini più generali, si assume che proprio l’estensione del sindacato giudiziale permetta di misurare l’effettività delle tutele nei confronti dei pubblici poteri, oltre che di stabilire i limiti di quanto giuridicamente rilevante in rapporto all’esercizio delle funzioni amministrative. Circa le caratteristiche e la profondità del sindacato del giudice amministrativo cfr., nella letteratura recente, F. FOLLIERI, *Logica sul sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, e, fra i contributi più risalenti, N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987.

diritto “vivente” nella prassi amministrativa e giudiziale permette di misurare lo iato fra politiche legislative e attività di funzionari e giudici. Se si ignora questo iato non è possibile stabilire con adeguata precisione né l'efficacia delle politiche in materia migratoria né il livello di effettività della tutela del migrante nei confronti delle decisioni arbitrarie dei pubblici poteri.

Nei pregressi studi ci si era inizialmente chiesti se le condizioni delle parti ed il tipo di interessi coinvolti nelle controversie influenzassero il sindacato dell'azione amministrativa e la delimitazione del potere di disporre dei diritti e degli interessi dei migranti. La risposta era stata affermativa e si erano individuati tre metodi di sindacato utilizzati dal giudice per risolvere tutti i casi che non rientravano nella *routine* e che ponevano seri problemi interpretativi².

I tre metodi praticati dai giudici, ma potenzialmente applicabili dalle amministrazioni sensibili agli orientamenti delle corti, erano definiti in questi termini: a) metodo tipologico, dove il giudice tipizzava le condotte descritte dal legislatore in termini generici; b) assiologico, dove il giudice attribuiva un determinato valore a condotte o condizioni personali dello straniero descritte in maniera generica; c) analogico, dove il giudice ricorreva all'analogia per stabilire se applicare o meno una data fattispecie ad una condotta non regolata dalla legge, ma assimilabile ad essa³. In tutti i casi la giurisprudenza dimostrava una marcata capacità inventiva⁴.

² Si è osservato come i problemi interpretativi non riguardano tanto i poteri discrezionali della p.a., da considerare recessivi in materia e riferibili essenzialmente ad alcune tipologie di espulsione ministeriale e prefettizia, quanto la valutazione di presupposti di fatto e di diritto descritti in maniera generica dal legislatore, che conferisce alle amministrazioni alcuni margini di autonomia decisionale, ascrivibile ora alla c.d. discrezionalità tecnica ora alle c.d. valutazioni riservate ai funzionari pubblici. Sul punto sia permesso un ulteriore rinvio ad A. CASSATELLA, *Il sindacato*, cit., pp. 824 ss.

³ Cfr. sempre A. CASSATELLA, *Il sindacato*, cit., pp. 836 ss.

⁴ Circa la necessità di evitare l'uso del termine “creativo” cfr. nitidamente G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, pp. 37 ss. Si farà pertanto uso della locuzione “inventiva” a fronte del fatto che la creatività del giudice non è mai assoluta – non potendosi configurare la completezza assenza di fonti idonee a risolvere la controversia – ma relativa, risolvendosi, nei casi critici, nell'invenzione della regola che consente di comporre la controversia in concreto. In altri termini, si ritiene che per ogni controversia non sia possibile individuare nell'ordinamento una fonte x quale base della regola y su cui si basa la soluzione del giudice. La creatività del giudice si risolve, quindi, nella ricerca di x e nell'*inventio* di y. Su questo concetto e il suo ruolo nel dibattito inerente al “creazionismo” giudiziale, cfr. da ultimo G. VERDE, *Tutto quello e proprio quello (riflettendo su di un libro di Nicolò Trocker)*, in *Riv. Dir.*

Si aveva pertanto conferma di una marcata tendenza ad integrare disposizioni di legge formulate in termini aperti all'intervento valutativo del giudice, il cui sindacato implicava sovente la ricognizione delle condizioni essenziali e dello stile di vita dello straniero.

Risolvere una controversia sul mancato rinnovo di un permesso di soggiorno, sul diniego di ricongiungimento familiare o su un'espulsione implicava una ricognizione della personalità del migrante, delle sue relazioni sociali, della sua adesione ai valori repubblicani e, attraverso di essi, ad una certa idea di Stato di diritto di matrice occidentale⁵. Ai fini del conferimento della cittadinanza italiana l'amministrazione deve ad esempio valutare la complessiva personalità dello straniero, stabilendo sulla base di opportuni accertamenti se questi abbia prestato «adesione o meno ai valori fondamentali dell'ordinamento giuridico, a cominciare dal principio personalistico e da quello solidaristico, compendiati nel valore, posto “al vertice dell'ordinamento”, della dignità umana»⁶.

Il discorso merita, tuttavia, di essere sviluppato soprattutto al fine di cogliere i limiti entro i quali l'autonoma elaborazione di un diritto “vivente” in materia migratoria sia legittimata dal punto di vista tecnico e, indirettamente, politico⁷.

Va considerato, al riguardo, come le controversie in materia migratoria sottendano un conflitto fra cultura giuridica statuale e culture straniere, che condiziona le caratteristiche del sindacato e ha l'effetto di attribuire al giudice il duplice ruolo di solutore del conflitto e di mediatore culturale.

Se il giudizio rimane strumentale ad attribuire alla parte vittoriosa quanto le spetti sulla base del diritto sostanziale, resta da stabilire “cosa” sia garanti-

Proc., 2022, p. 401. Sulle matrici storiche della *inventio* cfr. R. BARTHES, *La retorica antica*, trad. it. Milano, 2011, pp. 59 ss., dove la si definiva come nozione più “estrattiva” (di quanto esiste) che “creativa” (di quanto non esiste prima della creazione stessa).

⁵ Sul significato politico della disciplina in materia migratoria, anche in rapporto alla necessità di includere o escludere lo straniero dall'ordinamento, cfr. P. CHIARELLA, *Il terzo intruso: problemi del fenomeno migratorio in Europa*, in *Federalismi.it.*, n. 7/2017, p. 2; P. LOMBARDI, *Giudice amministrativo e cittadinanza: quale contributo per un concetto giuridicamente sostenibile*, in *Federalismi.it.*, n. 20/2018, p. 3.

⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. III, sentenza del 2 agosto 2022, n. 6789.

⁷ Sul concetto di “riserva” amministrativa, qui intesa come riserva di competenza ad individuare e valutare la rilevanza dei presupposti di fatto stabiliti dal legislatore in termini imprecisi resta attuale la tesi di D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, pp. 363 ss.

to ad essa dalla legge. La soluzione della controversia implica una comprensione del rapporto fra cultura italiana e culture straniere, cui faccia seguito l'attività di integrazione della norma da parte del giudice⁸.

Tre esempi possono essere utili a cogliere le implicazioni del problema.

Il sindacato di legittimità dell'espulsione di un *imam* contiguo a gruppi di terroristi sottende una ricognizione del suo ruolo in contesti socio-culturali diversi da quelli propri della società secolarizzata, al fine di cogliere il concreto impatto delle sue parole nella cerchia dei fedeli⁹. La valutazione dei presupposti per consentire il ricongiungimento del minore straniero legato ad un adulto presente in Italia sulla base della *kafalah* negoziale implica la consapevolezza del fatto che il Corano garantisce assistenza ai minori che versino in uno stato di bisogno, su richiesta dei loro familiari più stretti¹⁰. Il permesso di soggiorno per motivi umanitari può essere garantito, sulla base di idonea istruttoria, allo straniero che documenti di aver rischiato la vita, nel proprio Paese d'origine, a causa delle proprie inclinazioni sessuali¹¹.

Da tali premesse discende la necessità di monitorare il modo attraverso cui sono risolte le singole controversie. Si tratta di evitare tanto l'irrigidimento del sindacato che sottovaluti le premesse culturali del conflitto, quanto gli eccessi di una giurisprudenza propensa a garantire l'effettività della tutela in via equitativa, a scapito della certezza del diritto e del pari trattamento nell'accesso alla giustizia¹².

Anche l'attitudine inventiva del giudice deve essere infatti orientata alle

⁸ Si tratterebbe, quindi, di una variazione del problema dell'eccedenza del linguaggio legislativo e della sua interpretazione o integrazione in un contesto polemico come quello della controversia pendente innanzi al giudice, nei termini recentemente tratteggiati da P.G. MONATERI, *I confini della legge. Sovranità e governo del mondo*, Torino, 2014, p. 117. Sui condizionamenti culturali sottesi all'ermeneutica restano attuali le pagine di G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, pp. 25 ss.

⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. III, sentenza del 22 dicembre 2020, n. 8217.

¹⁰ Cfr. Cass. Civ., sez. I, sentenza del 11 novembre 2020, n. 25310.

¹¹ Cfr. Cass. Civ., sez. III, sentenza del 19 gennaio 2021, n. 828.

¹² Si tratta della maggior preoccupazione degli attuali critici del creazionismo giudiziale, come A. GENTILI, *Crisi delle categorie o crisi degli interpreti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2021, pp. 633 ss.; L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018, pp. 7 ss. e, da ultimo, F. SAIITA, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023, pp. 505 ss. Nella dottrina tedesca, con considerazioni estensibili anche ad altri sistemi, cfr. B. RÜTHERS, *La rivoluzione clandestina dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici*, trad. it. Modena, 2018, pp. 90 ss.

conseguenze, in una cornice costituzionale che valorizza le responsabilità delle istituzioni nell'esercizio della loro funzione¹³.

Ai fini di una discussione critica degli orientamenti maturati in materia migratoria occorre impostare l'indagine a partire da alcuni punti fermi: cosa si intenda per attitudine inventiva del giudice in un ordinamento connotato dalla vigenza del principio di legalità quale limite all'attività giurisdizionale ed amministrativa; quali necessità giustifichino l'attitudine inventiva mediante integrazione del diritto vigente; quali *standard* motivazionali seguano i giudici; fino a che soglia l'attitudine inventiva sia accettabile¹⁴.

Esigenze di economia espositiva impongono di concentrare l'analisi sulla posizione dei giudici amministrativi. Questo non toglie che molti degli argomenti utilizzati possano essere estesi all'attività dei giudici ordinari, che, nella materia in esame, non si discosta da quella dei T.a.r. e Consiglio di Stato.

2. *L'attitudine inventiva del giudice amministrativo e il diritto dell'immigrazione*

L'attitudine inventiva della giurisprudenza amministrativa costituisce un fatto storico, come dimostrano, fra gli altri, gli ormai risalenti contributi di Nigro¹⁵ e Cassese¹⁶. È un fatto non solo italiano: con riferimento all'Europa continentale basti citare il ruolo assunto dal *Conseil d'État* nella costruzione del diritto amministrativo francese¹⁷.

La maggior parte degli istituti del moderno diritto amministrativo ha origine nell'elaborazione giurisprudenziale, successivamente consolidata dal le-

¹³ Sul punto cfr. M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. Cost.*, 2012, pp. 3823 ss.

¹⁴ In tal senso si condivide – in quanto imposta da Costituzione e legge – la necessità di stabilire la linea di confine fra discrezionalità interpretativa e creazione giudiziaria cui fa riferimento L. FERRAJOLI, *Op. cit.*, p. 15.

¹⁵ Cfr. M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, 1974, ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, specie pp. 1069 ss.

¹⁶ Cfr. S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, prefazione a G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, pp. 1 ss. Resta peraltro utile la consultazione del più remoto studio dello stesso S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1969, pp. 413 ss.

¹⁷ Emblematica la raccolta di giurisprudenza commentata da J.F. LACHAUME, H. PAULIAT, S. BRACCONIER, C. DEFFIGIER, *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, Parigi, XV ed., 2010, *passim*.

gislatore. Non può peraltro trascurarsi il contributo della giurisprudenza costituzionale, ben messo in luce da una ricerca curata alcuni anni fa da Della Cananea e Dugato¹⁸.

Questo spiega perché l'attitudine inventiva del giudice sia anche un dato giuridico di cui tener conto nella costruzione delle relazioni fra individui e pubblici poteri. Attraverso di essa il giudice compone un sistema di garanzie a fronte di un diritto positivo lacunoso, contraddittorio ed espressivo di ragioni contingenti¹⁹.

Secondo le impostazioni più tradizionali, l'attitudine inventiva del giudice si manifesta nel momento in cui appare necessario integrare le lacune della legge attraverso argomentazioni "per principi", attualmente legittimate dall'art. 12 delle preleggi e, in passato, dall'art. 3 delle disp. prel. al Codice del 1865²⁰. In età repubblicana, questo ordine di idee si è arricchito mediante l'uso di principi costituzionali ed europei quale fonte di condotte doverose dell'amministrazione²¹.

L'esperienza mostra, inoltre, come l'integrazione della norma possa prescindere dall'esistenza di lacune, e sia necessaria anche nel caso in cui i testi legali non siano formulati in termini perspicui²².

Si tratta tecniche non contestate, a patto di argomentare in maniera adeguata la scelta di integrare il diritto positivo e di utilizzare i singoli metodi ermeneutici in maniera consapevole²³. Il fatto che l'attitudine inventiva del giudice sia stata spesso utilizzata *in bonam partem*, a tutela degli individui lesi dall'operato delle amministrazioni, ha contribuito a sdrammatizzare i termini del dibattito.

¹⁸ Cfr. G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Napoli, 2007, *passim*.

¹⁹ Così anche M. NIGRO, *Op. cit.*, p. 1069. In termini più ampi anche G. TARELLO, *Op. cit.*, p. 31 ss.

²⁰ Su questa tecnica restano fondamentali le pagine di M.S. GIANNINI, *L' analogia giuridica*, 1941, ora in ID., *Scritti*, II, Milano, 2002, pp. 185 ss.

²¹ Con riferimento alla necessità di concepire i principi come qualcosa di ulteriore rispetto al mero fattore di integrazione delle lacune, ossia come criteri di condotta dotati di una propria intrinseca capacità di orientare il comportamento di individui ed istituzioni cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, pp. 158 ss.

²² Cfr. G. TARELLO, *Op. cit.*, pp. 101 ss.

²³ La posizione degli amministrativisti non pare dissimile da quella rinvenibile negli studiosi di filosofia del diritto più sensibili alla necessità di integrare le carenze della legislazione con fonti extralegali riconducibili all'ordinamento: fondamentale la sintesi critica della dottrina tedesca offerta da G. ORRÙ, *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo*, Milano, 1977, *passim*; ID., *Richterrecht*, Milano, 1985, *passim*.

Va a tale proposito ricordata l'opinione di Nigro, che coglieva nell'attività integrativa la componente liberal-democratica della giurisdizione amministrativa, tesa a limitare l'uso arbitrario del potere nella cornice dello Stato costituzionale di diritto²⁴. Nella stessa linea si erano posti Benvenuti e i suoi allievi, che facevano leva sulla creatività giudiziale per giustificare una rinnovata concezione, costituzionalmente orientata, dell'azione dei pubblici poteri²⁵.

L'eco di questo favore si coglie, ad ogni modo, anche nella dottrina più recente. Basti qui il riferimento ad un recente libro di Portaluri, in cui, pur nella consapevolezza dei rischi sottesi all'abuso della creatività del giudice, si ritiene più proficuo accettarne l'ineluttabile diffusione e criticarne gli eccessi che negarne la praticabilità²⁶. Anche chi guarda il fenomeno in modo più cauto, come Saitta, concorda sulla necessità di distinguere i casi in cui l'attività di integrazione appare necessaria da quelli nei quali essa risulta superflua, in quanto priva di giustificazione²⁷.

Si tratta di una considerazione importante anche ai fini di questo studio.

Data per assunta, e necessaria, oltre che rispondente alla portata normativa di costituzioni e carte dei diritti, la capacità inventiva del giudice, resta necessario individuare il modo attraverso cui questi compone il sistema delle relazioni fra individui e pubblici poteri. Si evita così il rischio di legittimare quell'abuso di “creazionismo”, che, sotto l'omaggio apparente ai valori, rischia di mascherare una difettosa cognizione dell'oggetto della controversia e della disciplina applicabile²⁸.

Proprio su quest'ultima occorre tuttavia soffermare l'attenzione.

Il modo in cui il legislatore conforma l'esercizio delle funzioni amministrative, stabilendo presupposti, oggetto e finalità delle decisioni da assumere nel momento dell'inclusione o dell'esclusione dello straniero, condiziona fa-

²⁴ Cfr. M. NIGRO, *Op. cit.*, p. 1073.

²⁵ Cfr. F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, 1950, ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, pp. 1011 ss. Per una ricostruzione delle implicazioni del pensiero benvenutiano cfr. M. BELLAVISTA, *Legalismo e realismo nella dottrina del diritto amministrativo*, in *Jus*, 1999, pp. 766 ss.

²⁶ Cfr. P.L. PORTALURI, *La cambiale di Fortsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021, pp. 163 ss. In termini simili cfr. G. ZAGREBELSKY, *Op. cit.*, p. 152.

²⁷ Cfr. F. SAITTA, *Op. cit.*, pp. 526 ss.

²⁸ Sulla necessità di sottoporre a costante vaglio critico le argomentazioni della giurisprudenza cfr. F. DI MARZIO, *La ricerca del diritto*, Roma-Bari, 2021, pp. 57 ss.

talmente il modo in cui i pubblici poteri possono violare tali regole ed i limiti del sindacato giudiziale sull'esercizio delle prerogative dell'amministrazione.

Nel diritto dell'immigrazione persiste una tensione fra autorità (dello Stato) e libertà (dello straniero) che rispecchia i tratti del modello ottocentesco dell'azione amministrativa, caratterizzata dall'emanazione di provvedimenti autoritativi, unilaterali, esecutori. Tali atti sono l'espressione di scelte riservate all'apprezzamento dei funzionari pubblici, con modesto spazio per gli apporti partecipativi dell'individuo²⁹.

Lo stesso straniero soggetto all'esercizio autoritativo del potere non è considerato come un cittadino integralmente protetto, ma come una sorta di "amministrato" soggetto alle decisioni dello Stato ospitante. Se i poteri conferiti all'amministrazione sono raramente discrezionali – come nel caso delle espulsioni ministeriali – resta fermo che le prerogative dei pubblici poteri non sono mai completamente vincolate alla legge, in modo da lasciare alcuni margini di apprezzamento del fatto in capo ai singoli funzionari³⁰.

Quello che la dialettica autorità e libertà non coglie appieno, nel suo schematismo, è la ragione che spinge lo straniero a migrare e che determina le caratteristiche delle sue aspettative all'ingresso e permanenza nel territorio dello Stato.

La distinzione fra migranti "economici" e "politici" (cui andrebbero aggiunti quelli "climatici") non sembra davvero utile allo scopo, perché scinde artificiosamente un fenomeno unitario nelle sue matrici storico-antropologiche³¹. Gli uni e gli altri migrano dal malessere al benessere, ancorché relativo ed incrementale, e lo fanno in "stato di bisogno", reale o putativo³². Se si guarda al fenomeno nella sua concretezza, il migrante si sposta

²⁹ Cfr. D. DONATI, *Stato e territorio*, Roma, 1916, p. 139. E appare sufficiente a collocare il conflitto fra poteri pubblici ed individui su un piano differente da quello dei tradizionali conflitti fra i primi ed i cittadini titolari di diritti ed interessi tutelati dallo stesso ordinamento statale. La distinzione incide sulle modalità di concreto accesso al giudice statale e di utilizzo del servizio-giustizia, ma anche sulle caratteristiche delle controversie e del relativo sindacato: per una sintesi cfr. C. FELIZIANI, *Giustizia amministrativa e immigrazione. A proposito di alcuni nodi irrisolti*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2019, p. 267 ss.; M. SAVINO, *La libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, *passim*.

³⁰ Cfr. sempre A. CASSATELLA, *Il sindacato*, cit., pp. 824 ss.

³¹ Sulle matrici giuridiche della distinzione, cui si connette, nel diritto interno, anche il criterio di riparto fra g.o. e g.a., cfr. P. CHIARELLA, *Op. cit.*, pp. 4 ss.; M. NOCELLI, *Il diritto all'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, n. 5/2018, pp. 4 ss.

³² Per l'uso del termine cfr. P. CHIARELLA, *Op. cit.*, p. 17.

lungo il duplice vettore “sud-nord” ed “est-ovest”, orientandosi verso sistemi in cui si praticano forme di Stato e governo di matrice liberal-democratica.

L’aspettativa di un migrante ad entrare in terra straniera esprime, pertanto, un bisogno di protezione da parte dei sistemi di *welfare* delle democrazie occidentali, diventando un problema quando gli Stati non siano in grado di garantire allo straniero il livello di trattamento assicurato, o da assicurare, al cittadino.

Tale livello non è garantito in concreto da Costituzioni o carte di diritti, bensì dal modo in cui lo Stato amministra le proprie risorse ed attua le politiche di inclusione ed esclusione del migrante³³. La stessa giurisprudenza ne prende atto quando afferma che la capacità reddituale dello straniero attiene «alla sostenibilità del suo ingresso nella comunità nazionale, al suo inserimento nel contesto lavorativo e alla capacità di contribuire con il proprio impegno allo sviluppo economico e sociale del paese ospitante»³⁴.

Su questo sfondo si innestano i problemi relativi alla permanenza dello straniero nel territorio, fondata su un criterio di “meritevolezza” che si riflette sulle caratteristiche dei provvedimenti di diniego o revoca dei permessi di soggiorno e delle espulsioni.

Il giudice si trova, pertanto, ad essere arbitro di conflitti in cui il bene della vita sottostante al ricorso dello straniero migrante non è dato dalla tutela di posizioni dominicali o morali assimilabili ai normali bisogni dei cittadini già inclusi nel *welfare*, ma dalla fuoriuscita dallo stato di bisogno del migrante che chiede di entrare o di rimanere in un nuovo ambito – fisico e giuridico – di benessere³⁵.

Se si rivisita la semantica del conflitto e se si semplifica il novero dei diritti e gli interessi legittimi dei migranti nell’aspettativa alla liberazione da uno stato di bisogno, può intendersi perché il sindacato su conflitti fra migranti e Stato implichi l’intervento integrativo del giudice.

Per uscire dallo stato di bisogno il migrante chiede il riconoscimento o la conservazione di un nuovo *status*, condizionato da valutazioni inerenti alla

³³ Per alcuni spunti cfr. G. AZZARITI, *Verso la democrazia attraverso i diritti*, in *Pol. Dir.*, 2013, pp. 8 ss.; P. CHIARELLA, *Op. cit.*, p. 4; G. TROPEA, *Homo sacer? Considerazioni perplesse sulla tutela processuale del migrante*, in *Dir. Amm.*, 2008, pp. 839 ss.

³⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. III, sentenza del 16 marzo 2021, n. 2256.

³⁵ In tal senso è molto penetrante il rilievo per cui lo *status* di cittadino è fattore di esclusione dello straniero, nei termini di L. FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, 1999, p. 288. Ma, si aggiunga, lo *status* di cittadino è anche l’oggetto di una rinnovata lotta per il diritto.

sua persona ed alla sua cultura, sovente ignorata o sottostimata dalla legislazione dello Stato che lo dovrebbe accogliere, con l'effetto di creare dubbi interpretativi o lacune (reali o apparenti).

Non sempre questo avviene, giacché molte controversie hanno carattere *routinario* o non comportano problemi interpretativi in rapporto alla natura vincolata degli atti amministrativi contestati. Ma è proprio quando ciò avviene che la materia diventa rilevante sul piano scientifico³⁶.

Vanno dunque chiarite le caratteristiche del ragionamento tipologico, assiologico ed analogico cui si è fatto rapido riferimento all'inizio di questo contributo³⁷.

3. *Come decide il giudice e dovrebbe decidere l'amministrazione: metodi tipologici, assiologici, analogici*

Il metodo seguito dal giudice dipende dal modo in cui sono formulate le norme che disciplinano i presupposti, l'oggetto e gli effetti dei provvedimenti in materia migratoria. Questo implica che l'attività di integrazione della norma svolta in sede di sindacato sia analoga a quella che l'amministrazione avrebbe dovuto svolgere ai fini della formazione di provvedimenti legittimi. Gli *standard* che il giudice applica nei confronti dell'amministrazione sono gli stessi che i funzionari pubblici avrebbero dovuto seguire ai fini della valutazione della condotta del migrante³⁸.

³⁶ Cfr. già Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Parigi, 1972, pp. 121 ss. Da tale angolazione è possibile affrontare anche il problema della creatività della giurisprudenza e delle tensioni esistenti fra produzione ed applicazione del diritto in sistemi connotati dal principio di legalità: cfr., fra i tanti, U. NEUMANN, *Applicazione giuridica, uso dei metodi e teoria del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2009, pp. 51 ss.; M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino, 2015; G. ZACCARIA, *Il giudice e l'interpretazione*, in *Pol. Dir.*, 2006, pp. 461 ss.

³⁷ Si sintetizzano, qui, gli esiti dello studio contenuto in A. CASSATELLA, *Il sindacato*, cit., pp. 825 ss.

³⁸ La tesi è coerente con la natura dichiarativa delle sentenze del giudice amministrativo, nella parte in cui si interpreta ed applica una determinata regola al caso concreto. Questo implica che la regola – o la tecnica di integrazione della norma vaga – debba essere conosciuta e conoscibile da parte del funzionario amministrativo nello stesso momento in cui si esercita il potere. Al contempo, il giudice stesso non può individuare la tecnica di integrazione della norma vaga sulla base di apprezzamenti individuali o arbitrari, ma tramite gli strumenti che lo stesso diritto positivo prevede a tal fine.

L'attitudine inventiva del giudice non ha, quindi, un carattere assoluto: nel corso del giudizio, su sollecitazione delle parti, il giudice non fa altro che applicare nei confronti dell'amministrazione uno *standard* decisionale già conoscibile dal funzionario dotato di adeguate competenze giuridiche.

Nel caso in cui si debba applicare il metodo tipologico, la norma che conferisce all'amministrazione il potere di decidere descrive una fattispecie in termini talmente ampî da perdere capacità precettiva.

La giurisprudenza la integra ridefinendo l'ambito della fattispecie in termini più concreti. Conseguentemente, si formula un “tipo giurisprudenziale” di condotta rilevante, in luogo del “tipo legale” inadatto. E' quindi il primo tipo a rappresentare il termine di raffronto per il sindacato di conformità dell'atto impugnato alla fattispecie (giurisprudenziale, anziché legale)³⁹.

Quando si afferma che lo straniero dedito a traffici delittuosi non può beneficiare del permesso di soggiorno o del suo rinnovo si stabilisce un tipo legale astratto che espone l'amministrazione al rischio di arbitri: commettere un singolo reato non implica il fatto di essere dedito a traffici delittuosi; l'aver commesso una pluralità di reati può integrare la fattispecie, ma si tratta di un dato che nulla dice circa la personalità dello straniero, vuoi perché questi ignora la legislazione italiana, vuoi perché il reato può essere stato commesso in circostanze tali da attenuarne le responsabilità, vuoi perché si tratta di reati di particolare tenuità⁴⁰.

Questo spiega perché la giurisprudenza abbia elaborato un tipo concreto di straniero “socialmente pericoloso”, integrando il tipo legale in un rapporto che va da *genus* a *species*. La pericolosità dev'essere attuale ed emergere dalla complessiva personalità dello straniero, non potendo essere dedotta da singoli episodi, anche lontani nel tempo. Non basta, a tal fine, una valutazione basata su meri precedenti penali, senza tenere conto dell'evoluzione del carattere individuale, della capacità di maturare un giudizio critico nei confronti della propria condotta e di inserirsi nel contesto sociale alla stregua del comune cittadino che abbia fruito della funzione rieducativa della pena.

³⁹ L'integrazione delle norme vaghe mediante tipi è sperimentata anche nel diritto civile e penale, dove è stata oggetto di approfonditi studi di carattere teorico-generale. Sul punto cfr. almeno W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, trad. it. Napoli, 2007; A. KAUFMANN, *Analogia e natura della cosa. Un contributo alla dottrina del tipo*, trad. it. Napoli, 2004.

⁴⁰ Per alcune applicazioni cfr. Cons. Stato, sez. III, sentenza del 9 settembre 2016, n. 3841; Tar Lombardia, Brescia, sez. II, sentenza del 31 gennaio 2013, n. 115; Cons. Stato, sez. VI, sentenza del 14 ottobre 2009, n. 6293.

Come chiarito dalla stessa giurisprudenza, rispetto a tali vicende il metodo tipologico consiste nello stabilire «l'insieme di elementi che caratterizzano l'indole e il comportamento in via generale al fine di formulare un giudizio di riprovevolezza o meno in merito allo stile di vita e di comportamento [dello straniero] tale da giustificare il diniego del rilascio del permesso di soggiorno»⁴¹.

La stessa tecnica di sindacato è stata utilizzata al fine di definire il tipo di soggetto socialmente integrato, ai fini della concessione della cittadinanza. Si tratta di un individuo privo di pendenze penali, dotato di redditi sufficienti al proprio sostentamento, la cui condotta di vita non si pone in contrasto manifesto con i valori fondanti la convivenza civile⁴².

Nel caso in cui si debba applicare il metodo assiologico, la norma descrive una fattispecie che attribuisce un determinato “valore” ad una condotta o evento quale fattore che condiziona l'adozione di una decisione. Tuttavia, non è chiara la soglia oltre la quale il fatto acquista “valore” giuridico ed effettiva incidenza.

È la giurisprudenza a farsi carico della determinazione di tale soglia, stabilendo il significato del valore ed individuandone la rilevanza rispetto alle esigenze di pubblico interesse perseguite dalla p.a.

Un esempio frequente attiene al valore assegnato alle relazioni familiari costituite in Italia da parte dello straniero cui debba essere rinnovato un permesso di soggiorno. Questi legami non sono tutelati in termini assoluti dal t.u. sull'immigrazione e dalle singole leggi speciali.

Se ne fa carico il giudice, per il quale non tutti i legami familiari hanno lo stesso valore, dovendosi guardare alla sostanza dei rapporti⁴³. Si afferma, così, che «la pretesa alla conservazione dell'unità familiare presuppone che accanto allo “statico” rapporto di parentela siano ravvisabili effettivi, attuali e costanti “legami familiari”, caratterizzati e qualificati da seri profili di condivisione e consuetudine di natura affettiva ed esistenziale»⁴⁴.

⁴¹ Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. II *quater*, sentenza del 11 maggio 2015, n. 6617.

⁴² Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. II *quater*, sentenza del 27 settembre 2016, n. 994; Cons. Stato, sez. III, sentenza del 11 maggio 2016, n. 1874; Tar Lazio, Roma, sez. II *quater*, sentenza del 11 novembre 2015, n. 12773; Cons. Stato, sez. III, sentenza del 4 marzo 2015, n. 1084; Cons. Stato, sez. III, sentenza del 14 gennaio 2015, n. 60; Cons. Stato, sez. III, sentenza del 12 novembre 2014, n. 5572.

⁴³ Cfr. Tar Friuli-Venezia Giulia, sez. I, sentenza del 15 novembre 2022, n. 489; Cons. Stato, sez. III, sentenza del 4 agosto 2022, n. 6886. In precedenza cfr. anche Cons. Stato, sez. III, sentenza del 25 maggio 2015, n. 2600; Cons. Stato, sez. III, sentenza del 9 settembre 2016, n. 3841; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, sentenza del 26 gennaio 2016, n. 151.

⁴⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. III, sentenza del 15 settembre 2022, n. 8018.

Si pensi anche al caso in cui lo straniero abbia bisogno di un permesso temporaneo di soggiorno per sottoporsi a cure mediche non disponibili nel proprio Paese. La legge non chiarisce quando lo stato di bisogno sia effettivo, in rapporto a patologie, speranze di vita e cure erogabili allo straniero nello Stato di provenienza.

Questo porta il giudice ad individuare nel principio personalistico il valore meritevole di tutela da parte della stessa amministrazione, così da calibrare lo stato di bisogno sulle vicende di vita del migrante e sulla sua condizione di salute⁴⁵. La giurisprudenza ha ritenuto quindi legittimo il diniego di permesso solo quando «le stesse cure, o cure equivalenti in base ai protocolli medici, sono garantite anche nel Paese di origine ad un costo sostenibile»⁴⁶.

Nel caso in cui si debba applicare il metodo analogico, la legge omette di includere una data condotta nel proprio ambito di applicazione, determinando una lacuna del sistema risolta dai giudici mediante l'analogia *iuris*⁴⁷.

Il passaggio centrale di questo modo di ragionare attiene alla ricerca del principio che permette di assimilare la situazione regolata a quella non regolata, imponendo alla p.a. di agire nella sua osservanza.

La scelta non è neutra, perché il principio utilizzato per colmare la lacuna può determinare una maggiore o minore protezione del migrante. Ne consegue che l'attitudine inventiva del giudice sottende valutazioni di politica del diritto che non si rinvergono nell'applicazione degli altri metodi, dove le scelte di valore sono già effettuate dal legislatore ed il giudice si limita a precisarne la portata applicativa.

Si pensi al caso di automatico diniego del rinnovo del permesso di soggiorno a carico di chi abbia riportato una condanna per reati ostativi alla permanenza in Italia prima dell'entrata in vigore della legge “Bossi-Fini” del 2002.

⁴⁵ Cfr. Tar Campania, sez. VI, sentenza del 26 giugno 2020, n. 2671; Tar Lombardia, Brescia, sez. II, sentenza del 10 giugno 2014, n. 608; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, sentenza del 13 maggio 2014, n. 1244; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, sentenza del 26 luglio 2013, n. 2000; Trga Trentino-Alto Adige, Trento, sentenza del 12 ottobre 2011, n. 243; Trga Trentino Alto-Adige, Trento, sentenza del 25 febbraio 2010, n. 71.

⁴⁶ Cfr. Tar Lombardia, Brescia, sez. II, sentenza del 20 marzo 2020, n. 229.

⁴⁷ Si rinvia più ampiamente ad A. CASSATELLA, *Il sindacato*, cit., pp. 866 ss., anche con riferimento al rapporto fra questa tecnica di integrazione ed i ragionamenti condotti sulla base di criteri di equità, che non sono utilizzati dal giudice amministrativo nella fattispecie in esame. Per una ricognizione del problema cfr. Q. CAMERLENGO, *Il giudice amministrativo e l'analogia*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, pp. 1075 ss.

Una parte della giurisprudenza nega che la misura possa qualificarsi come sanzione accessoria a quella penale e ritiene che, in materia, si debba fare necessaria applicazione del principio del *tempus regit actum*. Esso impone alla p.a. di tenere conto di ogni condanna subita dallo straniero al momento in cui si decide del rinnovo o meno del permesso di soggiorno. L'effetto è quello di legittimare dinieghi per condanne risalenti⁴⁸.

Altra parte della giurisprudenza attribuisce alla misura efficacia analoga a quella di una sanzione penale accessoria ed applica alla fattispecie il principio di irretroattività della legge in senso sfavorevole al condannato. Ne consegue che le condanne anteriori al 2002 non possono automaticamente determinare il diniego del rinnovo, fatte salve le ulteriori valutazioni in ordine alla pericolosità sociale dello straniero e la ricostruzione della sua personalità⁴⁹.

4. *Le responsabilità dei giudici, delle amministrazioni e del legislatore*

Dagli esempi formulati possono trarsi alcune conclusioni in ordine ai problemi sottesi all'attività inventiva del giudice ed alle responsabilità delle molteplici istituzioni coinvolte nella gestione dei flussi migratori.

Sembra opportuno, a tal fine, distinguere i falsi e veri problemi emersi nel corso dell'analisi effettuate, così da favorire una concentrazione del dibattito attorno a questi ultimi.

L'insieme dei falsi problemi ruota attorno alla posizione dei giudici e delle stesse amministrazioni nell'integrazione dei precetti legali.

Va attenuato, innanzitutto, il problema dell'eccesso di creatività dei giudici in rapporto alle caratteristiche della disciplina legale di riferimento.

⁴⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. II, sentenza del 12 maggio 2021, n. 3728; Tar Puglia, Lecce, sez. III, sentenza del 27 agosto 2018, n. 1314; Tar Emilia-Romagna, Parma, sez. I, sentenza del 4 maggio 2015, n. 135; Tar Liguria, Genova, sez. II, sentenza del 26 ottobre 2006, n. 1253.

⁴⁹ Tar Lombardia, Milano, sez. IV, sentenza del 5 novembre 2014, n. 2645; Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, sentenza del 26 luglio 2012, n. 530; Tar Lazio, Roma, sez. II quater, sentenza del 27 marzo 2012, n. 2927; Tar Lazio, Roma, sez. II quater, sentenza del 7 marzo 2012, n. 2299; Tar Liguria, sez. II, sentenza del 7 ottobre 2011, n. 1432; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, sentenza del 31 gennaio 2011, n. 295; Tar Lombardia, Milano, sez. III, sentenza del 28 dicembre 2010, n. 7728; Cons. Stato, sez. VI, sentenza del 2 aprile 2010 n. 1894; Tar Veneto, sez. III, sentenza del 19 ottobre 2010, n. 5504 Tar Lazio, Roma, sez. I, sentenza del 30 settembre 2010, n. 32621; Cons. Stato, sez. VI, sentenza del 16 febbraio 2010, n. 859; Cons. Stato, sez. VI, ord., sentenza del 7 aprile 2009, n. 1791.

Il sistema sembra infatti dotato di tutti gli strumenti finalizzati a contenere o attenuare i rischi derivanti dall'arbitrio dei giudici: da un lato, infatti, la selezione della norma da applicare nei confronti della p.a. non può che essere ricavata da parametri giuridici preesistenti all'esercizio della funzione contestata, così da poter essere applicati già dall'amministrazione; dall'altro, l'individuazione di una nuova regola di condotta, avente un carattere innovativo rispetto alla disciplina già applicata o applicabile, è sanzionabile ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost. e 110 c.p.a. mediante ricorso per Cassazione in cui si faccia valere l'eccesso di potere giurisdizionale del g.a. nei confronti di legislatore e amministrazioni⁵⁰.

Si potrebbe opinare che analogo rimedio non operi nei confronti del giudice ordinario, le cui pronunce sono soggette a ricorso per Cassazione sulla base di differenti presupposti, ma il problema ricade sul piano delle scelte di politica del diritto inerenti al riparto di giurisdizioni, fermo restando che nulla esclude un'interpretazione dell'art. 360, comma 1, lett. a), c.p.c. in funzione di contenimento del sindacato giudiziale sulle decisioni amministrative.

Né può dirsi che l'attitudine inventiva rappresenti un problema autentico quando il giudice tipizzi la disciplina legale o stabilisca quale valore attribuire a determinate condotte, laddove tale attività sia implicitamente consentita dal legislatore o dipenda da strutturali carenze del linguaggio legislativo.

La giurisprudenza di Cassazione, nel sanzionare l'eccesso di potere giurisdizionale ai danni di legislatore ed amministrazioni, non preclude l'attività integrativa del giudice, ma la creazione estemporanea di norme distoniche rispetto ad una determinata concezione dell'assetto valoriale sotteso alla Costituzione ed alle fonti di diritto internazionale o sovranazionale. Si è opportunamente ribadito che «l'attività di individuazione interpretativa è connotata tipico, imprescindibile dello *jus dicere*»⁵¹.

Si potrebbe semmai ritenere opportuno che l'integrazione della norma vaga sia preceduta da una valutazione preliminare di costituzionalità della disciplina da applicare, per violazione del principio di legalità sostanziale, inteso quale garanzia primaria nei confronti dell'arbitrio dei pubblici poteri.

Il difetto di tassatività della fattispecie legale potrebbe infatti giustificare

⁵⁰ Sia consentito un rinvio ad A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua attuale rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2018, pp. 635 ss. e, nei termini allora auspicati, Cons. Stato, sez. VI, sentenza del 15 luglio 2019, n. 4990.

⁵¹ Da ultima cfr. Cass. civ., sez. un., sentenza del 27 maggio 2022, n. 17340.

la proposizione di una q.l.c. nei confronti delle singole norme di attribuzione del potere⁵². Secondo la stessa Corte costituzionale, infatti, il principio di legalità sostanzialmente inteso «non consente “l’assoluta indeterminatezza” del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l’effetto di attribuire, in pratica, una “totale libertà” al soggetto od organo investito della funzione»⁵³.

Con questo, non si vogliono sottostimare i rischi di arbitrio nell’opera di integrazione della norma, quanto sottolineare l’esistenza di procedure e rimedi utili a tutelare la posizione del migrante – o della stessa amministrazione – anche nei confronti degli eccessi “creativi” del giudice.

Si pone, dunque, il vero problema sotteso all’attività di integrazione della norma, che può essere sintetizzato nella necessità di rendere esplicito il criterio sulla base del quale si è ritenuto di dare una certa tipizzazione, di stabilire una data soglia di valore o di rinvenire in un dato principio il *trait d’union* fra la situazione regolata e quella ricadente in un’ipotizzata lacuna⁵⁴.

L’analisi della motivazione delle sentenze è essenziale al fine di chiarire quali siano le effettive ragioni della pronuncia e quali argomenti siano utilizzati a mo’ di *obiter dictum*, senza avere diretta incidenza sulla soluzione del caso, tenendo in debito conto le strategie processuali delle parti. In tal senso, va rimarcato come la motivazione della sentenza costituisca un’assunzione di responsabilità funzionale da parte del giudice in ordine alle modalità attraverso cui si è applicata la legge al caso concreto⁵⁵.

Si consideri l’esempio delle espulsioni o dei dinieghi di permesso di soggiorno a carico di stranieri legati al radicalismo islamico. Il soggetto socialmente pericoloso non è tale in rapporto alle proprie convinzioni, come talora sostengono le difese dei ricorrenti. Nella maggior parte dei casi, amministrazione e giudici ragionano sulla base del principio di precauzione, ritenendo legittimo espellere soggetti potenzialmente capaci di radicalizzarsi sulla base

⁵² Cfr. G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017, pp. 25 ss.

⁵³ Cfr. Corte Cost., sentenza del 7 aprile 2011, n. 115.

⁵⁴ Anche sul punto non mancano gli apporti della dottrina: cfr. per tutti cfr. D. CANALE, G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, II ed., Torino, pp. 15 ss.

⁵⁵ Sia anche in tal caso consentito un rinvio ad A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell’attività amministrativa*, Padova, 2013, pp. 275 ss., con tesi estensibile anche nei confronti del giudice e della motivazione della sentenza necessaria ai sensi dell’art. 111, comma 6, Cost. Nella dottrina successiva cfr. M. TARUFFO, *Brevi note sulla motivazione della sentenza*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2018, pp. 621 ss.

di un valutazioni indiziarie gravi, precise e concordanti: rileva più l'attitudine a delinquere, suffragata da precedenti penali, che il modo di pensare dello straniero⁵⁶.

Quanto rilevato non toglie, tuttavia, che le fisiologiche incertezze della giurisprudenza siano spia di un ulteriore e rilevante problema, che attiene alla responsabilità del legislatore, prima che di amministrazioni e giudici.

L'attitudine inventiva e la deprecata creatività del giudice sono sempre indici dei limiti del diritto positivo, specie in rapporto alla sua incapacità di adattarsi al caso concreto. Il legislatore non sembra capace di descrivere e prescrivere quanto è “normale” attendersi dallo straniero, trasferendo ad amministrazioni e giudici l'onere di integrare il precetto.

Il fenomeno è fisiologico ed accettato da chiunque sia consapevole dei limiti strutturali del linguaggio legislativo⁵⁷.

Oltre una certa soglia, esso pone tuttavia il problema della disparità di trattamento derivante dall'integrazione amministrativa e giudiziale della regola di diritto. Dato che i precetti elaborati da amministrazioni e giudici non hanno efficacia generale ed astratta, ma sono preordinati a risolvere la singola questione, manca la garanzia della reiterata applicabilità della regola a fattispecie similari o a situazioni future⁵⁸.

Si apre allora il dilemma della diseguale tutelabilità degli stranieri che si rivolgono al giudice chiedendo un determinato livello di tutela. Essa può essere garantita ad alcuni, e non ad altri, in relazione alle convinzioni del giudice o al modo in cui egli integra in concreto il principio oggetto di applicazioni difformi. Ad indirizzi garantistici si possono contrapporre indirizzi conservatori, che limitano le tutele in rapporto al tipo di interpretazione data alla norma vaga. Tali indirizzi possono essere assunti contraddittoriamente dalla stessa giurisprudenza di vertice, mediante l'uso dell'*overruling*.

Se non è facile superare questi ostacoli, possono individuarsi alcuni percorsi praticabili per aggirarli e limitare i rischi che essi comportano per lo straniero e per la stessa effettività del sistema di garanzie nei confronti dei pubblici poteri.

Dovrebbe essere innanzitutto il legislatore a farsi carico della questione,

⁵⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. III, sentenza del 19 maggio 2021, n. 3886.

⁵⁷ Per una sintesi recente del problema e del dibattito cfr. G. ALPA, *Giudici e legislatore*, in *Dir. Pubbl.*, 2017, pp. 29 ss.; P. COSTA, *Pagina introduttiva. Giudici, giuristi (e legislatori): un castello di destini incrociati*, in *Quaderni fiorentini*, XL, Milano, 2011, pp. 1 ss.

⁵⁸ Su queste implicazioni, con riferimento all'ordinamento tedesco ma in termini agevolmente estensibili ad altri sistemi, cfr. B. RÜTHERS, *Op. cit.*, pp. 151 ss.

mediante un'analisi dell'impatto della propria disciplina ed un esame del numero di controversie nate dall'applicazione di determinate disposizioni o dalla conclamata esistenza di lacune. Attraverso questa tecnica si potrebbero tipizzare le fattispecie o colmare determinate lacune.

Si può fare, anche in tal caso, un esempio. Ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno, lo straniero in attesa di occupazione deve dimostrare idonei mezzi di sostentamento⁵⁹.

Parte della giurisprudenza ritiene che essi debbano essere comprovati al momento della presentazione dell'istanza di rinnovo, o, comunque, entro la definizione del procedimento⁶⁰. Altra parte ritiene, invece, che tale prova non sia necessaria, tenendo conto delle incertezze del mercato del lavoro, e sia sufficiente comprovare in quella sede le potenzialità reddituali dello straniero⁶¹. Una recente pronuncia afferma, a tal fine, che lo straniero «pur non raggiungendo “matematicamente” la soglia [idonea] attraverso la retribuzione da lavoro subordinato, possa garantirsi la stabilità, la liceità e la sostenibilità del soggiorno in Italia attraverso altre fonti di sostentamento lecite e riconosciute dallo stesso ordinamento giuridico e tracciabilità», compreso l'aiuto offerto dalle associazioni del terzo settore⁶².

Nel medio e lungo periodo, la scelta della regola più adeguata non può dipendere dai giudici, ma va necessariamente riservata al legislatore.

La giurisprudenza potrebbe semmai rappresentare una fonte di conoscenza degli elementi controversi della disciplina legale, in vista di successive riforme volte a consolidare gli apporti dei giudici, come spesso avvenuto nell'evoluzione dei sistemi amministrativi dell'Europa continentale. È nondimeno evidente come la situazione si possa complicare nel momento in cui le convinzioni dei giudici contrastino con quelle del legislatore.

Nell'attesa di interventi riformatori dovrebbero essere le associazioni di studiosi – di qualsiasi provenienza professionale – a farsi carico del problema, sottoponendo a vaglio critico i singoli indirizzi, creando un dibattito attorno alla loro estensione, individuandone potenzialità e limiti.

Un ruolo decisivo possono giocare, in tal senso, le pronunce “esemplari”, ossia le sentenze che, per caratteristiche del caso e ricchezza dell'apparato argomentativo, siano in grado di risolvere determinate classi di controversie

⁵⁹ Cfr. artt. 4, comma 3, e 5, comma 5, d.lgs. n. 286/1998, con rinvio all'art. 29, comma 3, lett. b), dello stesso testo unico.

⁶⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. III, sentenza del 11 novembre 2019, n. 7676.

⁶¹ Cfr. Cons. Stato, sez. III, sentenza del 4 marzo 2015, n. 1086.

⁶² Cfr. Cons. Stato, sez. III, sentenza del 6 ottobre 2022, n. 8569.

in maniera equilibrata. È opportuno che di queste sentenze si discuta e che da esse possano trarsi utili suggerimenti, applicabili ad ulteriori controversie, riducendo al minimo il rischio di disparità di trattamento nella tutela giudiziale.

IL DIBATTITO SULL'UBI CONSISTAM
DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO NELLA MATERIA MIGRATORIA

Giuseppe Tropea*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il saggio di Cassatella nel quadro del dibattito sull'*ubi consistam* del giudice amministrativo nella materia migratoria. – 3. Topica del sindacato incrementale. – 4. La creatività del giudice, fra certezza e parità di trattamento.

1. *Introduzione*

Il denso lavoro di Antonio Cassatella esamina la giurisprudenza amministrativa degli ultimi anni in materia migratoria con uno sguardo sistematico e d'insieme, che evita di scendere nel magma delle singole questioni problematiche, superando così l'insidia del descrittivismo, molto ricorrente di questi tempi.

Secondo l'a. il giudice amministrativo in questa (come in tante altre) materia esercita una attività creativa in senso tecnico. Il giudice è arbitro dei conflitti, originati dalla esigenza di fuoriuscire dallo stato di bisogno: il migrante chiede il riconoscimento o la conservazione di un nuovo *status* condizionato da valutazioni inerenti alla sua persona e alla sua cultura di origine, spesso ignorate o sottostimate dalla legislazione dello Stato di arrivo, con l'effetto di creare una serie importante di dubbi interpretativi o di lacune dell'ordinamento. L'a. riprende a questo punto l'analisi già compiuta in un saggio di qualche anno fa¹ attorno alle tecniche di sindacato e ai metodi integrativi usati dal giudice in materia, connotati da un progressivo livello di creatività (e di connesso pericolo di invasione della sfera riservata al legislatore o all'amministrazione). Conclude, quindi, escludendo che nella maggior parte di questi casi il giudice amministrativo debordi nell'eccesso di potere giurisdizionale, eventualmente sindacabile in Cassazione, pur con un *caveat* finale: poiché la creatività del giudice è sempre indice di un limite del diritto positivo, per evitare incertezza e disparità di trattamento il legislatore do-

* Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Reggio Calabria.

¹ A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 3/2017, pp. 816 ss.

vrebbe impegnarsi a tipizzare le fattispecie o colmare le lacune e la dottrina giuridica a compiere un lavoro di sistematizzazione e critica costante della giurisprudenza creativa.

Condivido larga parte del pensiero dell'a., di cui avevo già molto apprezzato il saggio sulle tecniche di sindacato, per cui in questa sede mi limiterò ad alcune spigolature sui principali punti del *paper*.

2. *Il saggio di Cassatella nel quadro del dibattito sull'ubi consistam del giudice amministrativo nella materia migratoria*

Secondo Cassatella in questo settore, più che in altri, la creatività del giudice amministrativo risulta all'opera, per il tipo di dialettica autorità/libertà (di nuovo conio) che opera a fronte della domanda di tutela avanzata dal migrante agli acciaccati sistemi di *welfare* degli Stati occidentali a democrazia (neo)liberale.

A me pare che tale questione, sia pure non *expressis verbis*, evochi il delicato tema pregiudiziale del riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero. Ma si consideri pure l'ambito della cittadinanza e quello dei respingimenti.

Si tratta di tematiche che implicano questioni più generali: la natura del potere e della connessa situazione giuridica soggettiva del migrante, che fanno da sfondo al connesso problema del coordinamento tra le diverse forme di tutela. Si ha a che fare con una pluralità di criteri diversi senza una base unitaria e convincente. Non è un caso che lo schema diritto soggettivo/giudice ordinario venga spesso rafforzato, in punto di decisione sulla giurisdizione, dall'equivoco criterio del richiamo all'attività vincolata e di mero accertamento di fatti svolta in questi casi dell'amministrazione.

In tema di riconoscimento della cittadinanza per naturalizzazione, ad esempio, si è di recente criticata la giurisdizione amministrativa ritenendosi che la decisione in questione non sia connotata da discrezionalità in senso stretto (politico-amministrativo), e che persistere in questa impostazione sarebbe in contrasto col principio di legalità in senso formale e sostanziale, anche perché nelle argomentazioni del giudice amministrativo emergerebbe la centralità dell'interesse pubblico, e della tutela prioritaria di aspetti quali l'ordine pubblico, il territorio, la sovranità².

² Cfr. C. CUDIA, *Acquisto della cittadinanza per naturalizzazione e questioni di giurisdizione: alla ricerca della legalità sopita*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2022, pp. 2 ss.

È il tema della nuova forma di Stato in cui opera l'attività creativa del giudice, che mi pare dimostri la necessità di superare la "retorica dei diritti umani"³ anche in questo settore⁴. Le più recenti analisi critiche ci hanno mo-

³ M. SAVINO, *Per una visione non irenica del diritto dell'immigrazione*, in F. ASTONE, R. CAVALLO PERIN, A. ROMEO, M. SAVINO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali, Atti dei Convegni di Siracusa, 4 maggio 2017 - Torino, 27 ottobre 2017*, Torino, 2017, p. 123.

⁴ Tale "retorica" ha spesso determinato decisioni che appaiono a primo acchito giuste e condivisibile, ma che spesso forzano oltremodo principi e istituti del nostro diritto. Talora è anche la nostra filosofia che finisce per ingenerare certi equivoci. Si pensi al trasversale uso dell'immagine del "campo" nell'elaborazione sull'homo sacer e sullo stato di eccezione di Giorgio Agamben. Si pensi alla nota sentenza sui CIE del Tribunale di Bari del 31 luglio 2017, secondo cui «Deve essere accolta la domanda risarcitoria per il danno non patrimoniale consistente nella lesione dell'immagine del Comune di Bari, patito dall'ente territoriale a seguito dell'apertura del CIE. Il risarcimento in tal senso è ritenuto necessario a fronte dell'ingente danno arrecato alla comunità territoriale tutta, da sempre storicamente dimostratasi aperta all'ospitalità. Più in particolare, il danno all'immagine patito dall'ente territoriale si giustifica alla luce di quella che è una normale identificazione, storicamente comprovata, tra luoghi ove si perpetrano violazioni dei diritti della persona e il territorio che li ospita. Nel caso concreto, il Comune di Bari, che aveva con deliberazione consiliare espresso la propria contrarietà all'insediamento del Centro in questione, ha subito la presenza dello stesso e, soprattutto, le determinazioni, in ordine alla sua gestione, adottate dall'Amministrazione statale. Quest'ultima è rimasta del tutto inerte dinanzi alle numerose segnalazioni circa le condizioni in cui versavano gli immigrati del CIE, nonché innanzi alle richieste di verifica delle condizioni igienico-sanitarie del Centro, la cui inidoneità all'assistenza dello straniero e alla piena tutela della sua dignità risulta dimostrata pienamente dalle risultanze probatorie». Qui si è criticata (cfr. F. CORTESE, *Se un Cie non funziona bene, l'immagine della comunità locale è danneggiata...*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2018, pp. 1 ss.) la fallacia della "sineddoche" in cui cade la sentenza: dal punto di vista fattuale e logico (non è equiparabile la situazione barese a contesti storici come Aushwitz o Guantanamo; il discredito sui CIE non può farsi automaticamente ricadere sulla città di Bari), e dal punto di vista giuridico (il fatto generatore del danno dovrebbe o rientrare nell'effettiva sfera di operatività di una qualche attribuzione del medesimo ente, di una qualche sua specifica competenza, idonea a caratterizzarne, per l'appunto, l'identità, o dovrebbe andare comunque a cagionare una qualche «menomazione del rilievo istituzionale dell'ente», da provarsi però in modo rigoroso). Al contrario, una recente sentenza del Consiglio di Stato delude se vista con un approccio umanitario e (neo)costituzionalmente orientato, ma convince se si applicano i canoni rigorosi della legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo, che richiede la qualificazione dell'interesse e non si accontenta di un mero addentellato costituzionale agli artt. 2 e 118 Cost., anche se c'è chi in dottrina sostiene tale tesi.

In questo senso è stata negata la legittimazione di un'associazione che impugnava il decre-

strato il risvolto ideologico e storico della classificazione dei diritti e delle libertà, nella più generale idea che nel campo dei diritti individuali non vi sia una scala oggettiva di pregevolezza degli interessi⁵.

Si deve quindi considerare il problema in una chiave più ampia, sia perché la presenza – anche sul piano delle fonti – di uno Stato amministrativo non viene affatto meno, sia perché alla prospettiva dei diritti e delle libertà fondamentali va affiancata quella legata a valori meta-individuali pur sempre sussistenti, come la coesione e la sicurezza delle collettività locali e nazionali.

A me pare che al fondo di queste dinamiche possa riscontrarsi un redivivo schmittiano Stato amministrativo, se si consente anche a me di richiamare Nigro⁶. Lo Stato amministrativo è lo Stato nel quale le autorità amministrative non solo governano e amministrano, ma pongono regole di comportamento e giudicano intorno alla loro applicazione. Inoltre, è lo Stato in cui anche legislazione e giurisdizione si trasformano in amministrazione: la legge e la sentenza perdono la loro funzione tipica e divengono anch'esse misure amministrative.

Tale impostazione risulta conforme all'opinione di Sabino Cassese, espressa all'ultimo convegno Aipda sulla discrezionalità amministrativa, nel quale si è notato lo spostamento del potere amministrativo nelle mani di coloro che hanno anche il potere legislativo, e la contestuale esondazione dei poteri del giudice amministrativo, a causa della espansione legislativa e del conseguente aumento della politicità indotta nell'amministrazione dal corpo politico⁷.

I diritti cd. fondamentali, cioè quelli con forti premesse costituzionali, vi-

to interministeriale sulla limitazione degli approdi ai porti italiani (Tar Lazio, Roma, sez. III, sentenza del 7 ottobre 2020, n. 10152). I giudici non si sono chiesti se gli artt. 2 e 118 Cost. potessero essere interpretati in modo da estendere la legittimazione a favore dell'associazione, ma hanno constatato come manchi la norma di garanzia a tutela di soggetti diversi dal migrante che chiedi asilo e non vi siano margini per un'interpretazione analogica – legis, o iuris – della disciplina esistente, difettando un minimo comune fra quel tipo di individuo e quel tipo di persona giuridica (ente no profit). A tal fine non sono sufficienti le finalità perseguite dall'associazione, come indicate nel relativo statuto, né il fatto che l'ente sia concretamente attivo nell'assistenza ai migranti. Questi indici non sarebbero infatti idonei a precisare le caratteristiche del «bene a fruizione collettiva» che legittima l'associazione ad agire in giudizio, la cui fonte non è individuabile, oltre che nella legge e nella stessa Costituzione, in atti di autonomia privata o in situazioni di fatto. Cfr. sul tema A. CASSATELLA, *Legittimazione a ricorrere e norme di garanzia*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2022, pp. 773 ss.

⁵ R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, con richiamo iniziale al noto saggio di G. AMATO, *Individuo e libertà nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967.

⁶ M. NIGRO, *Carl Schmitt e lo stato amministrativo*, in *Quaderni costituzionali*, 1986, p. 479.

⁷ S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6/2022, pp. 725 ss.

vono solo nella dialettica del bilanciamento/condizionalità, intesa non in accezione compromissoria e “diminutiva”, ma come irrinunciabile sede di traduzione della norma di principio in dato di realtà, e quindi come sede di inveroamento e concretizzazione. Il pubblico potere non va banalmente inteso come limite ma come presidio di effettività. In questo senso, anche il giudice amministrativo recupera un ruolo fondamentale, non solo e non tanto per la ricchezza dei suoi poteri decisorii e per l’ormai accettato principio di atipicità delle azioni dinanzi a lui esperibili, ma ancor prima per la peculiare capacità di indagare la razionalità intrinseca delle scelte selettive, che sono quelle in cui, in una società di crescenti bisogni e non infinite risorse economiche, si misura, in concreto e a prescindere dalle opzioni qualificatorie, l’effettività della situazione giuridica considerata.

A me pare che i lavori di Cassatella ci dimostrino, inoltre, che l’intensità del sindacato del g.a. si sia progressivamente affinata, proprio in tema di immigrazione. Più in generale il giudice amministrativo deve considerarsi ormai dotato delle medesime tecniche di tutela del giudice ordinario, secondo quello che è l’indirizzo già presente nella più volte richiamata sentenza n. 140/2007 della Consulta.

Al netto di *querelle* che spesso ormai assumono un tono ideologicamente stantio, il vero tema sta piuttosto nell’incertezza dei criteri di riparto, specie quando la questione venga a modularsi tra due fori. E qui la Cassazione non ha dato sempre prova di aver di mira l’effettività della tutela.

Si pensi al problema se il giudice ordinario, adito con il ricorso avverso il decreto di espulsione dello straniero emesso dal prefetto, abbia o meno la possibilità di sindacare incidentalmente, e quindi di disapplicare, l’atto amministrativo presupposto. Ovvero se sia almeno possibile l’impiego dell’istituto della sospensione del giudizio civile, in attesa dell’esito di quello amministrativo, ex art. 295 c.p.c. Un restrittivo, e tuttora maggioritario, orientamento della Cassazione ritiene «non consentito al giudice dell’opposizione all’espulsione sindacare *incidenter tantum* la legittimità di un atto assunto a premessa della stessa espulsione»⁸.

3. *Topica del sindacato incrementale*

Quanto al sindacato, siamo abituati a leggere che nella giurisdizione del g.o, l’oggetto del giudizio è la verifica del corretto esercizio del potere di

⁸ Cfr. da ultimo Cass. Civ, sez. I, ordinanza del 2 febbraio 2022, n. 10480.

espulsione, con particolare riferimento alla sussistenza dei presupposti previsti dalla legge. Nel caso del g.a., invece, questi opererebbe con particolare *self-restraint*, spesso qualificando l'atto come di «alta discrezionalità amministrativa», al confine con l'incerta nozione di atto politico.

Si tratta sovente di esercizio di alta discrezionalità amministrativa avente finalità eminentemente cautelare, non essendo necessario che sia appurata con certezza la sussistenza del pericolo, essendo sufficiente che vi siano fondati motivi per ritenerlo sufficiente. Si pensi al caso di espulsione per ragioni di prevenzione dal terrorismo (l. n. 155/2005).

Si veda, ad esempio, Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 857/2022, che ha respinto un ricorso in cui si lamentava sia la mancanza di ragionevolezza e proporzionalità della decisione del giudice di prime cure, che l'erronea valutazione del rischio di violazione del principio di non refoulement, atteso che un rimpatrio fondato sul sospetto di terrorismo avrebbe esposto l'espulso a pregiudizi in tutte le sue manifestazioni del vivere civile. Nella recente rassegna giurisprudenziale della Rivista *Diritto Immigrazione e cittadinanza*⁹ si è osservato su questa pronuncia: «Pur non potendo conoscere la fattispecie concreta, per le ragioni anzidette, emerge con chiarezza la limitazione oggettiva del diritto di difesa qualora il sindacato giudiziale sia meramente estrinseco e formale, come nelle ipotesi di prevenzione del rischio terroristico». Qui si aprirebbe il tema della ormai diffusa prassi degli indebiti “omissis” nelle sentenze, di recente stigmatizzata dall'*Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo*, che ha pubblicato anche un vero e proprio appello¹⁰ per sollecitare l'adozione delle iniziative più opportune volte a far cessare quanto prima la sopra descritta prassi *contra legem* e a rimuoverne gli effetti, atteso il pregiudizio che tale prassi arreca alla piena conoscenza e conoscibilità del dato giudiziario con la sua sottrazione al controllo democratico della collettività e alla piena utilizzazione da parte di studiosi ed operatori del diritto.

Gli informati studi di Antonio Cassatella ci consentono di osservare come anche questo sia un pregiudizio ormai da superare. Il giudice amministrativo in questo settore opera spesso in una logica sostanziale e para-equitativa, come nella tradizione della giustizia “graziosa”¹¹. Lo stesso si è verificato di

⁹ A cura di J. Di Giovanni e G. Savio.

¹⁰ Reperibile in *www.aipda.it*. Sul tema v. anche F. FRANCIOSI, *Protezione dati personali e pubblica amministrazione*, in *www.giustiziainsieme.it*, 1° settembre 2021.

¹¹ Cfr. M. MAZZAMUTO, *Il tramonto dottrinario del mito della giurisdizione unica alla luce dell'esperienza tra Orlando e Mortara*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2019.

recente nella giurisprudenza sulle misure adottate da Governo ed enti territoriali a contrasto della pandemia. Anche in questo caso, pur acclarata sin da subito la sindacabilità degli atti della gestione del virus, il giudice ha operato sovente una delicata opera di mediazione tra interessi¹²: a volte attraverso un sindacato assai penetrante (è il caso, ad es., della idrossiclorochina, ovvero dell'obbligo di mascherina per alcuni studenti, oppure il rinvio alla Corte costituzionale da parte del CGARS in tema di vaccini), in altri casi ritirandosi.

Cassatella in questa sede menziona correttamente Nigro; ma già in precedenza, nel richiamato studio sulla rivista *Diritto Processuale Amministrativo*, dopo aver premesso che raramente le potestà amministrative in materia sono effettivamente “discrezionali”, ma al limite connotate da complessità conoscitiva e valutativa, ma senza che ciò abbia conseguenze in punto di giurisdizione del g.o. (in linea, peraltro, con la dottrina maggioritaria sugli effetti comunque costitutivi dell'atto vincolato), ha analizzato le modalità del sindacato del giudice sia amministrativo sia ordinario in materia, mettendone in luce diverse tipologie, definite come segue: tipologico (riformulazione della fattispecie astratta che porta ad individuare in maggior dettaglio le circostanze che legittimano l'emanazione del provvedimento); assiologico (in base al quale si sottopone a sindacato il modo attraverso cui la p.a. ha conferito valore ai presupposti della decisione); analogico (in cui addirittura il giudice si spinge a valutare la “giustizia sostanziale” della decisione impugnata dallo straniero).

Altri hanno parlato di sindacato «incrementale»¹³, riferendosi ad esempio alla pericolosità sociale dello straniero: la giurisprudenza amministrativa, sulla scia dell'orientamento della Corte costituzionale, ha interpretato e applicato la normativa del t.u.i. al fine di garantire una tutela giurisdizionale piena ed effettiva dei diritti reclamati dallo straniero. La Corte costituzionale, come è noto, non ha negato in linea di principio l'ampia discrezionalità del legislatore nell'ammettere i c.d. automatismi espulsivi discendenti da condanne penali avvertite dal legislatore come indici di particolare pericolosità sociale dello straniero e di minaccia per l'ordine pubblico. Nondimeno, con riferimento a talune peculiari situazioni, la Corte costituzionale è intervenuta sul sistema normativo per sanzionare l'irragionevolezza dell'automatismo espulsivo o, comunque, per indicare una via interpretativa costituzionalmente orientata delle disposizioni che prevedono le fattispecie ostative.

¹² F. GOISIS, *La giustizia amministrativa nell'emergenza pandemica, tra incisività dei poteri e self-restraint*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 4/2021, pp. 853 ss.

¹³ M. NOCCELLI, *Il diritto dell'immigrazione da vanti al giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, n. 5/2018.

Su questa scia, di recente Cons Stato, sez. III, 5 agosto 2022, n. 6935, ha ritenuto di poter dare rilevanza alle sopravvenienze (id est: i redditi dell'anno successivo rispetto a quello preso di riferimento per il rinnovo del permesso di soggiorno, tradizionalmente considerati irrilevanti in materia di immigrazione), superando la qualificazione del giudizio come meramente impugnatorio: in questa nuova prospettiva, quando il giudizio involga diritti fondamentali della persona (da porre in bilanciamento con i valori della sicurezza e della sostenibilità dei flussi migratori), questo non deve avere come baricentro l'atto bensì il rapporto, e deve tendere allo scrutinio della fondatezza della pretesa sostanziale azionata.

Neanche la fattispecie dell'atto politico è riuscita ad attecchire, come non aveva avuto accesso già nel lontano e notissimo caso *Laurens* del 1892, quando però a migrare eravamo noi italiani.

Questo anche perché essa è ormai fortemente limitata da un'esegesi del g.a. che lascia operare tale categoria, che sottrae l'atto all'impugnazione dinanzi al g.a. ai sensi dell'art. 7, comma 1, c.p.a., che limita i casi agli "atti costituzionali" e a quelli "internazionali", ampliando di converso i casi di atto di alta amministrazione, anche nel diritto dell'immigrazione.

Sono ben note le vicende "Gregoretti" "Diciotti" "Open Arms", che riguardano le conseguenze giuridiche, nel diritto interno, della violazione della procedura delineata dagli artt. 10 e 10-ter t.u.i., potenzialmente integrante, nell'interpretazione costituzionalmente orientata, indebita limitazione della libertà personale del migrante, penalmente rilevante.

Ora, sul piano penale non si ravvisano apprezzabili motivi per sostenere l'assoluta insindacabilità dell'atto politico (ove effettivamente configurabile) innanzi al g.o., in quanto l'art. 7 è norma che attiene al sindacato del g.a. Né può sostenersi l'idoneità dell'atto, in sé considerato, a elidere l'antigiuridicità della condotta tipica, in particolare ai sensi dell'art. 51 c.p., nell'ipotesi in cui il provvedimento, lungi dal rappresentare antecedente logico e cronologico della condotta, integri esso stesso il fatto di reato (per evidente circolarità logica del ragionamento).

Ma invero neanche il giudice amministrativo ha arretrato la propria tutela sul punto. Anzi. Come noto, il Tar Lazio si è pronunciato sulla questione in via cautelare il 14 agosto 2019 ordinando la sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato e ha autorizzato l'ingresso della nave nelle acque territoriali italiane e contestualmente che fossero prestati i soccorsi alle persone maggiormente bisognevoli¹⁴. Ora una simile questione si pone

¹⁴ Sulla vicenda v. C. FELIZIANI, *Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia*

nell'arroventato scontro di questi giorni fra le Ong e il Governo italiano, che ha emanato un decreto interministeriale che inaugura una politica di "sbarchi selettivi" (a forte rischio di integrare la fattispecie del respingimento collettivo), prontamente impugnato davanti al Tar Lazio¹⁵.

Aggiungerei, infine, che in questa materia prima che in altre il giudice amministrativo ha correttamente percepito la rilevanza delle regole procedurali sull'assetto di interessi sostanziali.

Molto interessante è la garanzia fornita dall'art. 10-bis legge n. 241/1990 (c.d. preavviso di rigetto), e la tutela del migrante in caso di sua omissione da parte dell'amministrazione. Anche sul fronte delle tutele procedurali, maggiormente a rischio per la presenza di una norma come l'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241/1990, si ravvisa una tutela forte.

Si consideri il caso affrontato dal Consiglio di Stato con sentenza n. 836/2022: si trattava di un cittadino straniero cui la questura di Napoli aveva negato il rilascio del permesso UE di lungo soggiorno, motivando in ragione del mancato pagamento delle tasse dovute per il lavoro autonomo svolto e per difetto del requisito alloggiativo, in quanto colui che aveva fornito la dichiarazione di ospitalità aveva affermato di non conoscere detto cittadino. Si è accolta la censura mossa alla questura per non avere effettivamente applicato l'art. 10-bis legge 241/90, dunque omettendo di preavvisare l'interessato del possibile diniego indicando gli elementi prospettati come mancanti e conseguentemente negando il diritto di partecipazione al procedimento. Tale omissione, peraltro, ha concretamente impedito all'interessato di «contribuire all'integrazione documentale che l'Amministrazione riteneva necessaria evidentemente ai fini dell'esito positivo», nel contempo evocando il principio di leale collaborazione tra la PA e l'interessato (art. 1, co. 2-bis legge 241/90)¹⁶.

da parte del migrante. Quale ruolo per il giudice amministrativo?, in *Rivista di Diritti Comparati*, n. 2/2020, pp. 177 ss.

¹⁵ Le misure in questione sono a forte rischio di illegittimità sotto svariati profili di contrarietà al diritto internazionale ed europeo: al netto del modo eccessivamente espansivo in cui tale provvedimenti interpretano la nozione di ordine e sicurezza pubblica, gli sbarchi selettivi violano il divieto di espulsione collettiva (art.4, prot. 4, Cedu); c'è poi una violazione del diritto ad accedere alla procedura di protezione internazionale (art. 6 direttiva "procedure"); infine, ci sono le perplessità sul divieto di *non refoulement*, e poi entra in gioco il divieto di trattamenti umani e degradanti (art. 3 Cedu).

¹⁶ Sulla stessa linea il Tar Napoli, sentenza del 2 marzo 2022, n. 1397, secondo cui la premissione delle garanzie procedurali di cui al preavviso di rigetto dell'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno di lungo periodo assume, anche, un rilievo sostanziale e non mera-

Da notare come il legislatore abbia recentemente confermato la solidità sistematica di tali assunti, nella misura in cui ha disposto la non applicabilità del secondo periodo dell'art. 21-octies, comma 2, legge n. 241/1990 (relativo alla non annullabilità del provvedimento, anche discrezionale, per omessa comunicazione del provvedimento a fronte di prova di impossibile diverso contenuto del provvedimento) al preavviso di rigetto.

4. *La creatività del giudice, fra certezza e parità di trattamento*

L'a. conclude il proprio scritto evidenziando un problema di fondo del sistema, così delineato: la creatività, pur nei limiti sistematici in cui può essere considerata ammissibile, resta un problema di certezza del diritto e di parità di trattamento.

A conferma di tale assunto vorrei evidenziare un'ultima questione problematica.

Mi riferisco al problema dei tempi dei procedimenti in materia di immigrazione.

In passato tale questione ha portato ad interventi equitativi del giudice amministrativo finanche nell'uso delle azioni a tutela del migrante.

Si pensi ai ritardi nella conclusione del procedimento di concessione della cittadinanza, su cui giustamente Mario Savino ha osservato (al Convegno del gruppo "San Martino" dello scorso 11 novembre 2022) si misura la valenza potenzialmente escludente della cittadinanza.

Si consideri, sul punto, che l'introduzione della c.d. *class action* pubblica (d.lgs. n. 198/2009) ha consentito un ampliamento della tutela proprio in tema di ritardo dell'amministrazione nel perfezionamento dei procedimenti di concessione della cittadinanza, su cui si sono innovativamente espressi TAR Lazio, Roma, sez. II-quater, 6 settembre 2013, n. 8154 e 26 febbraio 2014, n. 2257.

In particolare, da un lato si è chiarito che l'art. 1 d.lgs. n. 198/2009 consente il ricorso all'azione collettiva sia nel caso di violazione generalizzata dei termini

mente formale, tenuto conto che la violazione dell'obbligo di comunicare alla questura competente per territorio le eventuali variazioni del domicilio abituale non può considerarsi di per se motivo ostativo alla regolarità di permanenza nel territorio dello Stato, né farsi coincidere ex se con la perdita del requisito alloggiativo. Si trattava di un caso in cui il cittadino straniero aveva eletto domicilio per le comunicazioni e notificazioni presso lo studio del proprio avvocato, il quale aveva ricevuto solo il provvedimento definitivo ma non, appunto, il preavviso di rigetto dell'istanza amministrativa.

procedimentali sia nel caso di mancata adozione di atti generali a contenuto non normativo, dall'altro che la domanda giudiziale nella *class action* è molto più articolata e non è tesa ad ottenere la tempestiva conclusione del procedimento, bensì è volta ad ottenere che d'ora in avanti quell'amministrazione ponga fine al comportamento costantemente violativo dei termini procedimentali, pretendendosi dal giudice amministrativo l'emanazione di un provvedimento particolarmente penetrante e complesso nella sua attuazione da parte dell'ente.

Sicché si è ritenuto che la *class action* pubblica possa consentire al giudice di «invitare il Ministero dell'interno a porre in essere ogni adempimento utile, di carattere organizzativo e procedurale, volto al rigoroso rispetto dei termini previsti per la conclusione del procedimento di rilascio della cittadinanza italiana, tenuto conto che la previsione legislativa di riconoscere ben 730 giorni di tempo (...) all'amministrazione competente per completare il percorso istruttorio con l'adizione del provvedimento conclusivo appare più che idonea a rendere ingiustificabile ogni ragione di ritardo nel completamento della filiera amministrativa in questione a far data dalla presentazione della relativa istanza»¹⁷.

In generale si è posto e si pone un altro grave problema.

La normativa in materia di emersione/regolarizzazione di cui all'art. 103, d.l. 34/2020 non stabilisce alcun termine per la conclusione del procedimento. Ad oggi moltissimi procedimenti in questa materia, pur iniziati circa due anni fa, non sono ancora terminati.

La giurisprudenza più risalente ha adottato un atteggiamento di chiusura, e si è sostanzialmente limitata a prendere atto dell'insussistenza di un termine di conclusione del procedimento di emersione previsto a livello di normazione primaria o regolamentare¹⁸.

¹⁷ È noto, sul punto, che il d.l. n. 113/2018 ha esteso a 48 mesi (rispetto ai 24 precedenti) il termine per la conclusione del procedimento per il riconoscimento della cittadinanza italiana per matrimonio e per residenza. Si tratta di un provvedimento che, assieme ad altre disposizioni contenute nel d.l. n. 113/2019 e nel successivo d.l. n. 53/2019 persegue un modello di ulteriore emarginazione dello straniero extracomunitario, riducendo le possibilità di integrazione, e provando spesso la reazione costituzionalmente orientata della giurisprudenza, compresa quella amministrativa (cfr. A. TRAVI, *Le nuove leggi sui migranti e l' "altro" diritto*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2019, pp. 675 ss.). Tale termine, che decorre dalla data di presentazione della istanza, è stato successivamente ridotto a trentasei mesi dal decreto-legge n. 130 del 2020 (art. 4, co. 5-7) con effetti per le domande presentate a partire dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del medesimo decreto (art. 9-ter, L. 91/1992).

¹⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. III, sentenza del 25 febbraio 2014, n. 891.

Una parte della giurisprudenza amministrativa di merito¹⁹ si è discostata da precedenti pronunce del Consiglio di Stato, affermando che il termine per la conclusione del procedimento amministrativo in questa specifica materia è di trenta giorni.

In un primo tempo si è pensato di poter armonizzare i due opposti orientamenti con la creazione in via pretoria di una inedita *actio interrogatoria* di diritto pubblico, sulla falsariga dell'art. 481 c.c.: riconoscimento all'interessato della legittimazione ad agire nel rito sul silenzio e valutazione casistica del giudice di individuare se ci siano le condizioni per fissare un termine nonché la sua entità, in relazione al tempo trascorso e alla esistenza o meno di cause giustificative²⁰. Qui il disagio sistematico è molto profondo, e va dall'atipicità dell'azione all'incertezza dei poteri che il giudice si auto-attribuisce.

Infine, il Consiglio di Stato, sez. III, con sentenza 9 maggio 2022 n. 3578, ha specificato che la materia dell'immigrazione e della cittadinanza è estranea alla disciplina generale di cui all'art. 2, l. 241/90. Cionondimeno, la PA è vincolata al rispetto del termine di 180 giorni dall'invio dell'istanza di parte per concludere il procedimento.

Con questa importante pronuncia, pur differente dell'orientamento di merito su segnalato, il Consiglio di Stato modifica radicalmente la propria pregressa impostazione che, invece, era nel senso della mancanza di ogni termine nella conclusione dei procedimenti di emersione/regolarizzazione.

Il giudice amministrativo rimodula il chiaro dettato della norma, l'art. 2, comma 4, legge n. 241/1990, per esigenze di giustizia sostanziale legate ai termini del procedimento, essenziali soprattutto in questa materia. Ciò in linea con una più ampia tendenza volta a considerare valevole la regola dell'obbligo di provvedere anche *praeter legem*, e sulla base di principi generali.

Il Consiglio di Stato attribuisce così al termine massimo ai 180 giorni previsto dalla parte finale dell'art. 2, comma 4, legge n. 241/1990, la natura di "punto di tolleranza" del sistema, destinato ad operare come parametro ordinario di durata massima di tutti i procedimenti, e dunque anche nei procedimenti in tema di immigrazione, con la possibilità per l'amministrazione di fissare in via regolamentare un termine massimo che ecceda il limite dei 180 giorni. In tal modo, una volta decorso il termine di 180 giorni dalla pre-

¹⁹ Cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. III, sentenze del: 22 luglio 2021, n. 1785; 6 ottobre 2021, n. 2145; 18 novembre 2021, n. 2554.

²⁰ Cons. Stato, sez. III, sentenza del 12 aprile 2016, n. 1425.

sentazione della domanda, è possibile per gli interessati attivare i meccanismi di tutela in materia di silenzio-inadempimento della p.a.

In questa vicenda mi pare si rifletta molto bene il pensiero di Cassatella: spazio al giudice-pretore, ma grande attenzione (da parte degli interpreti e del legislatore) ai rischi di esegesi eccessivamente creative rispetto alla lettera della norma contenuta nella legge 241/1990, seppure giustificate dalla necessità di “ambientare” una problematica a livello costituzionale e ridurre in via interpretativa le problematiche di costituzionalità che deriverebbero dall’esclusione completa di una sola categoria di provvedimenti dal principio di certezza dei tempi del procedimento oggi generalizzato dalla previsione di cui all’art. 2 della legge n. 241/1990.

Quest’opera giurisprudenziale andrebbe a questo punto “rammendata” o dall’intervento chiarificatore del legislatore o, quanto meno, dall’opera della dottrina, per i risvolti di ulteriore incertezza e disparità di trattamento che ad essa inevitabilmente si accompagnano.

Si pensi alle problematiche di diritto intertemporale per coloro che abbiano lasciato decorrere il termine annuale di decadenza di cui all’art. 31, comma 2, c.p.a., ritenendo di non poter proporre l’azione avverso il silenzio in un contesto giurisprudenziale anteriore alla recente svolta del Consiglio di Stato. Si pone qui il problema, intercettato dalla vicenda del cd. *prospective overruling*, di accompagnare il mutamento giurisprudenziale con misure volte a tutelare il diritto d’azione di chi si sia trovato in un’esigenza di tutela prima di detto mutamento. Si pensi al possibile impiego di una disposizione quale l’art. 37 c.p.a., relativo alla rimessione in termini del ricorrente per errore scusabile²¹. Certo non è detto che questa sia la soluzione di ogni problema, vista a sua volta la profonda incertezza nell’uso di strumenti quali proprio il *prospective overruling*²², ma questa è un’altra storia che non può trovare adeguato approfondimento in questa sede.

²¹ Cfr. L. VIOLA, *Principio di tempestività dell’azione amministrativa e procedimenti in materia di immigrazione: un rapporto ancora problematico*, in *Diritto fondamentali*, n. 2/2022, pp. 347 ss.

²² Cfr. A. DE SIANO, *Il prospective overruling tra giusto processo e sentenza giusta*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2019, pp. 1134 ss.

CONCLUSIONI

I PRINCIPI ALLA BASE DELLA POLITICA EUROPEA IN MATERIA DI ASILO E D'IMMIGRAZIONE E LA LORO PROBLEMATICA ATTUAZIONE

Ugo Villani*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il principio di solidarietà e i diritti umani. – 3. Il valore giuridico del principio di solidarietà. – 4. Il sistema Dublino III e l'obbligo di soccorso in mare. – 5. Il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo. – 6. La protezione temporanea agli sfollati ucraini. – 7. *Segue*: il suo mancato impatto sulla politica dell'Unione. – 8. Tendenza all'impiego del metodo intergovernativo. – 9. L'immagine di Fortezza Europa.

1. *Premessa*

Le relazioni qui pubblicate analizzano in profondità e sotto molteplici angolature le attuali, spesso drammatiche, problematiche relative all'asilo e all'immigrazione, suscitando, più che delle "conclusioni", riflessioni, suggestioni, interrogativi. Esse si svolgono su due piani, distinti ma strettamente collegati, europeo e italiano e si sviluppano lungo una linea direttrice di costante confronto tra i tentativi di riforma legislativa e la vasta giurisprudenza.

I primi stentano a decollare, sebbene la vigente normativa a livello europeo risulti per vari profili inadeguata a dare risposte efficaci ai bisogni, alle istanze e alle tensioni che in questa materia urgono in maniera pressante. Quanto alla legislazione italiana, le più recenti tendenze sollevano rilievi critici, in specie riguardo alla disciplina del lavoro dei migranti e al delicato settore del contrasto all'immigrazione irregolare. Sul fronte giurisprudenziale l'apporto della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo, così come della giurisprudenza nazionale, proveniente sia dalla Corte costituzionale che dal giudice comune, in particolare da quello amministrativo, finisce sovente per svolgere un ruolo integrativo, se non suppletivo, nei confronti dei ritardi e delle inadempienze del legislatore.

Il duplice *fil rouge* che in maniera trasversale intreccia le diverse relazioni

* Professore emerito di Diritto internazionale, Università degli studi di Bari "Aldo Moro".

e sul quale si è particolarmente concentrato il ricco dibattito che esse hanno stimolato, è rappresentato, per un verso, dal principio di solidarietà, per l'altro, dal rispetto dei diritti umani fondamentali. La loro ricorrenza persino nei titoli delle relazioni esprime l'orientamento teso a valutare gli sviluppi (così come le mancanze o ... l'involuzione) del legislatore, la giurisprudenza, la prassi amministrativa alla luce dell'attuazione della solidarietà e del rispetto dei diritti umani. Invero tali valori costituiscono le pietre angolari sulle quali deve fondarsi la costruzione normativa europea. Ma, com'è evidente, la loro obbligatorietà investe altresì l'ordinamento italiano, perché, pur in una materia di competenza concorrente come l'asilo e l'immigrazione, gli Stati membri restano soggetti all'osservanza del diritto dell'Unione. In particolare i diritti umani, peraltro, si impongono anzitutto al livello costituzionale e si collocano in un contesto di reciproco arricchimento con quelli derivanti dal diritto dell'Unione europea, in «un rapporto di mutua implicazione e di feconda integrazione», come ha affermato di recente la Corte costituzionale nella sentenza del 4 marzo 2022 n. 54 con riguardo alle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in materia di accesso alle prestazioni sociali. La stessa Corte ha quindi dichiarato che è suo compito «assicurare una tutela sistemica, e non frazionata, dei diritti presidiati dalla Costituzione, anche in sinergia con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e valutare il bilanciamento attuato dal legislatore, in una prospettiva di massima espansione delle garanzie».

2. *Il principio di solidarietà e i diritti umani*

Com'è noto, le politiche dell'Unione relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario, che della solidarietà costituisce un corollario (art. 80 TFUE). Con particolare riguardo alla politica comune dell'immigrazione, questa è intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei Paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani (art. 79, par. 1, TFUE). In materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea l'Unione sviluppa una politica comune volta a offrire uno *status* appropriato a qualsiasi cittadino di un Paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento (art. 78, par. 1, TFUE).

Quest'ultimo, previsto già dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 sullo *status* dei rifugiati e risultante in maniera anche più incisiva dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, è ribadito in termini estremamente rigorosi dall'art. 19, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali, il quale dispone che nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti.

Il *non-refoulement* ha un ruolo fondamentale. Esso, infatti, anche alla luce della giurisprudenza italiana e internazionale, costituisce ormai il contenuto di una norma di diritto internazionale consuetudinario, alla quale è generalmente riconosciuto il rango di *ius cogens*. In questo senso si è espressa recentemente la Corte di cassazione penale nella sentenza del 26 aprile 2022 n. 15869. Essa, riaffermando l'impostazione della sentenza di primo grado del Tribunale di Trapani del 3 giugno 2019 n. 112, ha desunto il carattere imperativo della norma in discorso da quella – anch'essa di *ius cogens* – che vieta la tortura. La Corte di cassazione ha dichiarato: «Posto che il divieto di tortura costituisce un principio di *ius cogens* e che il non-respingimento costituisce una componente – un segmento – del divieto di tortura strumentale alla sua attuazione, ne deriva che anche il *non-refoulement* assurge al livello di norma cogente, nella misura in cui, appunto, sia funzionale a proteggere la persona da trattamenti riconducibili alla tortura».

Il divieto di respingimento comporta non solo, com'è evidente, l'inadempimento di un obbligo europeo da parte dello Stato membro che lo violi; esso determinerebbe anche l'invalidità di un atto dell'Unione che consentisse (o, peggio, prescrivesse) il respingimento, in quanto in contrasto con il diritto dell'Unione. Per di più, la sua natura imperativa avrebbe per conseguenza la nullità di ipotetiche norme dei Trattati europei, così come di eventuali accordi tra l'Unione e Stati terzi che prevedessero il respingimento (in qualsiasi forma, cioè come estradizione, allontanamento o espulsione), in conformità dell'art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 aprile 1969, corrispondente a una norma di diritto internazionale consuetudinario.

Oltre alle norme specificamente dedicate dai Trattati europei e dalla Carta dei diritti fondamentali al tema dell'asilo e dell'immigrazione, va sottolineato che in questa materia (come in ogni altra rientrante nella competenza dell'Unione) dev'essere garantito il rispetto dei diritti umani fondamentali. Essi, com'è noto, sono vigenti nel diritto dell'Unione europea a vario titolo. Seguendo l'ordine dell'art. 6 TUE, anzitutto tali diritti sono riconosciuti qua-

li sanciti nella Carta di Nizza del 7 dicembre 2000, adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 e avente lo stesso valore giuridico dei Trattati (par. 1). Essi, inoltre, garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, costituiscono principi generali del diritto dell'Unione (par. 3). Ora, tali diritti non sono un "privilegio" degli immigrati regolari o degli aventi diritto a una protezione internazionale, ma appartengono a tutti, compresi i clandestini, gli irregolari e persino gli autori di reati. L'*incipit* di qualsiasi atto internazionale o statale volto alla tutela dei diritti umani, infatti, è invariabilmente "tutti", "ognuno", "nessuno". In qualsiasi atto, prassi, condotta sia degli Stati membri che delle istituzioni e degli organi europei, quindi, dev'essere garantito il rispetto dei diritti umani, a cominciare dal diritto alla vita. E ciò va ribadito con forza a fronte di una sorta di assuefazione ai naufragi e alle centinaia di morti in quel mare Mediterraneo che Giorgio La Pira denominava il grande lago di Tiberiade, luogo di incontro e di dialogo tra i popoli delle tre religioni monoteiste (Ebrei, Cristiani, Musulmani) che su esso si affacciano e divenuto, invece, il più grande cimitero a cielo aperto. Il tragico naufragio di Cutro nella notte tra il 25 e il 26 febbraio 2023 non è che l'ultima tragedia in tale mare.

3. *Il valore giuridico del principio di solidarietà*

La solidarietà – come si è ricordato – rappresenta il principio fondamentale della politica dell'Unione relativa all'asilo e all'immigrazione. La Corte di giustizia ne ha fatto applicazione nella sentenza del 6 settembre 2017, cause C-643/15 e C-675/15, con la quale ha respinto i ricorsi della Slovacchia e dell'Ungheria, che avevano impugnato la decisione 2015/1601 del Consiglio del 22 settembre 2015, che istituiva (ai sensi dell'art. 78, par. 3, TFUE) un meccanismo temporaneo di ricollocazione obbligatoria a favore della Grecia e dell'Italia, sottoposte, all'epoca, a un'eccezionale pressione di flussi migratori provenienti dal Mediterraneo. La Corte ha motivato la sua decisione osservando, tra l'altro, che il Consiglio, nell'adottare la decisione impugnata, era tenuto a dare attuazione al principio di solidarietà, come del resto la stessa decisione dichiarava.

Il principio è stato più volte richiamato anche nella sentenza del 2 aprile 2020, cause C-715/17, C-718/17 e C-719/17, con la quale, su ricorso della Commissione, la Corte di giustizia ha accertato l'inadempimento della citata decisione 2015/1601 (oltre che della precedente decisione 2015/1523) da parte della Polonia, dell'Ungheria e della Repubblica ceca.

Al riguardo, peraltro, andrebbe rimarcato che il suddetto principio non solo svolge un ruolo determinante per l'adozione di misure temporanee volte a fronteggiare situazioni eccezionali di emergenza, ma deve informare l'intera legislazione "a regime" dell'asilo e dell'immigrazione. Invero il principio di solidarietà ha una sfera di applicazione che va anche al di là della materia in esame (come delle altre in cui è espressamente richiamato, quali la politica economica, quella dell'energia ecc.). Declinato in molteplici varianti e settori e riferito a soggetti diversi, esso permea di sé l'intera costruzione europea e il suo ordinamento giuridico. Questa dimensione della solidarietà emerge in maniera nitida dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. In particolare, nella sentenza del 15 luglio 2021, causa C-848/19 P, *Polonia c. Commissione*, la Corte ha dichiarato: «Così, lo spirito di solidarietà tra gli Stati membri, menzionato nella disposizione sopra citata [l'art. 194, par. 1, TFUE], costituisce un'espressione specifica, nel settore dell'energia, del principio di solidarietà, il quale a sua volta costituisce uno dei principi fondamentali del diritto dell'Unione». Essa ha aggiunto, ribadendo le conclusioni enunciate dal Tribunale nella sentenza del 10 settembre 2019, causa T-883/16, oggetto dell'impugnazione, che il principio di solidarietà è sotteso all'intero sistema giuridico dell'Unione [...] ed è strettamente connesso al principio di leale cooperazione, sancito dall'art. 4, par. 3, TUE, in virtù del quale l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati».

Anche se la precisa natura giuridica del principio di solidarietà è oggetto di divergenti opinioni nel dibattito scientifico, ritengo che esso rientri tra i principi generali del diritto dell'Unione e che, come tale, costituisca un parametro di valutazione sia della condotta degli Stati membri che della legittimità degli atti dell'Unione (non si tratti, quindi, di un mero principio di natura astratta, come ha giustamente precisato la Corte nella sentenza testé citata). Tuttavia il grado di intensità precettiva del principio in esame può variare da una materia all'altra, anche in considerazione del suo esplicito richiamo da parte di singole disposizioni e della formulazione delle stesse. Sicché, laddove la sua forza precettiva è più stringente, parallelamente più rigidi e precisi sono gli obblighi degli Stati membri e i doveri delle istituzioni europee; mentre, quando il contenuto precettivo della solidarietà presenta margini di flessibilità e di indeterminatezza, si amplia la sfera di libertà degli Stati nella scelta delle modalità per conformarsi alla stessa, così come l'ambito di discrezionalità delle istituzioni europee.

Ora, in materia di asilo e d'immigrazione non pare dubbio che il principio di solidarietà si configuri in termini obbligatori stringenti, come risulta

dalla ricordata formulazione dell'art. 80 TFUE, secondo il quale le politiche dell'Unione e la loro attuazione sono *governate* dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri.

Esso, pertanto, è idoneo a fungere da parametro per valutare, non solo sul piano politico, ma su quello più strettamente giuridico, la condotta degli Stati membri come gli atti dell'Unione.

4. *Il sistema Dublino III e l'obbligo di soccorso in mare*

Un esame dell'attuale sistema europeo comune di asilo (CEAS) lascia invero molto perplessi circa la sua conformità al principio di solidarietà. Il riferimento è specialmente al c.d. sistema Dublino III, cioè al regolamento (UE) n. 604/2013 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.

Sia pure con alcune eccezioni, la regola è costituita dalla competenza dello Stato di primo ingresso, anche se irregolare. Nelle migrazioni via mare essa determina inevitabilmente una particolare pressione sugli Stati europei che si affacciano sul Mediterraneo, a cominciare dall'Italia. Il fenomeno è accresciuto dalla combinazione della regola dello Stato di primo ingresso con l'obbligo di soccorso in mare. Quest'ultimo è previsto da due convenzioni internazionali elaborate nell'ambito dell'Organizzazione marittima internazionale. Anzitutto la Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita umana in mare (c.d. SOLAS), adottata a Londra il 1° novembre 1974, dispone che il comandante di una nave che si trovi in posizione idonea a prestare assistenza, il quale abbia ricevuto informazioni su persone in situazione di pericolo in mare deve procedere con tutta rapidità alla loro assistenza. La successiva Convenzione internazionale sulla ricerca e il salvataggio marittimo (c.d. SAR), adottata ad Amburgo il 27 aprile 1979, prevede una ripartizione delle zone di ricerca e di salvataggio tra gli Stati parti. Ogni Stato che abbia avuto notizia di persone in pericolo di vita nella propria zona SAR deve fornire loro assistenza e assicurarne il salvataggio, cioè il loro recupero, prodigare le prime cure e portarle in luogo sicuro e sbarcarli al più presto.

A fronte di certe ricorrenti, ciniche affermazioni, secondo le quali l'obbligo di salvataggio non dovrebbe riguardare coloro che, consapevoli dei rischi ai quali si espongono (sovente con i propri bambini), affrontano traversate in mare su imbarcazioni insicure e si affidano a scafisti senza scrupoli,

va sottolineato che la stessa Convenzione SAR dispone espressamente che l'assistenza deve essere prestata a ogni persona in pericolo in mare «senza tenere conto della nazionalità o dello *status* di tale persona, né delle circostanze nelle quali è stata trovata».

L'obbligo di soccorso in mare è ribadito dall'art. 98 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare adottata a Montego Bay il 10 dicembre 1982, la quale, in larga parte, codifica le norme consuetudinarie sul diritto del mare.

Alla luce delle suddette norme appare corretto ritenere che l'obbligo di soccorso in mare – come ha espressamente dichiarato la citata sentenza della Cassazione del 26 aprile 2022 – rappresenti una norma di diritto internazionale generale. Si deve aggiungere che tale obbligo è strumentale alla protezione del diritto umano “primordiale” alla vita, che rientra nel nucleo irrinunciabile dei diritti umani, dei quali costituisce palesemente premessa e condizione, riconosciuti da norme di diritto internazionale generale. Ciò determina il suo automatico “ingresso” nell'ordinamento giuridico italiano in virtù dell'art. 10, 1° comma, Cost., nel quale detta norma ha un rango costituzionale; con la conseguenza che qualsiasi legge italiana che si ponesse in contraddizione con l'obbligo di soccorso sarebbe viziata da incostituzionalità.

In situazioni particolarmente critiche, come quella che si presenta in questi primi mesi del 2023, il doveroso adempimento dell'obbligo di soccorso in mare determina il radicamento nello Stato le cui navi pubbliche effettuano il salvataggio della competenza a esaminare le prevedibili, numerose domande di asilo o di protezione sussidiaria. Com'è noto, dinanzi alla pressione che ha interessato il nostro Paese, il Governo italiano ha proclamato lo stato di emergenza (delibera del Consiglio dei Ministri dell'11 aprile 2023 di Dichiarazione dello stato di emergenza per sei mesi in conseguenza dell'eccezionale incremento dei flussi di persone migranti in ingresso sul territorio nazionale attraverso le rotte migratorie del Mediterraneo). Non entro nel merito della decisione del Governo, anche se credo che essa rifletta una percezione, peraltro comune alla politica europea e mondiale, dei flussi migratori come un'emergenza di carattere eccezionale, laddove essa costituisce un fenomeno strutturale, destinato presumibilmente ad assumere dimensioni sempre più vaste a seguito dei cambiamenti climatici, della siccità, della desertificazione. Tuttavia deve riconoscersi che l'Italia – come gli altri Stati membri mediterranei – è investita di una forte pressione in termini economici, amministrativi, sociali che, in assenza di meccanismi predefiniti e obbligatori di redistribuzione dei migranti, comporta una penalizzazione dei Paesi di primo ingresso e suona come una palese contraddizione con il principio di solidarietà

e, particolarmente, con quello di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri.

La concentrazione della pressione migratoria sui soli Stati che si affacciano sul Mediterraneo può determinare ulteriori, ben più tragiche conseguenze, che si scaricano sui soggetti più fragili, gli stessi migranti. Dato che ingresso è considerato già il primo contatto con la nave dello Stato che soccorre i migranti – come ha affermato la Corte europea dei diritti dell'uomo nella celebre sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* – la competenza di tale Stato a fronteggiare l'accoglienza dei naufraghi può indurre lo Stato in questione a trascurare (o ignorare) le notizie di situazioni di pericolo in mare, con la morte conseguente dei naufraghi. E ciò a prescindere dai ritardi, o dai mancati soccorsi, che possono derivare da dispute tra gli Stati in merito alla collocazione dell'imbarcazione in pericolo nelle rispettive zone SAR.

Vi è poi il rischio, tutt'altro che remoto, che le persone soccorse siano rinviate – se del caso anche sulla base di accordi bilaterali – verso il Paese di provenienza, considerato Stato sicuro sotto il profilo del rispetto dei diritti umani. È quanto hanno fatto talvolta le autorità italiane riguardo a migranti provenienti dalla Libia e respinti in tale Stato, nel quale l'unico dato “sicuro” è la sottoposizione dei migranti a violenze, torture, stupri, ricatti. Nei rapporti italo-libici è vigente, infatti, il Memorandum d'intesa sottoscritto a Roma il 2 febbraio 2017 tra il Presidente del Consiglio Paolo Gentiloni e il (sedicente) capo del Governo libico Fayez Mustafa Serraj. Esso, all'art. 1, lett. c, prevede che «la parte italiana si impegna a fornire supporto tecnico e tecnologico agli organismi libici incaricati della lotta contro l'immigrazione clandestina, compresa la guardia costiera» (oltre che cospicui finanziamenti, non si sa bene a chi!). Il nostro Governo così si rende complice dell'attività criminosa compiuta spesso proprio dalla guardia costiera libica e nei campi di prigionia dove i “clandestini” da essa catturati vengono detenuti. Mentre il Tribunale di Trapani, nella sentenza del 3 giugno 2019 n. 112 ha dichiarato la nullità di tale accordo, in quanto in conflitto con la norma consuetudinaria cogente che vieta il *refoulement*, il Governo lo ha tacitamente rinnovato non avendo esercitato il diritto di denuncia ai sensi dell'art. 8 dello stesso Memorandum. Della questione si è occupata recentemente una Missione d'indagine indipendente sulla Libia la quale, nel rapporto del 3 marzo 2023 presentato al Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite, ha dichiarato che sono stati commessi in Libia crimini contro l'umanità ai danni di cittadini libici e di migranti. Essa ha denunciato, inoltre, che l'Unione europea e i suoi Stati membri hanno fornito supporto tecnico, logistico, monetario ai competenti

organi della Libia (tra i quali la Direzione per la lotta all'immigrazione illegale e la Guardia costiera), anche mediante l'intercettazione e il rimpatrio di migranti.

Non può escludersi, infine, che le competenti autorità del Paese di primo ingresso eludano l'obbligo di identificare i richiedenti protezione e di prendere le loro impronte, in base al regolamento (CE) n. 2725/2000 dell'11 dicembre 2000 che istituisce il sistema EURODAC per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione della Convenzione di Dublino ai fini della determinazione dello Stato competente a esaminare la domanda di protezione. Per tale via lo Stato di primo ingresso si libera degli oneri connessi all'accoglienza del richiedente asilo o protezione sussidiaria, favorendo i movimenti secondari verso l'Europa del Nord, meta privilegiata dei migranti provenienti dal Mediterraneo.

5. Il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo

Non può dirsi che un progresso significativo presentino le proposte contenute nel Patto sulla migrazione e l'asilo presentato dalla Commissione il 23 settembre 2020 (COM (2020) 609 final, del 23 settembre 2020, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Un nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo), il quale, in ogni caso, sembra ben lontano dalla sua approvazione. Esso, almeno apparentemente, si fonderebbe sul principio di solidarietà. La Comunicazione della Commissione, infatti, dichiara solennemente «che nessuno Stato membro dovrebbe accollarsi una responsabilità sproporzionata e che tutti gli Stati dovrebbero contribuire alla solidarietà su base costante».

Un'analisi del nuovo Patto non è possibile in questa sede. Mi limito a rilevare che, sebbene esso contempra una serie di nuovi strumenti solidaristici e comporti in certi casi anche ricollocazioni, in linea generale tali strumenti hanno un carattere obbligatorio solo in situazioni eccezionali, come quelle causate da sbarchi ricorrenti in occasione di operazioni di ricerca e di salvataggio, in situazioni derivanti da pressione migratoria e in situazioni di crisi contraddistinta da un elevato numero di arrivi; mentre in condizioni ordinarie sono previste forme di solidarietà facoltative e alquanto elastiche.

Si aggiunga che i criteri di competenza del sistema Dublino III vengono sostanzialmente confermati; e che, in ogni caso, lo Stato di primo ingresso resta oberato da una serie di adempimenti relativi agli accertamenti prelimi-

nari (*screening*) sulle persone che non soddisfano le condizioni d'ingresso, comprese quelle che chiedono protezione internazionale, accertamenti concernenti l'identificazione e i controlli di sicurezza, i controlli sanitari e di vulnerabilità. È stato notato, inoltre, che gli strumenti proposti, per un verso, risultano alquanto macchinosi, per altro verso, comportano un'eccessiva discrezionalità della Commissione e, in qualche misura, anche degli Stati membri.

Sul piano più generale, infine, si può osservare che il nuovo Patto punta sul raggiungimento di un consenso tra gli Stati interessati in merito alle misure da adottare, con un ruolo di verifica e, in un certo senso, di mediazione della Commissione. Ciò può essere apprezzabile, poiché certamente soluzioni condivise hanno maggiori *chances* di essere effettivamente implementate; tuttavia il sistema è improntato a una flessibilità che può finire per vanificare i propositi di assistere concretamente gli Stati membri più esposti alla pressione dei flussi migratori, a cominciare da quelli mediterranei.

Il nuovo Patto non è stato ancora adottato e, attualmente, il Consiglio dell'Unione sembra muoversi con un metodo pragmatico *step by step*, cioè mediante una graduale attuazione in via di fatto dello stesso Patto. Il 10 giugno 2022 il Consiglio, nella formazione dei Ministri competenti in materia di migrazione, ha adottato un primo passo nella graduale attuazione del Patto europeo su migrazione e asilo consistente nel *modus operandi* di un meccanismo volontario di solidarietà di carattere temporaneo allo scopo, principalmente, di dare una risposta concreta alle difficoltà migratorie degli Stati membri mediterranei di primo ingresso. Tale documento è stato recepito in una dichiarazione del 22 giugno 2022 da parte di (solo!) diciotto Stati membri, nonché tre Stati associati al sistema Schengen (Norvegia, Liechtenstein, Svizzera).

Questa intesa è stata esaltata dai *media*, nonché dai Ministri partecipanti al Consiglio; secondo quello italiano, Luciana Lamorgese, «si tratta di un avanzamento di rilevanza strategica verso una politica europea di gestione condivisa dei flussi migratori equilibrata ed ispirata ai principi di solidarietà e di responsabilità, il quale attiverebbe un effettivo meccanismo di redistribuzione dei migranti». Peraltro mi sembra che il suo interesse maggiore risieda, forse, nell'affermazione che la ricollocazione è il metodo preferibile di solidarietà, anche se gli Stati membri partecipanti possono scegliere forme diverse di solidarietà, come contributi finanziari o anche progetti in Stati terzi che possano avere un impatto diretto sui flussi alle frontiere. Ma è evidente l'estrema debolezza di un *modus operandi* su basi esclusivamente volontaristiche, per di più accettato da un numero limitato di Stati membri, in specie quelli più interessati dai flussi migratori nel Mediterraneo. Si aggiunga che la

stessa dichiarazione espressamente conferma il doveroso rispetto del regolamento Dublino III.

6. *La protezione temporanea agli sfollati ucraini*

Nella politica dell'Unione in materia di asilo e di immigrazione un caso a sé costituisce l'accoglienza degli sfollati ucraini a seguito dell'aggressione russa del 24 febbraio 2022. La risposta europea alla fuga dalla guerra degli ucraini è stata invero immediata, coesa, solidale. A essi è stata applicata, per la prima volta, la direttiva 2001/55/CE del 20 luglio 2001 sulla concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati, deliberata dal Consiglio su proposta della Commissione con la decisione di esecuzione (UE) 2022/382 del 4 marzo 2022.

Ai sensi dell'art. 2, lett. c) della direttiva in parola per sfollati s'intendono, tra l'altro, i cittadini di Paesi terzi o apolidi che hanno dovuto abbandonare il loro Paese o regione d'origine e il cui rimpatrio in condizioni sicure e stabili risulta impossibile a causa della situazione nel Paese stesso, in particolare fuggite da zone di conflitto armato.

La direttiva, come si è accennato, non era stata mai applicata in precedenza, tanto che la Commissione aveva avanzato l'ipotesi di abrogarla; e ciò malgrado le richieste di qualche Stato membro, per esempio con riferimento alle situazioni in Siria, in Afghanistan, in Paesi mediterranei dell'Africa; ma evidentemente non si era trovata fra gli Stati membri la necessaria intesa e la volontà politica.

La sua applicazione rappresenta un fatto quasi epocale, poiché esprime una profonda solidarietà anzitutto verso le persone (generalmente più fragili) vittime della guerra, ma anche nei reciproci rapporti tra gli Stati membri. È la stessa direttiva 2001/55 che, nel preambolo, dichiara che «è necessario provvedere un sistema di solidarietà inteso a promuovere l'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi in caso di afflusso massiccio».

La protezione degli sfollati ucraini presenta un altro aspetto di eccezionale importanza. Essa attribuisce loro non solo una vasta gamma di diritti (al soggiorno, al lavoro, all'alloggio, all'assistenza sanitaria, all'istruzione scolastica ecc.); ma comporta il diritto di circolare liberamente all'interno dell'Unione, in virtù della liberalizzazione dei visti per i cittadini ucraini già prevista dal regolamento (UE) 2017/850 del 17 maggio 2017 che adotta l'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri.

La stessa decisione del Consiglio del 4 marzo 2022 che accerta un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina e attribuisce la protezione temporanea ha cura di sottolineare che «i cittadini ucraini, in quanto viaggiatori esenti dall'obbligo di visto, hanno il diritto, dopo essere stati ammessi nel territorio, di circolare liberamente all'interno dell'Unione per un periodo di 90 giorni. Su tale base possono scegliere lo Stato membro in cui intendono godere dei diritti connessi alla protezione temporanea e raggiungere i familiari e gli amici attraverso le importanti reti delle diaspore attualmente esistenti in tutta l'Unione».

7. Segue: *il suo mancato impatto sulla politica dell'Unione*

Lo spirito solidaristico e umanitario che anima la decisione sulla protezione agli sfollati ucraini, purtroppo, non ha in alcun modo inciso sulla politica generale dell'Unione in materia di asilo e d'immigrazione. Se taluno poteva illudersi che la suddetta decisione avrebbe impresso una svolta in tale politica la realtà lo ha decisamente smentito. Anzitutto la stessa decisione ha messo in evidenza una profonda e ingiustificata discriminazione tra gli ucraini e i fuggiaschi da tanti altri Paesi che costituiscono zona di conflitto armato e di violenza endemica o nei quali sono soggetti a rischio grave di violazioni sistematiche o generalizzate dei diritti umani o siano state vittime di siffatte violazioni (per usare le espressioni dell'art. 2 della direttiva sulla protezione temporanea). E talvolta si tratta di Paesi dove la violenza e l'anarchia sono il risultato di interventi armati di Stati europei, come in Libia nel 2011.

La sensazione di profonda discriminazione si acuisce di fronte alle iniziative europee dirette a combattere la strumentalizzazione dei flussi migratori provenienti, in particolare, dalla Bielorussia. In proposito già il Consiglio europeo del 21 e 22 ottobre 2021 ha condannato i tentativi di Paesi terzi di strumentalizzare i migranti a fini politici e ha qualificato addirittura "attacco ibrido" quello "lanciato dal regime bielorusso" mediante la (presunta) strumentalizzazione. La Commissione, da parte sua, il 14 dicembre 2021 ha presentato una proposta di modifica del regolamento (UE) 2016/399 del 9 marzo 2016 che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere (codice Schengen) e una proposta di regolamento volto ad affrontare le situazioni di strumentalizzazione nel settore della migrazione e dell'asilo (rispettivamente, COM(2021) 891 final e COM(2021) 890 final).

In tali proposte la strumentalizzazione dei migranti è definita, in termini ampi e alquanto ambigui, come «la situazione in cui un Paese terzo istiga

flussi migratori irregolari verso l'Unione incoraggiando o favorendo attivamente lo spostamento verso le frontiere esterne di cittadini di Paesi terzi già presenti sul suo territorio o che transitino dal suo territorio, se tali azioni denotano l'intenzione del Paese terzo di destabilizzare l'Unione o uno Stato membro e sono di natura tale da mettere a repentaglio funzioni essenziali dello Stato come la sua integrità territoriale, il mantenimento dell'ordine pubblico o la salvaguardia della sua sicurezza nazionale».

La proposta di regolamento "strumentalizzazione" (evidentemente pensata contro la Bielorussia) desta serie preoccupazioni, poiché consente l'adozione di misure che limitano (se non escludono) l'esercizio del diritto di richiedere asilo o protezione sussidiaria, riducendo anche le garanzie procedurali dei richiedenti protezione internazionale. Si tratta di misure, per di più, analoghe a quelle già adottate da alcuni Paesi europei nei confronti di migranti provenienti dalla Bielorussia e che la Corte di giustizia ha dichiarato incompatibili con il diritto dell'Unione (sentenza del 30 giugno 2022, causa C-72/22 PPU, *M.A.*, su rinvio della Corte amministrativa suprema di Lituania). Esse inoltre – pur ammettendo che uno Stato terzo mediante strumentalizzazioni di migranti possa giungere addirittura a "destabilizzare" l'Unione europea o suoi Stati membri – non colpiscono tale Stato, ma gli incolpevoli migranti. Questi, vittime, presumibilmente, di violenza, o di maltrattamenti, o di precarie condizioni di vita nel loro Paese di origine, poi vittime di pressione e di strumentalizzazione nel Paese terzo nel quale si trovino (o nel quale transitino), diventano vittime anche dell'Unione europea o dei suoi Stati membri! C'è solo da sperare che tali iniziative della Commissione, inique e disumane, non trovino l'adesione almeno del Parlamento europeo.

In secondo luogo la protezione accordata agli sfollati ucraini non sembra rappresentare un possibile modello di politica europea d'asilo e d'immigrazione suscettibile di essere replicata sul piano generale. L'aspetto forse più innovativo della protezione temporanea agli sfollati ucraini consiste, infatti, nella loro libera scelta del Paese nel quale usufruire dei diritti derivanti da tale protezione; alla quale fa riscontro il riconoscimento del diritto di libera circolazione all'interno dell'Unione, sia pure limitato a 90 giorni. Essa risponde a una filosofia di base contrapposta a quella propria del sistema di Dublino III, come delle modifiche prospettate, che restano legate alla individuazione, obiettiva e "imposta" al richiedente protezione internazionale, dello Stato competente a esaminare la richiesta e al meccanismo delle ricollocazioni (obbligatorie o volontarie) alle quali, in ogni caso, il richiedente è assoggettato. Ma l'impostazione, fondata sulla libera scelta, della protezione degli sfollati ucraini, che potrebbe forse favorire uno spontaneo riequilibrio

della pressione migratoria tra gli Stati membri, appare del tutto assente dal dibattito in corso sulla questione migratoria.

8. *Tendenza all'impiego del metodo intergovernativo*

Nella materia in esame è riscontrabile una tendenza (comune, invero, alle fasi nelle quali l'Unione si trova a fronteggiare situazioni di crisi) a privilegiare un metodo decisionale intergovernativo, nel quale il ruolo fondamentale è svolto dagli Stati membri rappresentati dai rispettivi governi. Talvolta questa tendenza comporta che gli Stati sfuggano al quadro giuridico e istituzionale dell'Unione europea, utilizzando strumenti e tecniche che possono escludere il Parlamento europeo, o ridurne il peso decisionale, e la competenza della Corte di giustizia, che sarebbe invece essenziale specialmente per verificare il rispetto dei diritti umani dei cittadini di Paesi terzi.

Una manifestazione del metodo intergovernativo è chiaramente rinvenibile, anzitutto, nella decisione (sia pure di carattere informale) del Consiglio europeo di indurre (ma, di fatto, d'impegnare) il Consiglio a stabilire all'unanimità modifiche del sistema comune europeo di asilo (CEAS), contenuto essenzialmente nel menzionato regolamento (UE) n. 604/2013 del 26 giugno 2013 (c.d. Dublino III). Sin dalle conclusioni del 15 dicembre 2016 del Consiglio europeo, considerato che «dai costanti sforzi profusi nei mesi scorsi ai fini della revisione del sistema europeo comune di asilo sono emerse alcune aree di convergenza, mentre in altre si rende necessario proseguire i lavori [...], il Consiglio è invitato a portare avanti il processo con l'obiettivo di giungere a un consenso sulla politica dell'UE in materia di asilo nel corso della presidenza entrante». La necessità che qualsiasi revisione del sistema europeo comune di asilo sia definita mediante un "consenso", in altri termini all'unanimità, è in contrasto con la prescrizione dell'art. 78, par. 2, TFUE, secondo il quale, invece, la normativa relativa a tale sistema dovrebbe essere adottata con la procedura legislativa ordinaria, cioè con la "codecisione" tra il Parlamento europeo e il Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata.

Elementi intergovernativi nella gestione dei flussi migratori risultano anche da accordi e "intese" (dall'incerto valore giuridico) tra Stati membri che implicano una loro cooperazione bilaterale per il trasferimento dei richiedenti asilo (o altre forme di protezione internazionale). Frequenti sono anche le intese, che coinvolgono più Stati membri, sulla redistribuzione di migranti sbarcati nel porto di uno Stato membro, come nel caso di quelli scesi a Malta il 9 gennaio 2019, dopo diciannove giorni in mare a bordo delle due navi di

organizzazioni non governative, la *Sea Watch* e la *Sea Eye*, e trasferiti fra otto Stati membri. Può inoltre ricordarsi la dichiarazione comune di intenti, adottata a Malta il 23 settembre 2019 da Germania, Francia, Italia e Malta, su un meccanismo temporaneo di solidarietà per la redistribuzione dei migranti provenienti via mare, a suo tempo molto “pubblicizzata”, ma risoltasi in un sostanziale insuccesso.

Le conseguenze della tendenza in parola consistono, anzitutto, in uno “scivolamento” dal sistema normativo obbligatorio fondato sulla solidarietà, prefigurato dai Trattati europei, a uno di carattere sostanzialmente volontaristico, in quanto convenuto consensualmente tra Stati membri o rimesso alla loro unilaterale disponibilità.

Un'altra conseguenza è la difficoltà di raggiungere una revisione del sistema di Dublino III, in specie della competenza dello Stato di primo arrivo del richiedente protezione a esaminare la sua domanda, a causa di una sorta di (illegittimo) diritto di veto arbitrariamente ideato dal Consiglio europeo. Il metodo intergovernativo, nella materia in esame, porta a esaltare gli egoismi degli Stati membri e i loro atteggiamenti nazionalistici, anche per compiacere l'opinione pubblica delle rispettive popolazioni. Ciò può spingere a raggiungere un consenso sulle posizioni più restrittive nei confronti dei migranti e richiedenti protezione, a un abbassamento (o una negazione) dei loro diritti, a una chiusura difensiva dell'Unione verso l'esterno. Il richiesto consenso nel Consiglio, inoltre, finisce per ridurre il ruolo del Parlamento europeo (e del principio democratico che in esso si esprime al livello più significativo), in quanto il baricentro della procedura di revisione del sistema di Dublino III tende a spostarsi nel Consiglio, quindi al livello dei governi nazionali.

La ricerca di strumenti di gestione dell'asilo e dell'immigrazione anche all'esterno del sistema dell'Unione europea, poi, determina, evidentemente, una totale esclusione delle competenze del Parlamento europeo, in una materia pur così politicamente sensibile, così come della Corte di giustizia, il cui controllo sul rispetto dei diritti umani – come si è già rilevato – sarebbe invero indispensabile.

Purtroppo lo stesso giudice europeo si è, talvolta, autoescluso da tale controllo e, più in generale, dal suo compito istituzionale di assicurare «il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati», come recita l'art. 19, par. 1, 1° comma, TUE. Ciò è accaduto, in particolare, riguardo alla “Dichiarazione UE-Turchia” del 18 marzo 2016, la quale prevede che tutti i migranti irregolari che giungano in Grecia dalla Turchia siano rinviiati in Turchia e che, per ogni siriano rinviiato in Turchia, quest'ultima insedi un altro siriano in uno Stato membro dell'Unione europea. È stato

denunciato da più parti, comprese numerose organizzazioni non governative, che tale sistema (che contempla una serie di vantaggi, anche economici, per la Turchia) rischia di provocare espulsioni collettive, respingimenti verso la Turchia in violazione del principio di *non-refoulement*, discriminazioni tra richiedenti asilo (o altra protezione internazionale) a favore dei soli siriani, assenza di qualsiasi considerazione della condizione individuale o familiare dei migranti, presunzione che la Turchia sia un Paese sicuro sotto il profilo del rispetto dei diritti umani, in specie dei migranti.

Ebbene, essendo stato impugnato tale atto da alcuni privati che ne chiedevano l'annullamento, il Tribunale dell'Unione, con ordinanza del 28 febbraio 2017, cause T-192/16, T-193/16 e T-257/16, si è dichiarato incompetente in quanto esso sarebbe estraneo al diritto dell'Unione europea, poiché non potrebbe qualificarsi come un accordo internazionale dell'Unione. Sebbene il giudizio del Tribunale sia stato confermato dalla Corte di giustizia con ordinanza del 12 settembre 2018, cause da C-208/17 P a C-210/17 P, esso lascia alquanto perplessi, ove si consideri che la "Dichiarazione" è stata adottata in una riunione del Consiglio europeo con il Primo Ministro turco, con la partecipazione del Presidente del Consiglio europeo e di quello della Commissione. In ogni caso, esso è stato sottratto, dagli stessi giudici dell'Unione, al controllo sulla sua compatibilità con il diritto dell'Unione.

L'uso di strumenti estranei al sistema europeo a opera di singoli Stati conferma il rischio di una pericolosa e inaccettabile deriva nel rispetto dei diritti umani fondamentali garantiti dal diritto dell'Unione (nonché da quello degli Stati in questione); esemplare di tale deriva è il ricordato Memorandum d'intesa tra la Libia e l'Italia del 2 febbraio 2017.

9. *L'immagine di Fortezza Europa*

Se si assumono come parametri di valutazione della politica dell'Unione in materia di asilo e d'immigrazione il principio di solidarietà e il rispetto dei diritti umani fondamentali le prospettive che emergono specialmente dalle conclusioni ripetutamente assunte dal Consiglio europeo non sono incoraggianti. Esse rivelano una preoccupazione esclusiva di salvaguardare le proprie frontiere esterne, senza alcuna sollecitudine per le tragedie umanitarie che si consumano sulle rotte, marine e terrestri, dell'immigrazione e per la sorte dei fuggitivi nei loro Paesi di origine (o di respingimento). Né tanto meno si intravede una visione di più lunga portata, nella quale il fenomeno migratorio sia inquadrato in un più articolato e complessivo contesto delle

sue cause, comprensivo dei cambiamenti climatici, delle profonde disuguaglianze Nord-Sud, di quella forma di violenza strutturale che è il sottosviluppo, della promozione dei diritti umani, della salvaguardia dell'ambiente.

L'immagine che l'Unione proietta all'esterno è quella di una Fortezza Europa, arroccata a difendere i propri (presunti) interessi e il proprio (relativo) benessere. Eloquenti sono le conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles del 9 e 10 febbraio 2023. I punti essenziali consistono nel rafforzamento dell'azione esterna tesa, tra l'altro, a prevenire le partenze irregolari e aumentare i rimpatri e nel rafforzamento della cooperazione in materia di rimpatri e di riammissione rapidi, utilizzando anche la possibilità di introdurre misure restrittive in materia di visti nei confronti dei Paesi terzi che non cooperano nei rimpatri. Fondamentale in tali conclusioni è il controllo efficace delle frontiere esterne dell'Unione europea. A tal fine essa appoggia Frontex nel suo compito principale di sostenere gli Stati membri nella protezione delle frontiere esterne, nel contrasto alla criminalità transfrontaliera e nell'intensificazione dei rimpatri; sollecita la conclusione di accordi tra l'Unione e i Paesi terzi in merito all'intervento di Frontex nella cooperazione in materia di gestione delle frontiere e migrazione; invita la Commissione a finanziare misure degli Stati membri che contribuiscono direttamente al controllo delle frontiere esterne dell'Unione e al miglioramento del controllo delle frontiere nei Paesi chiave sulle rotte di transito verso l'Unione; chiede alla Commissione di mobilitare immediatamente ingenti fondi e mezzi dell'Unione per sostenere gli Stati membri nel rafforzamento delle capacità e delle infrastrutture di protezione delle frontiere (anche muri e fili spinati?), dei mezzi di sorveglianza, compresa la sorveglianza aerea, e delle attrezzature. Infine, l'Unione riconosce le specificità delle frontiere marittime, anche per quanto riguarda la salvaguardia delle vite umane, e – bontà sua! – sottolinea la necessità di una cooperazione rafforzata in ordine alle attività di ricerca e soccorso.

Questa visione del fenomeno migratorio, essenzialmente come attentato alla sicurezza dell'Unione e dei suoi Stati membri da combattere con ogni mezzo, sembra tradire quello spirito di solidarietà, di umanità, di accoglienza che pure appartiene alla civiltà dell'Europa, prima ancora che al suo diritto. Essa esprime una mentalità di chiusura e di respingimento alla quale occorre, a mio avviso, contrapporre una cultura di segno diametralmente opposto. Essa, credo, non potrebbe enunciarsi meglio di quella “convivialità delle differenze” che proclamava don Tonino Bello, il vescovo della pace scomparso trent'anni fa: «Aprirsi alla mondialità significa educarsi alla convivialità delle differenze. Non solo accoglienza in casa tua per il marocchino, l'emarginato,

il diverso. Ma, soprattutto, facendolo sedere a mensa con te. Ti accorgerai che, anche nella sua povertà, potrà cavare dalla sua bisaccia un pane, forse un po' troppo duro per i tuoi denti, ma capace finalmente di placare la tua fame di umanità. E quando avrai sperimentato che il povero introdotto a tavola con te ti ha restituito alla gioia di vivere, allora il cielo entrerà davvero nella tua stanza».

Finito di stampare nel mese di settembre 2023
presso la *Grafica Elettronica* - Napoli